

Pacote anticrime: remédio ou veneno?

Infelizmente, estamos diante de mais um Projeto de Lei que pretende 'reduzir a violência/criminalidade' por meio do fetiche normativista (**Binder**), do efeito simbólico e sedante, da venda de uma ilusão: a de que aumentar penas, endurecer regimes e dar mais 'efetividade' ao processo penal (leia-se: utilitarismo e eficientismo punitivista) vai 'resolver o problema da criminalidade'. Não é preciso fazer uma longa anamnese legislativa e política para ver que essa é uma fórmula fracassada. Incredivelmente, contudo, seguem a utilizá-la e – o que é pior – muita gente continua acreditando que isso realmente irá funcionar.

O Pacote do Ministério da Justiça – e assim deve ser pensado, ainda que convenientemente tenha sido desmembrado – inicia por uma arrogância sem igual: os diversos "novos" artigos foram apresentados ao público sem qualquer diálogo prévio com a academia e com a sociedade civil, sem justificativa ou mínima fundamentação. É o mais extraordinário exemplo de "solipsismo legislativo" (parafrazeando **Lenio Streck** e toda a crítica fundada que faz ao "solipsismo judicial"). Incredivelmente, o Ministro Sérgio Moro parece pensar que sua obra é um "marco zero" de compreensão, na medida em que desconsidera completamente a existência de um Projeto de Código de Processo Penal que tramita há mais de 10 anos; desconsidera também o Projeto de Código Penal e seus substitutivos, e ainda ignora que existe um Projeto de Reforma da Lei de Execuções Penais aprovado desde 2017 pelo Senado, aguardando deliberação da Câmara dos Deputados.

É preciso advertir que se trata de "mais uma reforma pontual", ainda que ambiciosa por sua extensão, em nosso tão combalido e retalhado ordenamento. No que toca ao Código de Processo Penal, todas essas reformas pontuais contribuíram para gerar uma "colcha de retalhos", um *Frankenstein* jurídico, pois lhe falta coerência sistêmica, ainda que muitas reformas tenham sido elaboradas por comissões compostas por juristas bem intencionados. Não é esse o caso agora, já que não se conhece (se é que existe) a comissão que teria elaborado a proposta encampada em um ato individual pelo Ministro. De toda forma, obviamente, a boa intenção não bastaria. Reformas pontuais servem para manutenção da

estrutura autoritária do Código de 1941, seja por conveniência, seja por não encontrarem força para rompê-la.

A arrogância da proposta é tamanha que, já de largada, propõe-se a 'resolver' a complexa pendenga criada pelo STF no *HC* 126.292 – a famigerada e inconstitucional execução antecipada da pena – por meio de uma lei ordinária. Incredível! Mas isso não é algo isolado. O pacote repristina temas com inconstitucionalidade já reconhecida pelo STF, como a vedação à concessão de liberdade provisória (art. 310), já declarada inconstitucional no *HC* 104.339/SP. Na mesma linha de inconstitucionalidade está a proposta de novamente estabelecer o regime inicial fechado obrigatório, considerado inconstitucional no Agravo em RE 1.052.700 e na Repercussão Geral 972.

Talvez por isso o Ministro, ao apresentar seu Projeto, fez questão de dizer que buscava efeitos 'práticos' e não 'agradar' professores de processo penal, consciente de que qualquer professor de processo penal minimamente comprometido com a Constituição desconstruía sua proposta. Mas esse recado também é sintomático (e novamente vêm a arrogância e o solipsismo) de que, para muitos juízes brasileiros, a academia e a doutrina são absolutamente desconhecidas ou despidiendas.

O projeto quer criar marcos interruptivos para evitar a prescrição. Ignora que, antes da prescrição, existe o direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF), que se orienta por prazos significativamente inferiores aos prescricionais. O Brasil, por conveniência dos magistrados, adotou a "teoria do não prazo"; aproveitando-se da ausência de previsão legal sobre prazos fatais para os juízes, e somando-se à leniência sobre o controle dos prazos para a acusação, o cumprimento de prazos, na prática, é exigido apenas da defesa. Uma alteração nos já longos prazos prescricionais, nesse contexto de absoluto descontrole sobre a duração do processo, permitirá que os processos demorem ainda mais. Ora, essa é uma fórmula surrada que, além de ir de encontro ao eficientismo pretendido, só gera mais demora jurisdicional.

Diversos são os pontos polêmicos e inadmissíveis, que vão muito bem tratados pelos

| Caderno de Doutrina

- Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho _____ 2
- Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro
René Ariel Dotti e
Gustavo Britta Scandelari _____ 5
- Embargos infringentes e de nulidade no "Pacote Anticrime"
Ricardo Jacobsen Gloeckner e
Leonardo Costa de Paula _____ 8
- Delinquente habitual, por tendência e profissional no projeto "anticrime": em algum lugar do passado
Leonardo Isaac Yarochevsky _____ 10
- Organização criminosa sem crime? Observações críticas sobre a proposta de reforma pelo Projeto de Lei Anticrime
Beatriz Corrêa Camargo e
Renato de Mello Jorge Silveira _____ 12
- Hipertrofia do judiciário e a proposta de alteração dos artigos 33, § 5º, e 59, § único, do Código Penal e artigo 2º, § 6º, da Lei 8.072/90: tensões constitucionais e o equilíbrio antidemocrático neoliberal do Projeto de Lei Anticrime
Luciana Costa Fernandes _____ 15
- Comentários ao projeto de lei anticrime na mudança na Lei 12.850/13, art. 1º, § 1º: o estado de coisas inconstitucional e os novos contornos da organização criminosa
Juliana Patrício da Paixão e
Taiguara Libano Soares e Souza _____ 18
- Notas críticas sobre a execução penal no Projeto "Anticrime"
Patrick Cacicedo _____ 21
- "Pacote anticrime" e a distopia de Orwell: nada de novo na Oceânia chamada Brasil
Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel, Juliano de Oliveira Leonel, Paulo Thiago Fernandes Dias e Sara Alacoque Guerra Zaghout _____ 23
- "Informante do bem" ou *whistleblower*: críticas e necessários ajustes ao projeto
Priscila Akemi Beltrame e Yuri Sahione _____ 25
- A imprescindibilidade das instâncias de controle prévio da decisão do Tribunal do Júri: crítica à medida II do pacote anticrime
Paulo Gustavo Rodrigues _____ 26
- A legítima defesa no pacote anticrime: uma análise a partir do princípio da taxatividade e o *loop* infinito do sistema penal brasileiro
Alana Guimarães Mendes _____ 28
- Primeiras notas sobre o Projeto de Lei Anticrime
Gustavo de Souza Preussler _____ 30
- Plea bargain* à brasileira: A justiça penal negociada do Projeto de Lei Anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal
Natália Pimenta Ribeiro e Yashmin Crispim Baiochi de Paula e Toledo _____ 32
- O uso do bem apreendido e a lógica empresarial na polícia
Andrey Henrique Andreolla _____ 34

autores dos artigos deste Boletim, mas existe ao menos um que constitui o “ovo da serpente”, perigoso e sedutor: o *plea bargaining*.

A ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da justiça criminal em todas as suas dimensões. Contudo, é preciso compreender que nosso sistema jurídico (*civil law*) impõe limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla e ilimitada no que se refere à quantidade de pena que se assemelhe ao *plea bargaining* norte-americano (*common law*). Uma negociação dessa magnitude representa o fim do processo penal, na medida em que legitima em larguíssima escala a aplicação de pena privativa de liberdade sem processo (o que é incontestavelmente inconstitucional). Nos Estados Unidos, “acordos” assim são realizados em mais de 90% dos casos. Significa dizer que nove de cada dez casos criminais são resolvidos com a aplicação de uma pena sem processo, sem contraditório e sem produção de provas.

Assim, acerca desse tema, o ponto nevrálgico é: qual o espaço de negociação que nosso sistema admite e tolera, sem prejuízo grave para a qualidade da administração da Justiça? É preciso pensar esse limite a partir da compreensão da nossa realidade social marginal e do estado de coisas inconstitucional que vige no sistema prisional. O *plea bargaining* no processo penal brasileiro pode se constituir como um perverso intercâmbio. Não é pouco provável que o acusador público, disposto a constringer e obter o acordo a qualquer preço (até por comodismo), utilize a acusação formal como um instrumento de pressão, solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem fundamento. A tal ponto pode chegar a degeneração do sistema que, de forma clara e inequívoca, o saber e a razão são substituídos pelo poder atribuído ao Ministério Público. O processo, ao final, é transformado em um luxo reservado a quem estiver disposto a enfrentar seus custos e riscos de sofrer a aplicação de penas duríssimas. Do contrário, o sistema negocial perde força, pois seu poder está exatamente na gestão de riscos. O problema é que o processo penal constitucional deve ser uma garantia para o cidadão e não uma aventura perigosa.

Schünemann critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando-o de “eufemismo” por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, colocando-se a pessoa acusada em posição de submissão por meio da pressão exercida pela Justiça Criminal. É uma ficção desde o

ponto de vista prático, conclui o autor. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe paridade de armas. Existe uma submissão do acusado a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o “risco” do processo). Existe semelhança com um “contrato de adesão”, onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, mas apenas de aceitar o que lhe é imposto ou arcar com as consequências de desejar exercer o direito ao devido processo legal.

Mais um questionamento: já foi elaborado um sério e profundo “estudo de impacto carcerário” da expansão do espaço negocial no Brasil? A expansão da possibilidade de concretização antecipada do poder de punir, por meio do reconhecimento falsamente consentido da culpabilidade, não representará um aumento significativo da nossa já gigantesca população carcerária?

Ao que parece, o Ministério da Justiça quer que legislemos primeiro, para vermos o que vai ocorrer depois. Nunca é demais lembrarmos que o *plea bargaining* levou os Estados Unidos a terem a maior população carcerária do mundo. Aliás, se a sujeição aos Estados Unidos parece ser uma tônica do atual governo, nos parece que seria o caso de copiarmos experiências positivas daquele país, e não as negativas. No que diz respeito às questões de Justiça e Segurança, não há por que apontarem-se os Estados Unidos como exemplo, já que aquele país, a par da incomensurável população prisional e expansão dos mecanismos penais de controle, mantém taxas proporcionais de homicídios que superam 500% aquelas de outros países com nível socioeconômico similar, como Alemanha, França, Itália, Coreia do Sul e Reino Unido.

Tal coerção apelidada de “acordo”, no Brasil, seria ainda muito mais grave que nos Estados Unidos, na medida em que o acusado ficará preso em um sistema prisional ainda mais violador de direitos que o norte-americano; e onde o risco de morte é real e concreto. Um dia de prisão cautelar no Brasil pode representar uma pena de morte, sem qualquer exagero.

Enfim, trata-se de um retrocesso que pode representar o fim do processo penal brasileiro e o agravamento não dimensionado do superencarceramento, especialmente dos clientes preferenciais do seletivo sistema penal. Em suma, cuida-se mais uma tentativa de dar respostas fáceis a problemas complexos por meio do punitivismo populista: penas mais graves, regimes mais duros e processo utilitarista. Como cantava o poeta Cazuzu, vemos o “futuro repetir o passado”, sendo que o pacote do Ministro Moro, em resumo, não passa de um “museu de grandes novidades”.

Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

O Projeto de Lei *Anticrime*,⁽¹⁾ dentre outras coisas, avança no que chamou de “*Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade*”. Trata-se de mais uma tentativa de *americanização à brasileira*, ou seja, introduzir no processo penal brasileiro uma cópia do que os norte-americanos chamam de *plea bargaining*.

Antes de tudo, há de se questionar por que a matéria foi apresentada

como *plea bargain* e não *plea bargaining*. Deve haver, por evidente, uma diferença; e se não houvesse, haver-se-ia de dizer, mesmo porque nem todo mundo é *expert* na língua inglesa. Os dicionários dizem que sim; que há diferença.⁽²⁾ E ela sugere que falar em *plea bargain*, a par de ser, na hipótese brasileira, uma demonstração de desconhecimento, pode ser uma tentativa de reduzir a discussão sobre o tema, concentrando-o tão só no *acordo* que se estabelece; ou *deal*;

ou *contract*; ou *agreement*. *Plea bargaining*, por evidente, é muito mais e, envolvendo toda a negociação para se chegar ao acordo e suas consequências, *dá conta das pessoas, do objeto e dos trâmites*, naquilo que são *seus fundamentos e os fundamentos dos seus fundamentos*.⁽³⁾

Uma coisa, porém, é certa: poucas matérias deixam tão claro a posição daqueles que tratam do processo penal e não se preocupam com um dos seus temas capitais ou não o conhecem, ou seja, aquele dos *sistemas processuais*. Sem ele, tem-se um discurso que no mais das vezes mostra uma estrutura deformada não só pelo que é, mas, sobretudo, pelo que dela se diz. Quase um *sistemacídio*; com consequências desastrosas, por óbvio. Sem uma *paz linguística sobre significantes e significados* ou palavras e objetos (como querem alguns), prevalecem as *opiniões*, ainda que sejam só de incautos; mas não o são. Aristóteles, a par de Parmênides e Platão, já havia mostrado quanto elas (como *doxa*) são importantes, mormente se usadas no método adequado (dialético); mas podem fazer muitos estragos se desvinculadas de bases mais seguras que, como falhas, mostram a mera posição pessoal do vivente para, no final das contas, prevalecer aquela de quem tem poder. Foucault e Dussel que o digam.

No caso do *plea bargaining*⁽⁴⁾ não é diferente. Falar dele é falar de um *instituto* (na falta de palavra melhor) tipicamente do *sistema acusatório*, mormente daquele norte-americano. Além disso – diga-se desde logo –, é falar de um instituto incompatível com um *sistema inquisitório* como o brasileiro atual⁽⁵⁾.

Ora, o *sistema acusatório* – ao contrário daquele inquisitório –, antes de qualquer coisa, demarca o *lugar dos sujeitos* de modo a não deixar muita dúvida para comparações apressadas. Como se sabe, ele engendra um *processo de partes*, no qual cada um tem o seu papel: 1. O juiz *exerce a função jurisdicional por excelência*; e muito pouco mais, de modo a preservar sua *imparcialidade* substancial (como equidistância) e não só formalmente. O juiz, sobretudo, deve julgar, dizer o direito, *dicere jus* e, assim, *juris dictio*. Está lá para isso e não para outras coisas, todas secundárias. Não cabe a ele, então, salvo de modo secundário e complementar, *ir à cata da prova*, algo que faz, em geral, no *processo do sistema inquisitório*, para testar a decisão que já tomou, em face daquilo que Cordero, com genialidade, chamou de “*il primato dell’ipotesi sui fatti*”. Afinal, não é e não deve ser o *comandante da investigação*; muito menos de Forças-Tarefas (*Task Force*); logo, alheia-se à *obtenção do conhecimento* ou à *descoberta da Verdade* (para quem ainda acredita nela dessa forma) e, portanto, tem lugar de primazia, pela função e pelo poder que dela decorre; 2. O Ministério Público, da sua parte, é *dominus litis* – também substancialmente – em face da vigência do *princípio da oportunidade* quanto ao exercício da ação/acusação e, depois, em razão do *princípio da disponibilidade* quanto ao conteúdo do processo, motivo pelo qual *pode não acusar* (antes) e, depois, *retirar a acusação no curso do processo*. Por isso, *comanda as investigações* (para descoberta dos fatos criminosos e avolumar conhecimento sobre eles), *em geral levadas a efeito por uma das inúmeras autoridades policiais de que dispõem* os norte-americanos. Esse *lugar do MP* permite que faça ele *acordo* com a defesa, como investigado/réu e seu(s) defensor(es). Eis o *plea bargain* e o *plea bargaining*. Exercendo cargo político, recebe controle sério nessa esfera e, em *ultima ratio*, dos eleitores; 3. Por fim, o *lugar da defesa* – e, por evidente, dos investigados e réus – é singular. Em sendo um *processo de partes*, *deve a defesa estar em pé de igualdade com a acusação*. Na prática, isso é retórico, razão por que o desequilíbrio gerou mecanismos processuais de proteção do investigado/réu, em geral para lhe proteger *contra o recolhimento arbitrário do conhecimento*, ou seja, as *descobertas arbitrárias das provas*. E isso, de regra, é levado a sério. Veja-se, por exemplo, as questões sobre a *prova ilícita*. Tem, como se sabe,

matriz constitucional, a partir, sobretudo, das Emendas 4, 5, 6 e 14. Em uma estrutura de *Common Law* e, portanto, com pouca legislação, as diminutas regras que têm forjam um *Judge made Law*, o qual vai fundando uma estrutura de *precedentes*, depois usados para sustentar o(s) *case(s)* em razão do chamado *stare decisis*, ou seja, as decisões serem obrigadas a respeitar a eles, os precedentes. O *equilíbrio entre acusação e defesa* decorre não só do cumprimento das regras e precedentes, mas, também – e quem sabe principalmente –, porque os juízes, historicamente, estão também para garantir o sistema e fazer com que funcione democraticamente. Em suma, *a defesa – e nela o investigado/réu – tem no juiz um guardião dos direitos e garantias individuais*, o que tende a fazer com que todos, da mesma forma, respeitem-nos.

Como se trata de um *sistema*, logo se vê que o *objetivo é a busca do conhecimento (finalidade)*, de modo a que se possa bem decidir ou, pelo menos, decidir de forma equivocada o menos possível. Às partes, portanto, cabe, prioritariamente, a *gestão da prova*; e assim, garantindo a equidistância (imparcialidade) do juiz, devem carrear ao processo o conhecimento necessário para terem um julgamento positivo em relação àquilo que pretendem. A dúvida, por evidente, deve favorecer o acusado, em face do *in dubio pro reo*; e por isso à acusação se aconselha amearhar o maior conhecimento possível na direção do que pretende. Tal premissa, como é elementar, não retira da defesa a incumbência de trazer o conhecimento que lhe beneficie, quiçá desconstituindo aquele advindo da acusação. O juiz, como se percebe, resta – e deve restar – longe de tal disputa, justo para poder bem garantir a ordem estabelecida. Ele, em definitivo, não tem e não deve ter, lado.

Por outra parte, o *processo do sistema acusatório*, para poder funcionar adequadamente, alavanca-se na *oralidade*. Tudo – ou quase – deve ser feito em *audiências* e de forma oral. Está-se muito distante de uma estrutura processual fundada na *escritura, de cariz inquisitorial, lenta por definição*. O escopo, como parece sintomático, no *processo do sistema acusatório*, é se ter *velocidade*. Sim, um *processo veloz* (ou o mais veloz possível), *sem abrir mão dos direitos e garantias individuais*. Com o tempo curto (ou mais curto),⁽⁶⁾ *as agências de investigação e o MP tratam de bem funcionar para, no momento adequado, terem o conhecimento necessários em mãos e, assim, poderem ter sucesso no que pedem aos juizes*. Isso, por si só, invoca outra coisa demais importante a ser pensada por quem pretende importar um instituto tão próprio de outro sistema: *as agências precisam estar aparelhadas com mecanismos que respondam pela eficácia do que estão a fazer*. No Brasil, levando-se em consideração o atual estágio, isso pareceria quimera.

Assim, é preciso chegar ao conhecimento e, com ele, forjar os *meios de prova* que sustentarão a acusação e, quem sabe, a procedência da acusação e da condenação. E tem mais (e talvez mais importante): *não se terá o juiz para fazer isso por tais agências...* como, com frequência, ocorre no *processo do sistema inquisitorial*, do qual aquele brasileiro é exemplo para o mundo.⁽⁷⁾

Por outro lado, as *notitia criminis*, mormente agora com sistemas interligados de computadores, vão registradas, compartilhadas, analisadas e devem resultar em procedimentos individualizados. Portanto, ao mesmo tempo que se tende a afastar a tradicional *seletividade das agências* (máxime daquela policial), *acumula-se um volume excepcional de trabalho*, sobre o qual, mantido o *status quo*, não se dá conta. Eis por que os norte-americanos precisam do *plea bargaining*; e dele, agora, não podem abrir mão. Quem tentou fazê-lo, como o Alaska e El Paso (Texas), teve que voltar atrás.⁽⁸⁾

Na prática, o *plea bargaining* visa *lutar contra o acúmulo de*

trabalho (e isso, pelo menos, desde o Século XIX, nos E.U.A.), mas sem deixar de lado os direitos e garantias individuais, dos quais eles não abririam mão, ainda que muita gente reclame e afirme que é justo isso que estão fazendo.

Eis, então, que, fundados em um *modelo de pensamento* (Francis Bacon como principal corifeu) *utilitarista* (Jeremy Bentham e John Stuart Mill), *empiricamente* não se incomodam, em tantas passagens, de operar com uma *ética* na qual os *fins justifiquem os meios*, desde que se almeje o bem-estar de todos.

De certa forma, isso justifica, para eles, a *negociação de um acordo sobre o crime e a pena*; o *próprio acordo* ainda na esfera material ou mesmo naquela processual em face dos lugares ocupados pelos atores; e o *lugar do juiz como aquele de – quase que – tão só controlar o que se fez, para não permitir que se vilipendiam direitos e garantias individuais*.

No Brasil, como é sintomático, com um processo do sistema inquisitório, nada disso se vai passar.⁽⁹⁾

Antes de tudo, a *Constituição da República não permite que os sujeitos invertam ou subvertam seus papéis constitucionalmente demarcados*. O juiz, no lugar a ele reservado no processo do sistema inquisitorial, por certo não fará aquilo que faz ou deve fazer o juiz norte-americano. O *sistema* como que o empurra para outro lugar (para dizer que a culpa, em geral, não é dele), o de *senhor do processo*. Tanto que, com muita frequência – para não dizer quase sempre –, são indicados e tomados como os *chefes do combate ao crime*. E alguns se sentem, de fato, assim. Por óbvio, *não haveria nenhum problema nisso... se não fossem os juízes dos processos*. *Juris dictio*, imparcialidade, e assim por diante, não são coisas compatíveis com quem tenha lado nas disputas. Pelo menos que se saiba. A *grandeza da jurisdição está – sabem todos – no lugar do poder* (Max Weber) *de fazer valer a CR e as leis*. Fora daí é ela invadida por um *moralismo* absurdo, inconstitucional e que corrói a segurança jurídica da sociedade e, com isso, a própria democracia.

Nesse quadro caótico (entrópico) e de difícil compreensão, salta fora, como *realidade*, o *volume de investigações preliminares e processos*, o que demanda uma solução. É ela que se pretende, ao que parece, com essa tentativa de *plea bargaining à brasileira*, sem se mexer em nada do sistema inquisitorial. Isso é um acinte.

Como parece primário, *vai-se potencializar a estrutura inquisitorial do processo*, retirando-se ainda mais as chances de os investigados/réus terem uma estrutura democrática, na qual seus direitos e garantias sejam – todos – respeitados. E ainda, em geral, *sem os juízes para lhes garantir*, como se pode ver com o que se tem passado com as *chamadas audiências de custódia*, nas quais (os percentuais demonstram), converte-se a prisão em flagrante em prisão preventiva sem a menor dificuldade, com frequência com fundamentos meramente retóricos. São os juízes (mas não todos, por elementar) como que engajados em uma cruzada contra o crime, quando deveriam estar umbilicalmente ligados na luta pela CR e as leis. Cruzadas desse porte, se necessárias, devem ficar afetas a outros órgãos, quem sabe dedicados a isso.

No fundo – e isso há de ser dito, embora, de uma maneira geral, todos estejam sendo parcimoniosos em tal direção –, a ideia do *plea bargaining* no Projeto de Lei *Anticrime* vem, nesse processo do sistema inquisitorial, com a missão de dar ao MP um pouco do trabalho que deve fazer o juiz nas medidas cautelares e no processo.

O MP, por seu lado, eminentemente *parcial* (Francesco Carnelutti tinha razão quando falava dessa parcialidade) e engajado na investigação (*princípio da objetividade*, inclusive para fazer com que se arrecadem *todas as provas*, conforme o art. 6º, do CPP), na ação/

acusação (*princípio da obrigatoriedade*) e no processo (*princípio da indisponibilidade do conteúdo*), pela estrutura legal que o contempla (da CR às demais leis), *não tem o mínimo perfil para tanto*. Ademais, não se presta e não se deve prestar para funcionar assim (não esquecer que em geral é um só órgão que conduz tudo e não grandes estruturas formadas como Forças-Tarefas), mais ou menos como se fosse um auxiliar, como aquele que faz as coisas que o juiz deveria fazer e esse, ao depois, se o feito estiver bem, homologa. A CR não permite isso. A *tendência do MP é agir como parte* e, por isso, com seu lugar definido, tende a negociar buscando o que é melhor para seu interesse. Assim, tende a fazer tudo – ou o que for possível – para “vencer” na negociação, sem que a isso se possa dizer, *a priori*, que está errado. Não está. *Mas também não é isso que se quer, que se pretende, se a CR estiver a balizar o que se faz*. O *controle de uma negociação do gênero* é muito difícil ou quase impossível e, por certo, a *minimização do dano* só de dará com a *exigência de que tudo o que se faz seja gravado e exibido quando necessário*. Órgãos públicos necessitam de transparência.

Tudo leva a crer, enfim, que um *plea bargaining* metido em um processo do sistema inquisitório como o brasileiro seja um desastre, retirando ainda mais o pouco de democracia processual que restou depois da *americanização à brasileira* promovida nos últimos anos, tudo sem o devido controle por quem de direito, seja lá por qual motivo for.

Ter *plea bargaining* é inevitável se o processo penal brasileiro vier a ser acusatório. Mas para isso é preciso, antes, importar o sistema todo, com ônus e bônus. Do jeito que se está tentando impor, os ônus ficarão para os cidadãos investigados/acusados⁽¹⁰⁾; e os bônus – tudo indica – ficarão para o Estado e seus órgãos. Em tempos neoliberais, tudo é contra o cidadão, quem sabe em nome daquela *ética utilitarista* precitada, embora se saiba que ela é só discurso fácil para iludir os incautos. Os de sempre serão os beneficiados, como sempre foi. É como se existissem cidadãos e... cidadãos. O problema em uma sociedade assim é que tudo se faz *em nome do bem comum* e da *democracia*, nem que seja contra a Constituição. Um dia – *ahimé*, como dizem os italianos – a vida revida.

Notas

(1) Deviam ter dito a essa gente do Ministério da Justiça e Segurança Pública o que isso significava, o que é despidendo discutir aqui.

(2) “What is BARGAIN? A mutual undertaking, contract, or agreement. A contract or agreement between two parties, the one to sell goods or lands, and the other to buy them. Hunt v. Adams, 5 Mass. 300, 4 Am. Dec. OS; Sage v. Wilcox, 6 Conn. 91; Bank v. Archer, 16 Miss. 192. The law dictionary. Disponível em: <<https://thelawdictionary.org/bargain/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.”

“Plea bargain, n. (1963) A negotiated agreement between a prosecutor and a criminal defendant whereby the defendant pleads guilty to a lesser offense or to one of multiple charges in exchange for some concession by the prosecutor, usu. a more lenient sentence or a dismissal of the other charges. Also termed plea agreement; negotiated plea; sentence bargain. [Cases: Criminal LawC.; >273.1(2).] plea-bargain, vb. - plea-bargaining, n. GAMER, Bryan A.; GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 9. ed. St. Paul: West, 2009. p. 1270.”

“What is PLEA BARGAINING? An agreement set up between the plaintiff and the defendant to come to a resolution about a case, without ever taking it to trial. The law dictionary. Disponível em: <<https://thelawdictionary.org/plea-bargaining/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.”

“Plea bargaining, in law, the practice of negotiating an agreement between the prosecution and the defense whereby the defendant pleads guilty to a lesser offense or (in the case of multiple offenses) to one or more of the offenses charged in exchange for more lenient sentencing, recommendations, a specific sentence, or a dismissal of other charges. Supporters of plea bargaining claim that it speeds court proceedings and guarantees a conviction, whereas opponents believe that it prevents justice from being served. The great majority of criminal cases in the United States involve some form of plea bargaining. Plea bargains are not always easy to recognize. Negotiations that result in formal agreements are termed “explicit plea bargains.” However, some plea bargains are called “implicit plea bargains” because they involve no guarantee of leniency. Explicit bargains are the more important of the two. Encyclopedia Britannica. Disponível em: <<https://>

www.britannica.com/topic/plea-bargaining>. Acesso em: 20 mar. 2019.”

- (3) “Chegados aqui, pensamos que uma definição suficientemente abrangente poderá ser a que define a *plea bargaining* como “a negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).” (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007. p. 20).
- (4) Para uma aproximação com tema, v. LANGBEIN, John H. Tortura e plea bargaining. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas processuais penais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, pp. 133-150; FANCHIOTTI, Vittorio. Origini e sviluppo della giustizia contrattata nell’ordinamento statunitense. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 56-101. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=54913>. Acesso em: 25 mar. 2019; LANGER, Máximo. Dos Transplantes Jurídicos às traduções jurídicas: A Globalização do *Plea Bargaining* e a tese da Americanização do Processo Penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, dez. 2017, p. 77. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em: 04/03/2018; THAMAN, Stephen C. (ed.). *World of plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010; LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*. New York: Oxford University Press, 2011; FISHER, George. *Plea Bargaining’s triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003; HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.
- (5) Seria desnecessário dizer que todos os sistemas processuais penais que o mundo conhece são mistos. E não pelo motivo que boa parte da dogmática explica, assentada em um senso comum retirado da palavra (misto), mas construído quando da elaboração do Code Napoleón, de 17.11.1808. Em verdade, os sistemas são mistos porque, em tendo uma base inquisitória (um princípio reitor inquisitivo), viram agregar a si institutos provenientes do sistema acusatório; ou, ao contrário, tendo um princípio reitor dispositivo (ou acusatório) viram agregar a si institutos provenientes do sistema inquisitório. Não se definem, porém, em face dessas contingências; e isso é fundamental, de vital importância. Assim, o “misto” ganha uma nova feição que, por evidente, não é de um terceiro sistema; e nem pode ser.
- (6) Veja-se que não se trata de termos e lapsos temporais. Os prazos, mesmo no processo inquisitorial brasileiro, em geral são próprios para a defesa (alguns

também para o MP) e, portanto, por ela as coisas deveriam andar. Mas os prazos dos órgãos públicos (sobretudo para o Juiz e o MP) são, de regra, impróprios; portanto, não geram consequências de ordem processual. E o desequilíbrio é evidente; e as consequências, imensas. Não obstante isso – e muito mais –, a defesa, com frequência, é acusada, pelos que desconhecem a estrutura brasileira (ou não raro por má fé), de provocar o tardio andamento dos processos.

- (7) É tão assim que o senso comum indica os juízes, em geral, como chefes das Operações. Veja-se, sobre o tema, as matérias jornalísticas sobre a prisão preventiva do ex-presidente Michel Temer: *Operação Lava Jato. Michel Temer é preso pela Lava Jato, últimas notícias*. El País. São Paulo, 22 mar. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/21/politica/1553178069_072501.html?>. Acesso em: 20 mar. 2019: “O mandado de prisão foi expedido pelo juiz federal Marcelo Bretas, responsável pela operação no Rio de Janeiro”.
- (8) Para um início de compreensão sobre o tema, veja-se o site da *Britannica* indicado na nota 3, supra.
- (9) Sobre o sistema inquisitorial brasileiro e seu processo seriam muitos os autores a indicar, mas, quem sabe, seria o caso de começar por: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. 329 p.
- (10) Por evidente que não serão tão só os menos favorecidos. Hoje, em alguns espaços, a *persecutio* tem chegado nos que mais têm, embora siga uma *seletividade* considerável. Um dos problemas – que merece um estudo à parte – é como se tem chegado nesses mais favorecidos; e tem imperado a *delação premiada*, quem sabe, como o principal fator: *per faz et nefas*, nela se fala das pessoas, correta ou incorretamente, justo ou injustamente; e daí por diante os delatados têm sérios problemas para manter uma vida normal, ainda que consigam superar o problema.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Professor Titular de Direito Processual Penal da UFPR

(aposentado). Professor dos Programas de Pós-graduação

em Ciências Criminais da PUCRS e da Faculdade Damas,

Recife. Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade

Inquisitória. Advogado.

jnmc@uol.com.br

Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro

René Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari

O “Projeto de Lei Anticrime” (doravante denominado Projeto) apresentado ao Congresso pelo Governo Federal busca promover uma série de alterações relevantes nos sistemas penal e processual penal brasileiros. Uma das mais importantes diz respeito à implementação de instituto de origem estrangeira conhecido como *plea bargain* ou *plea deal* (algo como “pleito de barganha” ou “pedido de acordo”). Trata-se, em linhas gerais, de mecanismo pelo qual o acusado pode, logo no início das apurações pré-processuais, reconhecer a responsabilidade pelo fato, abrindo mão de seu direito a um processo e ao consequente julgamento judicial de mérito para receber, desde logo, uma pena. A principal vantagem ao jurisdicionado é a possibilidade de que a sanção seja menor do que a que seria aplicada caso houvesse sentença de conhecimento após a regular produção de provas. É, no fundo, uma análise de riscos a ser feita pelo investigado em conjunto com sua assistência jurídica.

Há críticas tanto na literatura estadunidense quanto na brasileira. As principais são: (a) réus pobres não teriam condições de arcar com bom advogado para fazer acordo justo; (b) a acusação poderia ameaçar com imputações desproporcionalmente graves para coagir a defesa a um acordo ruim; (c) o modelo afastaria a população do Judiciário. Essas críticas já são de conhecimento da Suprema Corte

norte-americana, a qual tem recomendado cautela às autoridades. E tem mantido o seu uso.

No Brasil, os mesmos problemas podem surgir. Porém, nenhum sistema de justiça criminal é perfeito. É notório que, entre nós, tais defeitos inclusive já existem: (a) condenações injustas; (b) acusados mal defendidos; (c) denúncias ineptas e outros vícios que, lamentavelmente, são comuns há muito tempo. O que se busca com a inovação é resolver outro mal crônico: o altíssimo custo público e social com um número excessivo de processos. Segundo pesquisa do CNJ, o Poder Judiciário brasileiro teve taxa anual de cerca de 4% de crescimento desde 2011, sendo que, em 2017, custou mais de R\$ 90 bilhões. Boa parte desse custo advém dos mais de 80 milhões de processos atualmente em trâmite e sem perspectiva clara de encerramento. Deles, 94% estão em 1º grau, precisamente a instância em que ocorreria o acordo (*Justiça em Números*, 2018, p. 56, 73 e 197).

Ou seja, os defeitos que a mudança possivelmente trará não justificam a permanência do atual sistema criminal brasileiro, que obriga à litigiosidade exacerbada em centenas de milhares de situações que poderiam ser rapidamente encerradas de forma

satisfatória para as partes. Por ora, não há razões fortes o suficiente para que se impeça o avanço dessa proposta e a instauração dos indispensáveis debates. A maior ou menor qualidade do novo sistema dependerá de sua redação legislativa.

A proposta, basicamente, é de alteração do Código de Processo Penal para que se lhe insira o art. 28-A, com cinco incisos e quatorze parágrafos. A definição fundamental do instituto consta do *caput* desse dispositivo: “o Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos (...)”, mediante o cumprimento de condições, cumulativas ou não. De início, evidencia-se o nome escolhido para batizar essa modalidade de *plea bargain* em nosso país (abaixo será vista outra modalidade): é o *acordo de não persecução penal*. Não é uma formulação inédita, pois a Resolução 181, de 7 de agosto de 2017 (doravante referida como Resolução), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), veicula, em seu art. 18, esta cláusula: “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 (...)”, também mediante condições cumulativas ou não. Para a aferição da pena máxima cominada, “serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto” (Resolução, art. 18, §13º; Projeto, art. 28-A, §1º).

A expressão “acordo de não persecução” parece trazida da experiência norte-americana, por inspiração nos seus *deferred prosecution agreement* (ou *adjudication*, conforme o Estado) e *non-prosecution agreement*. Ambos, muito parecidos, implicam, lá, a assunção de responsabilidades e o cumprimento de condições pelo réu para que, em troca, receba sanções potencialmente mais leves do que as que poderia ter que cumprir caso fosse submetido a processo penal. Para a melhor compreensão da mudança que o Projeto veicula, é importante comparar o acordo de não persecução já existente em nosso ordenamento (tal qual disciplinado na Resolução) com aquele ainda pendente de debate e aprovação (o constante do Projeto).

Os institutos delineados na Resolução e no Projeto não se assemelham somente em nome: os cinco incisos que preveem as condições ao aceite do acordo têm o mesmo teor. São elas, em síntese: I – reparar o dano; II – renunciar a bens e direitos indicados pelo MP; III – prestar serviços; III – pagar prestação pecuniária; IV – outra condição a ser indicada pelo MP.

Diferenças começam a aparecer nos requisitos negativos para a oferta do acordo de não persecução. Na Resolução, o acordo não terá lugar quando o dano causado for superior a vinte salários mínimos (art. 18, §1º, II), ao passo em que, na proposta de lei, não há limite de natureza econômica. A Resolução veda o acordo quando “o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal” (art. 18, §1º, IV), enquanto que, na proposta de lei, houve solução prática: “não correrá a prescrição durante a vigência de acordo de não persecução penal” (art. 28-A, §14º).

Consta como proibitivo na Resolução, mas sem correspondência no Projeto, a prática de crime hediondo ou previsto da Lei 11.340/2006 (Maria da Penha) (art. 18, §1º, V). A Resolução também veda o acordo em casos de crimes praticados por militares

“que afetem a hierarquia e a disciplina” (art. 18, §12º); novamente, não há proibição correspondente no Projeto.

Permanecem iguais em ambos os textos os requisitos do não cabimento, para o caso, de transação penal (Resolução, art. 18, §1º, I; Projeto, art. 28-A, §2º, I); de circunstâncias demonstrarem ser o acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (Resolução, art. 18, §1º, VI; Projeto, art. 28-A, §2º, IV); não ter sido o autor beneficiado nos últimos cinco anos com transação penal ou já ter sido condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva – este somente na Resolução, art. 18, §1º, III – ou, apenas cfe. Projeto, art. 28-A, §2º, III; não ter ele sido beneficiado nos cinco anos anteriores em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. Embora pudesse se encaixar no requisito da necessidade e suficiência da medida, o Projeto inclui requisito sem correspondente na Resolução: “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”, proíbe-se o acordo (art. 28-A, §2º, II).

Vencidos os requisitos, vêm os dispositivos de procedimento, também muito similares. São equivalentes na norma em vigor e na norma proposta estes itens: o acordo será formalizado por escrito e assinado pelo MP, investigado e seu defensor (Resolução, art. 18, §2º; Projeto, art. 28-A, §3º); a Resolução prevê que a confissão será gravada por meio audiovisual como parte integrante do acordo, que será formalizado nos autos (art. 28-A, §3º), enquanto que o Projeto determina que, “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” (art. 28-A, §4º). Homologado o acordo, o juiz deverá devolver os autos ao MP, para que inicie sua implementação perante o juízo da execução (Resolução, art. 18, §5º; Projeto, art. 28-A, §6º); caso recusado, o Projeto estabelece simplesmente que o MP poderá oferecer denúncia ou continuar as investigações (art. 28-A, §§7º e 8º), não sem antes permitir que as partes refaçam os seus termos para insistir na homologação (art. 28-A, §5º). Já a Resolução determina que, em caso de não homologação, o juiz envie os autos ao procurador-geral, que poderá oferecer denúncia, continuar as investigações, reformular a proposta de acordo ou mantê-lo como está, o que “vinculará toda a instituição” (art. 18, §6º e incisos). Ambos determinam que a vítima seja comunicada da existência do acordo, mas somente o Projeto prevê que ela seja cientificada também de seu eventual descumprimento (Resolução, art. 18, §4º; Projeto, art. 28-A, §9º). Somente a Resolução proíbe a celebração do acordo na mesma ocasião da audiência de custódia (art. 18, §7º) e diz ser “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” (art. 18, §8º). Em todo caso, descumprida condição do acordo, ele será rescindido e poderá o MP oferecer denúncia diretamente (Resolução, art. 18, §9º; Projeto, art. 28-A, §10º), sendo que tal descumprimento poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (Resolução, art. 18, §10º; Projeto, art. 28-A, §11º). Finalmente, a Resolução determina o arquivamento das investigações em caso de cumprimento integral do acordo, enquanto que o Projeto garante ao réu que o acordo não constará em sua ficha de antecedentes e que

terá extinta a sua punibilidade (Resolução, art. 18, §11º; Projeto, art. 28-A, §§12º e 13º).

Caso aprovado o Projeto nesse tema, estará revogado o conteúdo da norma do CNMP, prevalecendo, por conseguinte, a nova redação do CPP, hierarquicamente superior. Em linhas gerais, o acordo de não persecução está mais simples e claro no Projeto do que na Resolução. Dois pontos da Resolução, no entanto, parecem mais adequados do que no Projeto: primeiro, a obrigação de que haja clareza na redação do acordo e a indicação das datas para a restituição de valores (art. 18, §3º). Já que seu texto será o objeto de escrutínio, exigir simplicidade e segurança quanto ao seu conteúdo nunca é demais. Segundo, a possibilidade de que o investigado justifique eventual descumprimento do acordo (art. 18, §8º) é salutar porque, como se sabe, a vida contempla fatores imprevisíveis e incontornáveis que podem dificultar sobremaneira o adimplemento das condições tais como outrora sedimentadas ou até mesmo inviabilizá-las total ou parcialmente. Seria fundamental que o Projeto ao menos previsse a oportunidade de juiz analisar eventual justificativa. O ideal, portanto, é que, durante a tramitação do Projeto, sejam-lhe incorporadas as citadas modificações.

Mas o Projeto também pretende a inclusão, no CPP, do art. 395-A; desta feita, sem correspondência na Resolução. Aqui, é o Projeto de Lei 8.045/10 (novo CPP), em seu art. 283, que serve como referência de comparação (em seu procedimento sumário). Resumidamente, ambos preveem a possibilidade de acordo para “a aplicação imediata das penas”, desde que após recebida a inicial e até o início da instrução. Da mesma forma, exigem: a confissão da infração penal; que as partes desistam da produção probatória e do direito de recorrer; que as penas sejam aplicadas dentro dos parâmetros legais e estejam adequadas ao caso concreto. Não se trata de um acordo de não persecução, pois a pretensão acusatória já foi ajuizada e “para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória” (PL 8.045/10, art. 283, §8º; Projeto, art. 395-A, §8º). O que há é uma aplicação consensual de pena em fase judicial pré-probatória. Mas ainda se enquadra na versão brasileira do *plea bargain*, afinal, encurta o processo e possibilita sanção previamente sugerida pelas partes, inclusive com redução relevante de pena e outros benefícios (PL 8.045/10, art. 283, §§2º a 6º; Projeto, art. 395-A, §2º). O acordo não homologado será desentranhado dos autos e não poderá ser objeto de futura referência pelos componentes da relação processual (PL 8.045/10, art. 283, §9º; Projeto, art. 395-A, §9º). No PL 8.045/10, cabe agravo da decisão que recusar a homologação do acordo (art. 473, VII); no Projeto, inexistente previsão do recurso cabível, dando a entender que caberia apelação (CPP, art. 593, II) e/ou ação de impugnação, conforme a urgência do caso. Seria fundamental que o Projeto incluísse dispositivo a respeito.

O Projeto contém alguns dispositivos sem correspondência no PL

8.045/10, como, p.ex.: “se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível”; “para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade”; “o juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal”; “a celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal” (Projeto, art. 395-A, §§5º, 6º, 7º e 11º, respectivamente). Assim, quanto à aplicação consensual de pena em fase pré-probatória, o Projeto está mais completo do que a redação do PL 8.045/10. À regulação de aplicação imediata de pena e seus efeitos, realmente aproveitam o cuidado com a vítima, a fiscalização pessoal pelo juiz em audiência, a detecção judicial de abusos em casos de inexistência de crime ou de pena desproporcional e rigor com existência material da concordância das partes e com a justiça no caso concreto.

Notas

- (1) Coautor dos projetos que se converteram na Lei 7.209/84 (nova Parte Geral do CP) e Lei 7.210 (Lei de Execução Penal). Membro da Comissão para realização de estudos de modernização da legislação penal, instituída pelo Ministro da Justiça (Portaria 315, publ. no DOU de 10.04.1995) que redigiu o Projeto da Lei 9.613, de 03.03.1998 (*Lavagem de Dinheiro*).

René Ariel Dotti⁽¹⁾

Professor Titular de Direito Penal. Professor de Direito Processual Penal na Pós-Graduação. Vice-Presidente Honorário da Associação Internacional de Direito Penal. Detentor da Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados. Advogado. rene@dotti.adv.br

Gustavo Britta Scandelari

Doutorando e mestre em Direito pela UFPR. Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNIBRASIL. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela UFPR, em convênio com ICPC. Professor de Direito Penal do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogado. gustavo@dotti.adv.br



DIRETORIA DA GESTÃO 2019/2020

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: Eleonora Rangel Nacif
1.º Vice-Presidente: Bruno Shimizu
2.º Vice-Presidente: Helios Alejandro Nogués Moyano
1.ª Secretária: Andréa Cristina D'Angelo
2.ª Secretário: Luís Carlos Valois
1.º Tesoureiro: Gabriel de Freitas Queiroz
2.º Tesoureiro: Yuri Felix
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

Alvino Augusto de Sá
Cristiano Ávila Maronna
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Geraldo Prado
Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

Embargos infringentes e de nulidade no “Pacote Anticrime”

Ricardo Jacobsen Gloeckner e Leonardo Costa de Paula

Para compreender o estágio atual do tratamento dado aos embargos infringentes e de nulidade, há que se ter em mente que, embora pudesse ser muito melhor a sua formulação legislativa e organizacional no conteúdo do CPP, o texto legislativo de 1952 garante ao réu submetido a alguma condenação não unânime, o poder de ingressar com recurso para tornar a parte divergente em maioria em julgamento realizado por outro órgão colegiado distinto do que o condenou. Esse novo julgamento só poderá tratar da parte divergente da decisão. Em síntese, esta a normativa contida no art. 609 e seu parágrafo único atualmente vigente no CPP. O Código informa duas espécies de recurso em um mesmo dispositivo: os embargos infringentes, cabíveis contra decisão não unânime que trate de matéria de fundo (direito material) e os de nulidade, quando o objeto da controvérsia estiver circunscrito a questões relativas à validade de atos processuais.

A nova redação dada ao art. 609 do CPP prevê exclusivamente o cabimento dos aludidos recursos (infringentes e de nulidade) em caso de decisão divergente que absolva o réu. Outrossim, a nova redação informa que a interposição do recurso interrompe a execução da pena.

Preliminarmente, o projeto parte de um pressuposto tão difundido quanto equivocados, de que grande parte do problema da justiça criminal se situa nos exagerados recursos à disposição do acusado. Trata-se de um discurso que se nutre especialmente do abuso de dados distorcidos, como demonstraram **Graziano e Bottino** (2018). De toda sorte, se há efetivamente um problema quanto aos recursos no processo penal brasileiro, ele se situa no verdadeiro simulacro de um julgamento colegiado, como sustentam **Giacomolli** (2015, p. 316) e **Cruz** (2013, p. 19), ao afirmar que, no âmbito recursal brasileiro, não é uma decisão colegiada, mas um segundo julgamento monocrático. Dessa maneira, o problema correlato ao segundo grau de jurisdição é o de que se tem, na verdade, uma aparência de revestimento de órgão colegiado substituído, que acaba se confirmando em um mero “de acordo com o relator”. Seguindo essa lógica, então, os únicos casos em que se tem a certeza de que o segundo grau de jurisdição não atuou como mero órgão aparentemente colegiado são justamente os casos de cabimento dos embargos infringentes ou de nulidade. O desembargador vencido percebe que a situação é tão grave que passa a atuar e se obriga a elaborar um voto divergente sobre algum aspecto que ele julga tão relevante que decide ir contra a maré e demonstrar a insatisfação contra o julgamento da maioria.

Ainda em consonância com a questão da celeridade processual e da discussão em torno dos recursos no processo penal, pesquisa realizada em 2010 demonstra que o número de embargos infringentes no Estado do Rio de Janeiro do ano de 2009 constituíram um total de 252, compreendidos entre os meses de janeiro a novembro de 2009. Ou seja, o julgamento de menos de 23 embargos infringentes ou de nulidade por mês.⁽¹⁾ Naquele ano, para um total de recursos ou decisões de segundo grau, se alcançou um resultado total de 9.184 decisões; para cada mês, então, 765,33 decisões. Ou seja, nem 3%

(2,993348%) do total de decisões do Estado do Rio de Janeiro tratavam-se, em 2009, de decisões em embargos infringentes ou de nulidade.

Com metodologia similar, ao se consultar o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para o ano de 2018, se procedeu a uma pesquisa semelhante.⁽²⁾ Com os termos “embargos e infringentes” chegou-se a 685 resultados; e, deles, 223 não tratavam de embargos infringentes ou de nulidade, (casos de recurso com efeitos infringentes, por exemplo). Ou seja, num total de 462 recursos no ano de 2018, quase 10 anos depois da pesquisa acima referida, alcançou-se um total de 38,5 embargos infringentes por mês no Estado do Rio de Janeiro. Pode até parecer um crescimento exacerbado, isoladamente comparado com o ano de 2009. Entretanto, o fluxo de recursos que aparecem em atos jurisdicionais de segunda instância no Rio de Janeiro, para o mesmo período de 2018, soma o número de 21.613; ou seja, mais de 1.801 decisões por mês dadas em segunda instância com o termo recurso. Ora, não parece ser razoável que alterar a previsão do número de 38,5 recursos, num total de 1.801 por mês, deva ser considerado um problema de política criminal sério. Para que fique mais claro, 2,137% das decisões no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2018, são de embargos infringentes. Se, em 2009, quase 3% (2,993348%) dos recursos eram decisões oriundas de embargos infringentes, os dados de 2018 indicam queda nesse percentual (2,137%). Como reverso da moeda, nota-se que a pergunta que deveria orientar uma política criminal minimamente racional é justamente aquela de como é possível, num fluxo de 21.613 decisões, se ter a unanimidade em 21.151 desses julgados. Portanto, o primeiro aspecto da reforma é desprovido de qualquer dado ontológico, pois parte de um axioma irrevogavelmente desmentido pelas práticas punitivas brasileiras.

Um segundo aspecto merece atenção. A reforma pretende tratar, através de uma lógica binária (absolvição x condenação), aspectos absolutamente complexos do fenômeno recursal. Aparentemente, dada a debilidade e a precariedade técnicas da proposta de reforma, ficariam fora do objeto recursal questões atinentes à aplicação de majorantes, concurso de crimes e causas de aumento, aplicação da lei penal no tempo, aplicação da pena-base e do regime de cumprimento da pena. Além do mais, tecnicamente também ficariam fora do alcance dos embargos as questões referentes às causas extintivas da punibilidade, que não se coadunam com a lógica binária da absolvição ou condenação. Também ficariam de fora os recursos destinados à ampliação da cognição quando o objeto da divergência for o tipo penal cabível (desclassificação), ou ainda, o afastamento de qualificadora, que trata de questão afeita ao campo da tipicidade. Questões complexas como a discussão em torno da culpa e do dolo não poderiam ser reexaminadas na lógica deformada do projeto. E isso para ficar apenas no campo do Direito Penal. Outra questão que o projeto de forma velada e perversa propõe é a abolição tácita dos embargos de nulidade. Apesar de o projeto manter a terminologia “embargos de nulidade”, uma vez

cabível o recurso apenas contra decisão não unânime que absolva o acusado (como conta na proposta), os embargos de nulidade deixam substancialmente de existir. Com efeito, se o objeto dos embargos de nulidade é a discussão em torno dos requisitos de validade de um determinado ato processual⁽³⁾ (atingindo também a importantíssima questão da prova ilícita), evidentemente a sua aplicabilidade deixa de encontrar amparo formal no art. 609 do CPP.

Em pesquisa brevíssima no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, examinando-se por amostragem 100 acórdãos (do universo bruto de 2.190 acórdãos encontrados entre 20.12.2017 e 20.01.2019 – não havendo exclusão por matéria e, portanto, o número total deve passar por filtros de adequação), observou-se que 40 tratavam da dosimetria da pena, 40 tratavam de absolvição, 12 examinavam nulidades processuais, 5 cuidavam de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, 3 tratavam de desclassificação. Diante de tais dados, verifica-se facilmente que a proposta de reforma afetaria, nessa amostragem, 60% dos casos, mantendo-se os embargos para apenas 40% das apelações.

O que causa espécie é justamente que a maior parte das divergências (e em que efetivamente se realizou um julgamento minimamente colegiado) estaria a descoberto dos embargos na formulação do projeto, deixando de lado questões relevantes como nulidades, dosimetria da pena, regime de cumprimento da pena, etc. O projeto é inviável à sua máxima potência, pois, em primeiro lugar, parte do senso comum de que o processo penal é um jogo de soma zero,⁽⁴⁾ desconsiderando toda a complexidade das operações que se sucedem nesse campo. Do universo de questões que podem ocorrer em um determinado procedimento, relegar os embargos à discussão em torno da absolvição e da condenação é epistemologicamente pobre e moralmente órfão, pois a grande maioria dos julgados não ocorre segundo uma *all or nothing fashion*. E, além disso, encobre a revogação de um recurso (os embargos de nulidade).

O que também deve ser sinalizado é que, em sendo os embargos infringentes uma expressão da própria presunção de inocência aplicada ao órgão colegiado, não deve surpreender que ela advenha em um momento no qual se procura fustigar e debelar essa norma constitucional, bastando rapidamente olhar-se para a “execução provisória” da pena. Ninguém revestido de mínima seriedade acadêmica pode duvidar de que a existência dos embargos, baseados na divergência originária de órgão colegiado, possa encontrar sua raiz na presunção de inocência (mesmo que a “causa” da reforma do processo penal em 1951 fosse ampliar a possibilidade do recurso, por extensão ao cível).⁽⁵⁾ Se a “execução provisória” da pena toca na norma de tratamento originária da presunção de inocência (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ex vi art. 5º, LVII da Constituição da República), a dúvida quanto ao julgamento integra a norma de juízo *in dubio pro reo*. Evidentemente, a existência de voto divergente significa a verificação de pressuposto de autorização da ampliação da cognição objeto de recurso anterior, a ensejar a integração de mais julgadores para que uma decisão possa ser tomada, sem estar maculada pela dúvida.

O projeto inclusive anda na contramão do próprio Código de Processo Civil, que, apesar de nominalmente “abolir” os embargos infringentes, acaba por integrá-los na técnica de julgamento ampliado da apelação, consoante o art. 942 do CPC, que prevê apenas três exceções em seu § 4º.

A proposta é absolutamente inviável e perigosa, por todos os

motivos já expostos. Admitida a proposta, torna-se absolutamente paradoxal e teratológica a admissão de uma técnica de julgamento ampliado no Direito Processual Civil e a sua redução à ineficácia no campo do Direito Processual Penal, onde estão em jogo interesses ainda mais importantes.

A anemia técnica que tal proposta contém é insuperável. Diante disso, deve o Congresso rechaçar, pura e simplesmente, o projeto, pois contém uma séria ameaça de impossibilitar a revisão de questões por demais relevantes no processo penal. E isso tudo despojado de qualquer tipo de pesquisa empírica que, sequer perfunctoriamente, esboce conexão entre uma “legislação anticrime” e os efeitos reais da atual sistemática dos embargos infringentes e de nulidade no sistema recursal brasileiro. Além disso, o projeto vem destituído de qualquer evidência que pudesse acobertar a reforma, como o tempo para julgamento dos embargos em face de outros recursos, a taxa de reversibilidade das decisões, etc. Nada. O projeto é natimorto pois não dialoga – nem mesmo na epiderme – com a realidade.

O mais incrível mesmo é, em pleno ano de 2019, termos que recorrer aos mesmos argumentos defendidos em 1951, quando do projeto de lei que culminou na reforma do CPP (ou seja, se o recurso existe no processo civil, conseqüentemente deve existir no processo penal). E, nesse sentido, ainda mais surreal é a conclusão – forçosa – de que a proposta é inconstitucional e antidemocrática, pois debilita ainda mais a já combalida presunção de inocência e proscreve significativas discussões judiciais em torno da divergência, que na maioria das vezes não segue a lógica do “tudo ou nada”. O que o projeto procura é neutralizar a divergência, a ponto de torná-la ineficaz, preparando o terreno para a consolidação de um julgamento monocrático de segundo grau. Colegiado sem divergência não é garantia alguma e, nesse ponto, tem-se o projeto duplamente inconstitucional, pois além da norma de juízo (*in dubio pro reo*), está a afastar a reboque o duplo grau de jurisdição. Longe de ser um projeto anticrime ele é, mais do que nunca, contra o (anti) cidadão, contra o (anti) indivíduo e contra (anti) decisão de qualidade; pretende por uma fúria punitiva ter um trânsito em julgado precoce e abre mão da diminuição do erro nas decisões; assim, diminui o cidadão e infla a punição sem lastro de racionalidade.

No contexto geral em que chega o presente projeto, não se pode concluir diversamente de que os argumentos liberais dos velhos autoritários eram muito mais liberais do que os argumentos autoritários de nossos “liberais”.

Referências

- CRUZ, Rogério Schietti. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GRAZIANO, Sergio; Bottino, Thiago. *Encarceramento não é espetáculo nem solução à corrupção*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/opiniaao-encarceramento-nao-espetaculo-nem-solucao-corrupcao>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

Notas

- (1) Pesquisa realizada por MELCHIOR, Antonio Pedro. Os embargos infringentes e a reforma do código de processo penal (PL 156/09). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 175 e ss.
- (2) Foram excluídas da pesquisa as seguintes classes: recurso em sentido estrito, habeas corpus, embargos de declaração, ação penal, investigação penal, entre outras classes que não se enquadravam exclusivamente na identificação de embargos infringentes e de nulidades.
- (3) Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

- (4) “O somatório dos vetores presentes na vontade de cada parte no interior do processo penal, se analisado através de um diagrama, resultará num vetor voltado ao benefício do acusado. Enquanto o acusado carrega o vetor máximo de resistência, com ou sem a confissão do fato delitivo, a parte ex adversa, que em regra é o Ministério Público, que carrega dois vetores, quais sejam, o do poder de punir, cuja realização aponta no sentido de se sobrepor ao vetor do acusado, afastando o *in dubio pro reo*; e outro, que comporta a sua função de custos *legis*, que é a de pretender proteger com o processo a lei que em seu patamar máximo seria a de efetivar a vontade presente na Constituição, com todas as garantias inerentes ao acusado em um processo penal”. PAULA, Leonardo Costa de. *Nulidades no processo penal brasileiro: sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 124.
- (5) Pretende a proposição estender o recurso de embargos perante os Tribunais de Justiça aos processos criminais. A medida é justa. A lei processual fixa o recurso de embargos em material cível. Deve, portanto, ser admitido nos processos criminais onde está em discussão a liberdade humana”. Projeto 62 de 1951. Diário do Congresso Nacional dos Estados Unidos do Brasil. a. VI. n. 57. 5 de Abril de 1951. Brasília, 1951. p. 1800. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05ABR1951.pdf#page=10>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pós-doutor pela Universidade Federico II. Doutor em Direito pela UFPR e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado. ricardogloeckner@hotmail.com

Leonardo Costa de Paula

Doutor em Direito do Estado pela UFPR e mestre em Direito Público pela UNESA. Professor da Faculdade CNEC Ilha do Governador. Vice-Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. leocdp@gmail.com

Delinquente habitual, por tendência e profissional no projeto “anticrime”: em algum lugar do passado

Leonardo Isaac Yarochevsky

1 O princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade, no Direito brasileiro, encontra-se de maneira implícita abrigado, em nível constitucional, no artigo 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana),⁽¹⁾ corroborado pelo artigo 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos), e artigo 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade), todos da Constituição da República.

Na concepção atual do Direito Penal, inscrito no Estado Democrático de Direito e comprometido com os valores fundamentais da pessoa humana, não há como negar que os princípios de um Direito Penal garantista estão, de uma forma implícita ou explícita, assegurados na Constituição da República. Assim, uma vez reconhecido o princípio da culpabilidade como um dos princípios constitucionais, necessário verificar a compatibilidade do projeto “anticrime” apresentado pelo atual ministro da Justiça ante os princípios constitucionais, notadamente o princípio da culpabilidade.

Sem embargo das diversas concepções ou teorias acerca da culpabilidade, teoria psicológica e teorias normativas, está assentado atualmente no Direito Penal a responsabilidade pela prática de fatos (Direito Penal do fato) comissivos ou omissivos, afastando-se igualmente qualquer responsabilidade pelo modo de ser do agente, fundada no modo de vida ou no caráter (Direito Penal do autor). Sendo certo que o agente somente poderá ser punido por sua conduta e jamais pelo que ele é ou deixa de ser.

Destaca-se que, em razão do princípio “*nullum crimen sine culpa*”, a culpabilidade pela conduta de vida do agente vai de encontro ao Direito Penal do fato e, portanto, deve também ser rechaçada.

Punir uma pessoa pelo que ela é (*quia peccatum*) e não pelo que

fez (*quia prohibitum*) é, segundo **Salo de Carvalho**, abandonar “*as amarras impostas pelos princípios da secularização e da legalidade (mala prohibita) no que tange ao aumento da pena, substituindo-os por valorações potestativas de cunho subjetivo na reconstrução da personalidade de autor rotulado como intrinsecamente mau (mala in se)*”.⁽²⁾

Assim, no Direito Penal que se pretende minimamente comprometido com a dignidade do ser humano e com os postulados do Estado Democrático de Direito, tem-se um Direito Penal do fato – descrição de modelos de condutas proibidas – que considere também o autor, sem, contudo, descrever tipos de autor. No dizer de **Toledo** “*o direito penal moderno é, basicamente, um direito penal do fato. Está constituído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato*”.⁽³⁾

2 Delinquente habitual, por tendência e profissional

Embora tenha o conceito de habitualidade se firmado no século XX, nos séculos anteriores já se trabalhava com conceitos e noções equivalentes, como a “*consuetudo delinquendi*”,⁽⁴⁾ que determinava em relação a certos crimes, em especial o furto, um agravamento da pena.

Além de tratar da reincidência, o Código Penal italiano de 19 de outubro de 1930 tratava da habitualidade (*abitulità* – arts. 102 e 103), da profissionalidade (*professionalità* – art.105) e da tendência a delinquir (*tendenza a delinquere* – art. 108).

No Brasil, o Código Penal de 1969, que não chegou a vigorar, além de distinguir o reincidente do criminoso habitual e por tendência, conforme dito alhures, tratava tanto o criminoso habitual quanto o criminoso por tendência com mais rigor. O natimorto Código previa a figura esdrúxula da “*pena indeterminada*”, bem como presumia, de maneira absoluta e absurda, a periculosidade

e até mesmo a habitualidade, que poderia ser considerada sem que tivesse sido o agente condenado por sentença transitada em julgado, em nítida afronta ao princípio da presunção de inocência.⁽⁵⁾ De igual modo, o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969).⁽⁶⁾

Raúl Zaffaroni não poupa críticas ao conceito de criminoso habitual ou de habitualidade, bem como ao tratamento dado ao reincidente pela maioria das legislações penais. De acordo com o jurista argentino, “*Desde la desviación positivista la ‘habitualidad’ es un producto del afán clasificador de esta corriente, cuyo anarquismo nosotáxico llega a ser desesperante. La diferencia entre el reincidente y el habitual esnebulosísima, pudiendo aventurarse la opinión de que, por debajo de las complejas y contradictorias clasificaciones el ‘habitual’ sería algo como el reincidente ‘desahuciado’ y, por ende, sometido a una segregación o a un tratamiento intensivo*”.⁽⁷⁾

3 O projeto “anticrime”

O projeto “anticrime” apresentado pelo ex-juiz e atual ministro da Justiça Sergio Moro, contrariando a melhor doutrina e a experiência legislativa, ressuscita os lapidados e ultrapassados conceitos de criminoso habitual e por tendência, além de continuar incidindo no equívoco de tratar o reincidente com maior severidade.

Ao tratar das “*medidas para endurecer o cumprimento das penas*”, o projeto determina – afrontando a jurisprudência do STF – que o condenado reincidente ou considerado habitual ou profissional inicie o cumprimento da pena em regime fechado, *in verbis*:

“Art. 33 ...

§ 5º. No caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo” (art. 33, § 5º do “Projeto Anticrime”).

Como já assentado, ao ressuscitar os conceitos de criminoso habitual, por tendência ou profissional, o projeto “anticrime” atropela o princípio da culpabilidade no qual se assenta a responsabilidade do agente pelo fato praticado (Direito Penal do fato) e jamais pela responsabilidade pela condução de vida ou pelo caráter (Direito Penal do Autor).

Certo é que os conceitos, bem como os requisitos e pressupostos do que vem a ser delinquente reincidente, habitual, por tendência ou profissional e outras expressões utilizadas pela doutrina e por diversas legislações – e agora ressuscitados pelo projeto “anticrime” – estão longe de uma pacificação ou de um consenso, principalmente no tratamento que deve ser dado a cada uma dessas espécies, muitas vezes tratadas como sinônimas, outras de maneiras completamente distintas, atribuindo-se ora a uma ora a outra maior ou menor gravidade.

As legislações que distinguem o delinquente habitual, o delinquente por tendência, o delinquente profissional e o reincidente, elevando ainda mais a pena e restringindo vários benefícios e mutilando direitos destes – como faz o projeto em comento –, só podem encontrar seu fundamento na chamada teoria absoluta da pena, de caráter nitidamente retributivo, que tem a pena como um fim em si mesma.

Qualquer que seja a teoria adotada (absoluta, prevenção, funcionalista etc.), e a finalidade que se pretenda dar à pena, ela

não pode se converter em um fim em si mesmo e se contrapor ao princípio da culpabilidade. O fim das penas, já notava **Beccaria**, “*não é atormentar e afligir um ser sensível...*”.⁽⁸⁾

Punir o ser humano pelo seu caráter, pelo seu modo de ser ou pela pessoa que ele é, trata-se de repugnante hipótese de direito penal do autor, próprio de regimes autoritários e de exceção.

4 Conclusão

Parece claro que os códigos que definem e diferenciam o reincidente do criminoso habitual, profissional ou por tendência⁽⁹⁾ como fez, outrora, o Código Penal italiano, o Código Penal Militar do Brasil e o Código Penal brasileiro de 1969, por exemplos, o fazem com base no modo de viver do agente, na sua conduta de vida ou em razão de uma classificação do agente. Somente encontram respaldo na concepção de culpabilidade de autor, a qual se opõe à concepção de culpabilidade do fato, segundo a qual deverá ser considerado o fato delitivo e não o comportamento anterior do agente.

O problema da criminalidade, é, antes de tudo, um problema social e vem condicionado pelo modelo de sociedade. Seria ilusório, portanto, analisar a criminalidade a partir de um ponto de vista natural, ontológico ou puramente abstrato, desconectado da realidade social em que a mesma surge.⁽¹⁰⁾

Do ponto de vista criminológico, para a compreensão da criminalidade é necessário estudar a ação do sistema penal, iniciando pelas normas abstratas até a ação das chamadas instâncias oficiais (polícia, ministério Público, juízes e o sistema penitenciário).⁽¹¹⁾

Por tudo, verifica-se que o projeto “anticrime”, apostando no recrudescimento do sistema penal, fruto de uma política equivocada da lei e da ordem e do Direito Penal Simbólico, despreza conceitos fundamentais do Direito que decorrem da evolução doutrinária e da própria experiência legislativa. Como concebido, o projeto em comento levará, ainda mais, ao encarceramento em massa e da massa.

Notas

- (1) De acordo com Juarez Tavares, “Como a premissa da proteção à dignidade é a de que a ordem jurídica não pode tomar o cidadão como simples meio, mas como fim, emerge a consideração de que, por isso, são inconstitucionais as leis que impliquem maior sofrimento, miséria, marginalização ou desigualdades, o que passa a constituir um absoluto impedimento à restauração da pena de morte, ou a assumir na penas privativas de liberdade exclusiva pretensão de prevenção geral ou especial, inobstante o comprovado insucesso de sua execução.” (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 77-78, dez./1992.).
- (2) CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 154.
- (3) TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 235.
- (4) “*L’abitudine, in largo senso, è quella che i Pratici chiamavano consuetudo delinquendi e designavano altresì con i nomi di perseverantia, geminato, frequentatio. I giureconsulti romani non ne ebbero un concetto organico: le leggi punivano soltanto in maniera più grave i rei che perseverano in alcuni delitti. Anche il diritto canonico considera l’abitudine (pertinacia), specialmente in riguardo al delitto di eresia, e la considera come aggravante della pena, ma, in generale, non distingue l’abitudine dalla recidiva.*” (MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*. v. I: parte generale (tomo secondo). Bologna: Nicola Zanichelli, 1951. p. 645).
- (5) *Criminoso habitual ou por tendência*
Art. 64. *Tratando-se de criminoso habitual e por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima da pena privativa de liberdade, não podendo ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados.*
Limite de pena indeterminada

§ 1º. A duração da pena indeterminada não pode exceder a dez anos, após o cumprimento da pena fixada na sentença.

§ 2º. Considera-se criminoso habitual quem:

a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena;

b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime.

§ 3º. Considera-se criminoso por tendência quem, pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez.

- (6) “Em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente à nova infração penal, que constituirá a duração mínima da pena privativa da liberdade, não podendo ser, em caso algum, inferior a três anos.” (art. 78)
- (7) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidência: un concepto de derecho penal autoritario. In: *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. San José da Costa Rica: Juricentro, 1992. p. 41.
- (8) BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 62.
- (9) “Se trata de tentativas de elaborar un concepto de ‘habitualidade’, con ese o

otro nombre, separado del concepto de reincidencia. Es una fórmula legal que ya permite ‘marcar’ a una persona como delincuente. Si la reincidencia responde a la idea de una clasificación entre disciplinados e indisciplinados, que a veces pasa por el requisito previo de la reincidencia y, en otras, ni siquiera se lo requiere, porque su ‘pésima’ condición se revela con la simple pluralidad delictiva.” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (informe final). ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coord.). *Documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de derechos humanos (1982-1986)*. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 90).

- (10) HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo blanch libros, 2001.
- (11) BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

Leonardo Isaac Yarochevsky
Doutor em Ciências Penais pela UFMG.
Membro do IDDD e do IAB. Advogado.
leonardo@yarochevsky.com.br

Organização criminosa sem crime? Observações críticas sobre a proposta de reforma pelo Projeto de Lei Anticrime

Beatriz Corrêa Camargo e Renato de Mello Jorge Silveira

1 Proposta de reforma no conceito das organizações criminosas (Art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013)

Em matéria de política legislativa, a pergunta sobre o “porquê” costuma orientar as discussões sobre a pertinência das propostas de mudança. Quanto ao Anteprojeto de Lei apelidado “Pacote Anticrime”, sugerimos uma breve análise que parta, ao invés disso, da pergunta “para quê?”, a fim de tentar elucidar se haveria algum ganho, de natureza penal, com a reforma do conceito de organizações criminosas previsto na Lei 12.850/2013, nos moldes que acabam de ser propostos.

A Lei 12.850/2013 define a organização criminosa como uma associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada, e caracterizada pela divisão de tarefas. De modo semelhante ao crime de associação criminosa, o conceito de organização criminosa é caracterizado, ainda, pela finalidade delitativa desse agrupamento, considerado ilícito, nos termos da lei, porque atua com objetivo de obter vantagens mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.⁽¹⁾

Essa definição corresponde aos parâmetros estabelecidos internacionalmente pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.⁽²⁾ Sua adoção pelo legislador brasileiro foi endossada por anos de discussão entre doutrina e jurisprudência em torno da necessidade ou não de uma tipificação mais complexa do fenômeno do que aquela oferecida pela redação do antigo crime de quadrilha ou bando, do Código Penal.⁽³⁾

A lógica por trás dos delitos de organização é punir atos que são conceitualmente anteriores à preparação ou à participação em uma

infração concreta.⁽⁴⁾ Apesar dessa antecipação da punição ao estágio delitivo prévio, as penas atribuídas à participação nas organizações são bastante elevadas.⁽⁵⁾ No caso brasileiro, a conduta de integrar organização criminosa é punida com pena de 3 a 8 anos de prisão.⁽⁶⁾

Por diversas razões, os chamados “delitos de organização” suscitam dúvidas quanto às exigências de um Direito Penal democrático. Dado à diversificação do fenômeno do crime organizado, tais delitos representam um desafio ao princípio da legalidade penal no que se refere à descrição da conduta punível. Por isso é que as definições de organizações criminosas muitas vezes são dotadas de uma certa artificialidade, como se faz, por exemplo, em relação à fixação de um número mínimo de integrantes.

O Anteprojeto elaborado pelo Ministério da Justiça objetiva ampliar esse conceito, deixando de considerar necessária a finalidade de prática de crimes graves ao incluir a hipótese de agrupamentos que, *in verbis*: “se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas”.

É com essa proposta de ampliação que iremos nos ocupar nas próximas linhas. Problema igualmente grave, mas contornável com a boa vontade do legislador, ou do próprio intérprete, em situação menos ideal, é a redação do texto que desmembra em diversos incisos o atual § 1º do art. 1º da Lei 12.850/2013. Isso porque referida técnica dissocia o caráter transnacional *dos crimes* (“cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de

caráter transnacional”), para estabelecer em inciso separado, que a própria organização seja de caráter transnacional. Com isso, a nova redação retiraria, também aqui, a necessidade de que a organização seja voltada à prática de crimes graves. Segundo o Projeto de Lei, a redação final do dispositivo seria a seguinte:

“Art.1o.....”

§ 1o Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que:

I - tenham 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;

II - sejam de caráter transnacional; ou

III - se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas.”

2 Algum ganho quanto à tipificação da conduta?

A nomeação de facções criminosas pelo texto do Anteprojeto, a título de “exemplificação”, é bastante sintomática de problemas de ordem dogmática envolvendo a proposta. De um lado, ela demonstra por si só a dificuldade de transformar em abstração o que se pretende exatamente com essa reforma. De outro, gera estranheza não apenas pelo estilo de redação, mas, principalmente, porque sugere que grupos como o PCC ou o Comando Vermelho não poderiam ser enquadrados na legislação já existente. Com efeito, o modo de atuação dos grupos mencionados já corresponde à definição do art. 1º, § 1º da Lei 12.850/2013 atualmente em vigor: são associações estruturalmente ordenadas, com divisão de tarefas, criadas para a obtenção de vantagens (econômicas, manutenção de poder, etc.) mediante a prática de crimes.

Portanto, para o propósito de punição desses grupos, assim como das milícias mencionadas, se mostra completamente desnecessária qualquer mudança legislativa no conceito de organização criminosa.

Haveria, então, ganhos de natureza indireta, relacionados a outros âmbitos do sistema penal, que não exclusivamente o da tipificação de condutas?

3 Outros ganhos possíveis?

Na literatura científica, parte do diagnóstico sobre as transformações operadas pela criminalização dos delitos organizativos no Direito Penal consiste em compreender tais delitos como expressão de demandas de caráter repressivo e investigativo. Dessa forma, se, de um lado, o crime de integrar associação ou organização criminosa cumpre muitas vezes a função pouco democrática de suprir a dificuldade de constituição de provas na delimitação individualizada dos crimes praticados,⁽⁷⁾ de outro lado, sem desconsiderar os riscos de excessos em investigações desvirtuadas, a categoria dos crimes associativos abre caminhos que em grande medida se mostram necessários para algumas atividades de investigação, as quais, de outra maneira, não seriam viáveis no âmbito processual penal.⁽⁸⁾

Nesse sentido, não parece de todo mal deixar de modo expresso na lei que as milícias privadas também contam como organização

criminosa para fins de investigação processual, apesar de haver um tipo penal próprio para elas no art. 288-A, CP. Entretanto, fazer essa indicação por meio da tipificação penal proposta não parece ser a solução mais adequada, como elucidaremos adiante.

Menos óbvias são as consequências de uma abertura do conceito típico para outras medidas sugeridas pelo Anteprojeto, de natureza processual penal e de execução da pena. Dentre essas medidas, encontram-se os impedimentos para a progressão de regime, para a concessão do livramento condicional ou mesmo para aplicação de benefícios prisionais para o condenado por organização que mantiver o vínculo associativo (art. 2º, § 9º, Lei 12.850/2013). Ademais, são previstas mudanças no Código Penal para facilitar o perdimento do produto do crime (art. 91-A, § 1º, CP), além das medidas para impedir a soltura do preso provisório vinculado a organização criminosa (art. 310, § 2º, CPP). Tudo leva a crer que tais institutos encontrem uma aplicação ainda mais ampla caso se leve adiante um conceito tão obscuro de organização criminosa, no qual a finalidade delitiva deixa de ser um elemento constitutivo do crime em questão.

4 Perdas com a reforma: ausência de bem jurídico, punição pelo simples versar em coisa ilícita, ampliação injustificada da violação da intimidade para fins de investigação

Em contrapartida, as propostas de reforma trazidas pelo Anteprojeto apresentam resultados bastante negativos, desde perspectiva de interpretação e aplicação das normas penais existentes. O mais imediato é a criação de um conflito de normas no que se refere ao crime de integrar milícia privada. Nessa hipótese, uma criminalização a título de “organização criminosa” na Lei 12.850/2013 derogaria o art. 288-A, CP, punido com pena mínima de 4 anos, mais alta que os 3 anos estabelecidos pelo art. 2º caput da Lei 12.850/2013. Logo, mais adequado que uma abertura conceitual nesse caso seria um dispositivo na lei esclarecendo que as organizações tipificadas no art. 288-A do CP contam como organização criminosa para fins processuais de investigação e execução da pena.

Há outros efeitos deletérios, menos visíveis de imediato, caso venha a ser acolhida uma nova redação para o conceito de organização criminosa.

Isso porque, se existe absoluto consenso quanto ao caráter criminoso de organizações como o PCC, por outro lado, a proposta do Ministério da Justiça modifica o conceito de organização criminosa de tal modo que desfigura qualquer concepção de ilícito material possivelmente relacionado a essa tipificação. Assim, na medida em que a proposta retira da definição de organização criminosa a exigência de que a estruturação do grupo seja voltada à prática de crimes, a norma deixa de ter por objeto uma lesão de direitos alheios minimamente reconhecível no contexto dado. Afinal de contas, qual perigo (abstrato) de lesão estaria exatamente envolvido no fato de se pertencer a um grupo que se vale da “força de intimidação” do vínculo associativo para adquirir o controle sobre uma atividade econômica? A descrição é tão difusa que dá a impressão de tratar de um crime contra a ordem econômica. Constitui, nesse sentido, mais uma janela para expandir a criminalização da atividade empresarial e político-partidária.

Dessa forma, ao excluir do conceito de organização criminosa a finalidade associativa voltada à prática de crimes de maior relevo, o Anteprojeto não apenas vai na contramão de tudo aquilo que a

doutrina sempre ponderou como razões legítimas de criminalização em tais casos,⁽⁹⁾ como ainda se distancia de toda a rede normativa internacional voltada ao combate do crime organizado.⁽¹⁰⁾

Parece-nos que é exatamente essa ausência de um injusto reconhecível que oferece o principal problema da proposta de reforma, já que termina por favorecer a punição por qualquer espécie de vínculo a esses agrupamentos. Pior do que isso: não apenas um vínculo remoto em relação às organizações citadas no Anteprojeto, mas também em relação a quaisquer associações que simplesmente se situam à margem da legalidade.

Generalizações dessa natureza devem ser vistas com reservas.

Como é sabido, o domínio das chamadas “facções criminosas” nos presídios brasileiros (como nas favelas) desempenha forte papel político na distribuição do poder entre os líderes desses grupos, nesse microcosmo. Para a grande maioria dos presos, integrar alguma facção não é uma escolha, é uma imposição e uma questão de sobrevivência.⁽¹¹⁾ Nessas condições específicas, o que se apresenta é antes uma hipótese de exclusão da culpabilidade que deveria isentar o sujeito de responsabilidade penal em razão da coação sofrida em um espaço de ausência de liberdade. Ao invés disso, o anteprojeto apresenta uma uniformização de tratamento que aproxima a Lei 12.850/2013 de uma responsabilização penal objetiva, sem considerar o contexto individual de relação do sujeito com as organizações em questão.

Em outras palavras: “integrar” uma organização criminosa requer uma conduta ativa dentro de uma rede estruturada a um fim específico, e não apenas uma adesão de caráter político a um grupo gerido por outras pessoas.⁽¹²⁾ Além disso, a menos que se deseje viver em um Estado em que a liberdade de associação não tenha maior sentido, não basta a existência de uma associação com um nome qualquer para se ter uma organização criminosa em cuja simples participação se mereça uma pena mínima de 3 anos.

Uma abertura do conceito de organização criminosa para toda e qualquer forma de agremiação é ainda questionável desde a perspectiva das implicações geradas quanto aos mecanismos investigativos previstos na Lei 12.850/2013, já que acaba diminuindo as exigências legais para o emprego de medidas que são altamente invasivas à privacidade e à intimidade dos investigados. Essa preocupação não se limita ao problema do tráfico de drogas, mas se estende igualmente para o âmbito do Direito Penal econômico.

Que essa verdadeira “incriminação automática”, pelo mero versar em coisa ilícita, pouco contribui para diminuir a deletéria atuação das organizações criminosas no Brasil é fato que se pode inferir não apenas da limitação inerente ao sistema punitivo de resolver problemas de origem estrutural dentro de uma sociedade. Em realidade, o cerne da discussão científica internacional em torno do problema da criminalidade organizada se dá não no plano da tipificação delitiva, mas sim, do aperfeiçoamento do aparato de investigação, bem como da cooperação internacional, para lidar com redes transnacionais de crimes que ultrapassam fronteiras e exigem respostas intersetoriais⁽¹³⁾.

Notas

- (1) Art. 1º, §1º da Lei 12.850/2013.
- (2) Art. 2º, a, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, incorporada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004.
- (3) Trata-se do atual art. 288-A do Código Penal. Uma descrição detalhada da evolução doutrinária e legislativa a respeito do crime de associação criminosa, bem como da tipificação da organização criminosa, encontra-se em SILVEIRA,

Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, Willian et al. (org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: Liber Ars, 2013. p. 166-169; com maior ênfase na discussão jurisprudencial, ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50-59. Cf., ainda, PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes, *Organização criminosa – nova perspectiva do tipo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 106-108.

- (4) Independentemente de qualquer discussão sobre o bem jurídico protegido, o crime de organização criminosa integra o Direito Penal de caráter supraindividual, e neste tocante, está sujeito ao processo de justificação que exigem as intervenções dessa natureza. A esse respeito, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. p. 167-173.
- (5) CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. *RGDP*, n. 8, p. 1, 2007.
- (6) Art. 2º, Lei 12.850/2013.
- (7) O que se aplica, no Brasil, particularmente para a realidade empresarial. Críticas a esse respeito, em SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? In: OLIVEIRA, Willian et al. (org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: Liber Ars, 2013. p. 171 e s. Anteriormente, negando a configuração da organização criminosa em qualquer hipótese do contexto empresarial, ESTELLITA, op. cit., p. 29 e ss.
- (8) CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 6. Como observa BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. In: *Crime organizado: análise da lei 12.850/2013*. AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 17 e s. a Lei 12.850 de 2013 não fugiu a esse padrão.
- (9) A esse respeito, vide CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 9-10; ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 91, p. 398-400, jul./ago. 2011.
- (10) Nesse sentido, os documentos internacionais se servem de conceitos e definições muito mais claros e precisos. Sobre isso, veja-se, além da Convenção de Palermo, outros exemplos advindos de normativas europeias citados por ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad: apuntes para el análisis. In: SANZ MULAS, Nieves. *El desafío de la criminalidad organizada*. Granada: Comares, 2006. p. 49-51; ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP)..., p. 395.
- (11) Como esclarece DIAS, cada facção tem um sistema de funcionamento próprio, com graus diversos de pertencimento. Nesse sentido, a “adesão” à facção pode possuir significados distintos, não necessariamente implicando ações e estratégias coordenadas, o que suscita dúvidas sobre até que ponto se trata realmente de uma organização, ou se haveria simplesmente uma identificação para fins de demarcação da atividade do tráfico de drogas. A respeito, cf. DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC – Hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 324.
- (12) Sobre os requisitos para a conduta típica de “pertencer” a um grupo criminoso organizado, CANCIO MELIÁ, Manuel. El delito de pertenencia a una organización terrorista en el código penal español. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 12, p. 158 e ss., 2010.
- (13) Um breve estudo sobre a transformação das instituições brasileiras diante do propósito de lidar com a criminalidade organizada transnacional pode ser encontrado em MACHADO, Maíra Rocha. As novas estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sistema de justiça criminal brasileiro. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra; BOTTINI, Pierpaolo (org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 277 e ss.

Beatriz Corrêa Camargo

Professora de Direito Penal da Universidade Federal de Uberlândia. Pós-doutora e mestra em Direito Penal pela Universidade de Bonn. Doutora em Direito Penal pela USP.
beatrizcamargo@ufu.br

Renato de Mello Jorge Silveira

Professor Titular de Direito Penal da USP. Pós-doutor pela Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Advogado.
rmjs@usp.br

Hipertrofia do judiciário e a proposta de alteração dos artigos 33, § 5º, e 59, § único, do Código Penal e artigo 2º, § 6º, da Lei 8.072/90: tensões constitucionais e o equilíbrio antidemocrático neoliberal do Projeto de Lei Anticrime

Luciana Costa Fernandes

Introdução

Trinta anos depois da Constituição e quatorze da Emenda 45, cujos debates alinharam seus atuais contornos institucionais, a magistratura no Brasil aparece para a sociedade como equilibrista, a qual, como na composição de João Bosco e Aldir Blanc,⁽¹⁾ “sabe(m) que o show tem que continuar”. Mostrando-se como apaziguadora das possíveis tensões entre o Legislativo e o Executivo e as demandas por ordem vigentes, vem corporificando o exercício de uma força, travestida de neutralidade, que tem reverberado especialmente a onda conservadora e punitivista vigente.

Para além dos debates já mais assentados no meio jurídico da chamada “judicialização da política”,⁽²⁾ o presente ano em especial parece trazer novos matizes à separação de poderes, especialmente no que se refere à função do Judiciário. Se os estreitos contornos já cambaleavam gabinetes afora, na área criminal, a ocupação de um cargo executivo por um exonerado juiz criminal e o exercício de sua competência legislativa parecem símbolo do que se passa. Na corda bamba entre o autoritarismo neoliberal e as garantias constitucionais, o juiz-ministro Sergio Moro parece marcar o equilíbrio tendencioso do atual governo em medidas como o Pacote Anticrime, que alimenta o punitivismo às custas de bases até então assentadas da legalidade, lesividade, individualização da pena, direito penal do fato e separação de poderes.

O conjunto, em si, ecoa as fissuras democráticas experimentadas pela história recente brasileira e é nesse lugar que são especialmente sinuosas as modificações que conferem ainda mais poderes a magistrados(as) para atribuição de direitos que, em momentos outros, já se disse deverem ser ao máximo taxativos. No limite, a crítica vale para as diversas fases em que o texto se utiliza de expressões imprecisas, com maleabilidade para serem completadas de forma discricionária pelas pessoas que julgam.⁽³⁾ Não obstante, quando as garantias se referem à fixação de regime, convocam-se debates particulares.

Diante do fenômeno global do “encarceramento em massa”,⁽⁴⁾ a ampliação de casos em que se torna possível a fixação do regime fechado alinha-se à empreitada neoliberal que tem enriquecido os cofres das agências que lucram com o medo e com os aparatos de segurança pública. Essas são as tensões latentes na forma como se apresentaram as alterações nos artigos 33, § 5º, e 59, § único, do Código Penal e artigo 2º, § 6º, da Lei 8.072/90. Assim, utilizando-se de revisão bibliográfica, a intenção do presente trabalho é de discutir os referidos dispositivos a partir de uma leitura que percebe como nodais os princípios/regras com sede constitucional na área criminal e como fundamentais as suas interpretações criminológicas. O esforço será de

situar a medida em um contexto de hipertrofia do judiciário que, em termos de política criminal brasileira, alinha-se ao racismo ínsito ao sistema penal, que faz dos presídios senzalas neoliberais.

Inchaço do Judiciário no Brasil: caminhos para novas atuações

Em um contexto generoso no elenco de direitos tuteláveis e comprometido com a ampliação do acesso à justiça, após a Constituição de 1988, o recurso ao Judiciário passou a se tornar cada vez mais corrente para demandas que antes estavam centralizadas nas arenas legislativa e executiva (ENGELMANN, 2015, p. 397). Uma vez dotados da capacidade de decifrar as mais diferentes situações na linguagem do Direito, já que as emergentes possibilidades de tutela passaram a espalhar-se legislação afora e a demandar cada vez mais autonomia de interpretação, juízes(as), então, passaram a assumir, desde a redemocratização, protagonismo bastante singular.

Essa centralidade do papel dos julgadores motivou o questionamento dos desenhos institucionais do Judiciário, que negociava no cotidiano das decisões a ampliação dos espaços legítimos de atuação e de realização do poder sob o manto de uma suposta “independência” e “neutralidade”. Na medida em que as duas outras esferas de poder apresentavam lacunas e vivenciavam uma crise de representatividade ainda não superada, foi esse poder que passou a monopolizar o processo de indicação do sentido “real” das leis e da gestão executiva, acobertado pelo discurso de definição da semântica do “justo” em cada caso.⁽⁵⁾ Discutida em longos anos, os debates acabaram consolidados na Emenda 45 e garantindo que se mantivesse em sua estrutura fundamental uma “carreira pública de elite” (BONELLI, 2010).

Assim a agência judiciária, no caminhar dos desenhos supostamente democráticos da política brasileira, passou a ocupar um lugar deliberadamente sobrelevado. Isso quer dizer que a deferência própria da magistratura brasileira, perceptível no reforço dos símbolos de autoridade e de prestígios da classe podem ser interpretados como parte do processo de construção da instituição no caminho de divisão/afirmação de competências de poderes pós-88. As inúmeras garantias⁽⁶⁾ e dinâmicas de ingresso e controle na carreira⁽⁷⁾ são exemplos de privilégios autorizados e que possivelmente viabilizam que o Judiciário se articule como uma organização pública elitizada, com cada vez mais respaldo para articulações políticas.

Ainda sobre as prerrogativas de carreira, a ênfase na independência e neutralidade tem o enorme potencial de ofuscar sua atuação enquanto política, de modo que a autonomia dos juízes(as), no Brasil, assume praticamente o *status* de um estado de espírito (BONELLI, 2010, p. 271). Essa confusão, se já é característica dos arranjos institucionais,

é bastante peculiar quando lidamos com discursos criminológicos, que assumem uma lógica própria no tratamento das desigualdades sociais. Ainda mais se projetados no populismo essencial em que se transformou a famigerada “luta anticrime”.

Estamos trabalhando, portanto, com uma classe que, no seu desenho normativo e desde a construção histórica, representa interesses dos privilégios estruturais do país. E que dialogam com os compromissos institucionais e com as conflituosidades responsáveis pela sua localização no contexto de forças do Estado. Ainda, com um poder que se mantém em grande medida em função da retórica de abstração e generalidade do direito, tendenciosa em ofuscar o potencial das funções políticas e realizações diversas da vida em sociedade.

A ascensão, nesse sentido, de Sérgio Moro, que passou de magistrado a orquestrador das disputas pela presidência brasileira e, recentemente, Ministro da Justiça, é exemplo do quanto a estabilização da magistratura se realiza nos dispositivos de poder imanescentes ao Direito e como estes se mostram especialmente sinuosos quando se fala na realização de políticas criminais e relações de poder. Mas que não se limita a estruturar-se pelos interesses dominantes, no plano político-econômico, modulando e remodulando continuamente as disputas incorporadas a sua atividade. É justamente nesse aspecto que o trecho que decidimos destacar no pacote desperta atenção: primeiro, porque possibilita a ampliação dos poderes do Judiciário de forma ampla, inclusive afrontando os limites definidos por normas legais e constitucionais; segundo, porque revela a atuação política de alterações de conteúdo político-criminal de base governamental; terceiro, porque permite, através da solução que promove o encarceramento como solução da violência, que se reforcem as históricas opressões racialmente seletivas no país.

Limites penais-constitucionais violados e condições de legitimação das alterações sugeridas

Situado o contexto de inchaço judiciário, entendido como lugar de enunciação do autor do projeto e, sobretudo, como elemento autorizador da adesão subjetiva ao ativismo judicial que os dispositivos selecionados representam, importa trabalhar com algumas das rupturas que consideramos provocar. É importante, antes, que se assente que o cenário narrado é não só pano de fundo, mas verdadeiro constituinte das violações apontadas. Em ambientes de efetivo respeito à Constituição e bases sólidas da dogmática penal garantista, essas afrontas mostrar-se-iam, simplesmente, inconcebíveis.

As modificações propostas nos artigos 33, § 5º, e 59, § único, do Código Penal e artigo 2º, § 6º, da Lei 8.072/90 habilitam, a partir de expressões abertas e tendenciosas, juízes(as) a fixarem regime inicial fechado, desprezando as balizas trazidas pelo artigo 33 do Código Penal. No primeiro caso, a autorização se daria em face de um juízo de “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (...) salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo”. No segundo, se vale das diretrizes de um dos artigos mais criticados do Código Penal, por sua abrangência e pelo incurso evidente ao Direito Penal do autor, que é o artigo 59, possibilitando que o regime prisional seja determinado “com observância dos critérios previstos neste artigo”. Por fim, no terceiro, as modificações implicam a rigidez do regime inicial para os casos de crimes contra a Administração Pública: “nos arts. 312, caput e § 1º, art. 317, caput e § 1º, e art. 333, caput e parágrafo único, salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis”.

A abrangência da redação dos artigos, sobretudo em virtude da forma como foi empregada a linguagem descritiva dos conceitos

nele firmados – vagos, abertos, absolutamente indeterminados –, é violadora da principal regra do Direito Penal, que é a da legalidade.⁽⁸⁾ Que seria, em tempos como os que vivemos, “conduta criminal habitual”?⁽⁹⁾ Quem determinaria o valor de “insignificância” ou “reduzido potencial ofensivo de infrações penais pretéritas”? Quais as linhas definidoras da “conduta social” “personalidade do agente”, “motivos”, “circunstâncias e consequências do crime” para fins, não de fixação de pena, mas de regime? Qual a melhor definição de “pequeno valor da coisa ou vantagem”?

Decorrência lógica da legalidade é o princípio da máxima taxatividade que, segundo Zaffaroni e Batista (2017, p. 209) servem para “extremar os recursos para que só a lei formal seja fonte de criminalização primária, não podendo o juiz complementar seus pressupostos”. Por isso, cabe ao legislador o esgotamento dos recursos para que as normas tenham a maior precisão possível linguisticamente. A regra de ouro do direito penal desde há muito visa, justamente, obstar interpretações judiciais idiossincráticas (SANTOS, 2014, p. 23), sendo a determinação o principal esforço de realização legislativa na área criminal.

Esse é o provável motivo porque as regras de fixação de regime na parte geral do Código Penal são bastante claras, definindo limites temporais marcados, com uma ou outra indeterminação excepcional. O esforço do pacote caminha justamente na contramão garantidora: confere à magistratura a possibilidade de determinar o conteúdo vago da legislação, abrindo margem para dissonâncias de interpretação e para a ocupação da função legislativa por parte dos magistrados, rompendo por isso também com a separação de poderes.⁽¹⁰⁾ Aí se encontra o reflexo do processo que descrevemos na fase anterior: o cenário de inchaço e protagonismo da magistratura se realiza em um crescente nos limites dos vazios trazidos pelas indeterminações legislativas.

Outra regra que parece ser violada pela definição apriorística do regime diferenciado de pena é a da individualização da pena.⁽¹¹⁾ No último caso, em que se determina o regime fechado em função de delitos em abstrato, porque “retiraria da agência judicial o poder discursivo e argumentativo de, individualizadamente, limitar com racionalidade o poder punitivo” (ROIG, 2018, p. 66). Nos demais, a violação se situa na abertura para análise de condições subjetivas do agente que não deveriam efetivamente importar em um regime de Direito Penal do fato.

Inclusive, esta outra violação que podemos apontar: à regra da lesividade,⁽¹²⁾ porque parece, pela indeterminação e pelo conteúdo perigosista⁽¹³⁾ dos termos empregados, que se abstrai da autodeterminação para possibilitar a punição de sujeitos pelas suas atribuições ou condições pessoais. Assim é a marca do direito penal do autor, sendo aquele para o qual “o ato é sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal” (ZAFFARONI, 2011, p. 111). São as entrelinhas de um projeto que amplia o regime fechado: o de despejar corpos em celas com o fim de “tratar” personalidades desviadas.

Voltamos às atribuições do positivismo criminológico, sobretudo porque condutor da forma como sentimos a questão criminal na nossa situação abissal, construtor das “afetividades punitivas que naturalizam a truculência e cultuam a pena como solução mágica e restauradora de todos os conflitos” (BATISTA, 2016, p. 299). O projeto atentatório se sustenta nas bases da dinâmica de ativismo do judiciário e da adesão ao discurso que possibilita que regras e garantias de status constitucional possam ser reconduzidas em favor da cultura da pena em tempos de encarceramento em massa. É nessas condições que o debate sobre a forma geopolítica como se tem conduzido o sistema neoliberal de aprisionamento pode se mostrar especialmente fértil.

Encarceramento em massa no Brasil e a ampliação da possibilidade de determinação pelo regime fechado “apesar de”

Por fim, é possível dizer que a ampliação das hipóteses de fixação do regime fechado alinha-se à estratégia neoliberal do encarceramento, percebido na grandeza do que a sucinta expressão de Davis representa: o “complexo industrial-prisional”. O processo de punição, a partir dessa leitura, considera as ideologias econômicas e políticas (DAVIS, 2018, p. 92) que sustentam a massificação do aprisionamento. O despejo de corpos em prisões é, antes de mais nada, lucrativo: produzem ativos para as corporações envolvidas na gestão da segurança particular e pública, na administração dos bens consumidos nas penitenciárias, na sustentação da agência midiática como produtora das catarses que constroem o mito da punição. Em síntese, o capitalismo global depende do trabalho ideológico mantido pelo cárcere (idem, p. 17).

E, ainda, responde a um movimento político-econômico de Estado bastante sintonizado com a atual presidência, de retirada do papel do Estado de redistribuição das riquezas e de redução dos abismos sociais “que não tem outra maneira de lidar com essas desigualdades senão por meio da ameaça constante do encarceramento e isolamento em massa de populações marginalizadas” (ABRAMOVAY, 2015, p. 25). Essas considerações aderem – e assim avalizam o projeto – ao racismo estrutural, entendido como sustentáculo indissociável do controle social no Brasil.⁽¹⁴⁾ Com isso queremos dizer que o alargamento das discricionariedades judiciárias, das condições de regime de aprisionamento, das crassas violações a regras constitucionais estão conjunturadas aos corpos contra os quais recaíram essas violações. As falácias discursivas de igualdade do “Pacote Anticrime” não se sustentam mais: é contra a juventude negra e pobre que qualquer projeto de ampliação do aprisionamento se destina, preferencialmente, no Brasil.

Conclusão

Em tempos de ideologia da segurança nacional e urbana, de populismo criminológico e de sociedade de comunicação, projetos tendenciosos a violar garantias e direitos mostram-se especialmente férteis (ZAFFARONI, 2011, p. 318). O “Pacote Anticrime”, nesse sentido, é retrato das fissuras democráticas experimentadas no país, com alterações que mobilizam a retórica do combate e prevenção à criminalidade às custas de garantias constitucionais que legitimavam o exercício do poder de punir.

As alterações propostas nos artigos 33, § 5º, e 59, § único, do Código Penal e artigo 2º, § 6º, da Lei 8.072/90 caminham nesse trilho: a ampliação de casos de fixação de regime fechado é porta aberta para o incremento do projeto neoliberal do encarceramento em massa que, no Brasil, atinge preferencialmente corpos não brancos e pobres. E que se destaca pelo alinhamento com o processo de hipertrofia do judiciário na realização de políticas criminais, em tempos de punitivismo e autoritarismo. Revisitar, nessa linha, o processo que antecedeu a nomeação do redator do projeto, enquanto juiz, alterando de forma tendenciosa o conteúdo de direitos processuais e garantias penais no maior espetáculo criminológico da política brasileira atual é ter uma pequena dimensão do seu enviesamento antidemocrático. Enquanto não aprovada, cabe a lembrança: “a esperança dança na corda bamba de sombrinha e em cada passo dessa linha pode se machucar”.

Referências

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo) liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; MALAGUTI, Vera (org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. Profissionalismo e diferença de gênero na magistratura paulista. *Civitas*,

Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 270-292, mai.-ago. 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. *A questão criminal no Brasil contemporâneo*. Comunicação oral no 2º Fórum Nacional de Alternativas Penais (Fonape). São Paulo: Fundação Bienal de São Paulo: Incerteza Viva, 2016.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Bertrand Brasil, 2018.

ENGELMANN, Fabiano. Sentidos políticos da Reforma do Judiciário no Brasil. *Direito & Práxis*, v. 07, n. 12, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal – teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

ZAFFARONI, E; BATISTA, N., ALAGIA, A., SLOKAR, A. *Direito penal Brasileiro: v. 1 – teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

Notas

- (1) Consagrada na voz de Elis Regina, com o título “O bêbado e o equilibrista”.
- (2) Vide nota 5.
- (3) Para outros exemplos, em matéria mais processual penal, vide propostas de reformulação dos arts. 421, §§ 3º e 6º, 617, § 1º, 637, §§ 1º e 2º, do CPP.
- (4) Utiliza-se o termo em referência a Wacquant (WACQUANT, Loïc. Da escravidão ao encarceramento em massa: repensando a “questão racial” nos Estados Unidos. In: *Contragolpes – seleção de artigos da New Left Review*. São Paulo: Boitempo, 2006. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.) e à releitura de Alexander (ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017).
- (5) Para Luciana et al “A ampliação do acesso à justiça, concomitantemente com a constitucionalização dos direitos e garantias, fez com que hoje todo e qualquer conflito, seja ele entre particulares, entre Estado e particular, ou mesmo entre diferentes poderes ou órgãos do Estado possam ser levados ao Judiciário. Tal transformação colocou o Poder Judiciário e o sistema de justiça no centro da arena política, não somente como prestadores de um serviço público, mas também como atores políticos importantes na formulação e implementação de políticas públicas e na definição de padrões morais de conduta” (CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RAMOS, Luciana de Oliveira. O Judiciário que temos é o que queremos? In: FONTAINHA, F.; GERALDO, P. H. B. (ed.). *Sociologia empírica do direito*. Curitiba: Jurua, 2015. p. 312).
- (6) A independência dos juízes é bastante imaculada, no Brasil, onde são autorizados a ser sócios de empresas, em determinadas condições, e a lecionar em faculdades públicas ou privadas – diferentemente de outros países em que a condição de magistrado é impeditiva da participação de negócios por um cuidado com a imparcialidade.
- (7) Tornar-se juiz(a) no Brasil é um grande empreendimento hoje. O modelo da maioria das provas passa por uma série de intermediadores – escolas vinculadas ao próprio tribunal, cursos preparatórios, agências, *coachings*, entre outros. Além do estudo prolongado e repetitivo, que foca na memorização de artigos de lei, teses dos membros(as) da banca e que demanda da maioria das pessoas que são aprovadas dedicação, pelo menos na maior parte, exclusiva, é exigida prática jurídica.
- (8) Prevista nos artigos 5º, XXXIX, replicada em todas as Constituições Federais brasileiras (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 68) e que, tamanha a relevância, inaugura o Código Penal Brasileiro constando logo no art. 1º.
- (9) Quais atos em conflito com a lei poderiam ser considerados para este fim? Próximo à expressão utilizada e possível indicatória da forma como será preenchida é a “dedicação a atividades criminosas” presente no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Sua aplicação prática tem dado ensejo à consideração de ações e inquéritos em andamento, não obstante a proibição da Súmula 444 do STJ e à basilar presunção de inocência. Habitual, nesse sentido, poderiam ser acusações penais sem trânsito em julgado? Ainda: estariam atos infracionais abarcados? Abre-se uma janela interpretativa estratégica ao contexto de ordem.
- (10) Art. 2º, CF.
- (11) Prevista no art. 5º, XLVI, CF.
- (12) Arts. 5º, XXXV e 98, I, CF.
- (13) Sobre *perigosismo* nas políticas criminais latino americanas ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: v. I, Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 316 e ss.
- (14) Vide FLAUZINA, Ana et al. *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015. Pires, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em português*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 135, p. 541-562, 2018.

Luciana Costa Fernandes

Doutoranda em Direito pela PUC-Rio e mestra em Direito Penal pela UERJ. Membro associada da “Elas Existem - Mulheres Encarceradas”.
lucianafernandesppa@gmail.com

Comentários ao projeto de lei anticrime na mudança na Lei 12.850/13, art. 1º, § 1º: o estado de coisas inconstitucional e os novos contornos da organização criminosa

Juliana Patrício da Paixão e Taiguara Libano Soares e Souza

1 Notas introdutórias

No julgamento da medida cautelar da ADPF 347 MC/DF, foi debatida adoção do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na jurisdição constitucional brasileira, para reconhecer a absoluta falência do sistema carcerário. O grave encarceramento em massa sem as mínimas condições de salubridade, segurança e higiene é um problema estrutural que perpassa pela formulação de políticas públicas, fixação de agenda política e a aplicação da lei penal. A superlotação dos presídios evidencia a política criminal que manipula “a vida como um objeto político”.

Na presente pesquisa, há um recorte metodológico para tratar apenas dos novos contornos da organização criminosa diante do novo paradigma de poder e governança da biopolítica na imposição de um “Estado de exceção” para camadas mais vulneráveis da sociedade. É demonstrado o atropelamento da política criminal não só pela violação de garantias individuais negativas, mas também em relação aos direitos sociais, razão pela qual política criminal, dogmática e criminologia se tensionam.

2 A evolução da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e o desenvolvimento de seus pressupostos

A teoria do ECI foi desenvolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia para solucionar casos estruturais de prolongado fracasso de políticas públicas e suas consequentes violações de direitos fundamentais. Dessa forma, notava-se a incompatibilidade entre as estruturas de poder da parte orgânica da Constituição, na omissão em políticas públicas oficiais ao longo dos anos, e os parâmetros da parte dogmática da Constituição na promoção da inclusão social, igualdade material e proteção da dignidade da pessoa humana. São relacionadas três causas e duas consequências da existência desse fenômeno: “*Verifica-se que o chamado Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando há acumulação de um contexto fático de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais agravado pelo fracasso absoluto das políticas públicas e causado pelo bloqueio de todos os processos institucionais, políticos, deliberativos previstos pela Constituição para a solução da questão. Logo, deve haver a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em transformar a realidade de modo a solução só possa ser encontrada através da atuação conjunta e coordenada de diversos setores da Administração Pública e a prorrogação da jurisdição pela Corte Constitucional*”.⁽¹⁾ Através da declaração da existência de litígio estrutural pela constatação de ECI em sentença judicial, a Corte Constitucional assume papel atípico⁽²⁾ no ativismo judicial de políticas públicas e desenvolve uma intervenção mais ampla para a efetividade de direitos fundamentais. Portanto, há uma prorrogação do exercício da jurisdição até que a falha estrutural seja superada.

A Corte Constitucional não consagra a “legislação-álibi”, que mascara a realidade ao apresentar resposta jurídica fluida e inexistente, desempenhando apenas função “ideológica”. Segundo

Marcelo Neves, não se deseja a “constitucionalização simbólica”, como a discrepância entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais.⁽³⁾

Por isso, no ativismo judicial, admite-se que as decisões estruturais em sentenças dialógicas pressupõem a revisão de diversos paradigmas processuais, como a maior interpretação dos “poderes” (interferências ou controles recíprocos) no mecanismo de freios e contrapesos da separação dos poderes, em razão de “sua função social-integrativa.”⁽⁴⁾

3 O Estado de Coisas Inconstitucional e a criminalização secundária

O ECI no sistema carcerário, declarado na APDF 347/DF pelo STF, revela a existência de uma realidade inconstitucional pela “*imposição de sofrimento para além do que já lhe é estrutural; se verifica tanto na omissão do Estado em cumprir com as determinações positivas de normas nacionais e internacionais de direitos humanos aplicáveis às condições materiais do aprisionamento, quanto no que se refere às práticas violentas de agentes estatais com relação às pessoas presas, especialmente a tortura e maus tratos de toda ordem*.”⁽⁵⁾ Agentes exercem algum poder punitivo à margem da legalidade ou com marcos legais muito questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico, criando um verdadeiro sistema penal subterrâneo pela atuação ilícita em abuso de poder.⁽⁶⁾

Diante da alta criminalidade no Brasil, a política criminal se desenha excludente às camadas mais vulneráveis. Ela expõe que a vida humana é tratada “como objeto político” e “*está inserida nos cálculos do poder como mera existência biológica, vida nua matável*” em situações comparáveis aos campos de concentração.⁽⁷⁾ Há a presença do *homo sacer*, ser desprovido de potência política, decorrente do processo histórico de exclusão inclusiva de **Agamben**.⁽⁸⁾ “É o fracasso da universalização dos direitos humanos e o sucesso da generalização da biopolítica.”⁽⁹⁾ “*A redução desses seres humanos a meros ‘corpos’, uma gigantesca massa de excluídos, verdadeiramente uma ‘ralé estrutural’ que se constitui como a outra face histórica do processo de modernização seletivo brasileiro, passa a ser despercebida e encoberta por palavras de ordem como crescimento econômico, desigualdades regionais ou combate à corrupção*.”⁽¹⁰⁾

Segundo **Zaffaroni**, a criminalização é o processo de seleção de um número de pessoas, realizado pelo Estado detentor do poder, que são submetidas a punição. A criminalização primária é a elaboração das leis penais, ao passo que o programa deve ser cumprido pelas agências de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Judiciário e agentes penitenciários). O ECI reconhece a ineficiência da rede estatal de combate ao crime organizado (poder punitivo) e das estruturas de ressocialização e transformação social (função promocional). Ele revela o realismo marginal,⁽¹¹⁾ de **Zaffaroni**,⁽¹²⁾ no controle biopolítico da pobreza no capitalismo periférico. Com a falência de todo o sistema carcerário “*acentua-se no País a contradição entre o Estado mínimo no tocante às políticas sociais e máximo em matéria penal*”.⁽¹³⁾

O reconhecimento do ECI no sistema penitenciário expõe que o Brasil não possui uma política criminal racional e efetiva na aplicação do poder punitivo, de acordo com o garantismo penal de **Luigi Ferrajoli**. Cede ao populismo penal com “*brutal seletividade, atingindo sobremaneira os segmentos populacionais dotados de maior grau de vulnerabilidade à criminalização secundária, notadamente, os jovens pobres, negros e moradores de periferias urbanas*”.⁽¹⁴⁾ Diante da absoluta falência da criminalização secundária, é irracional o endurecimento exagerado da criminalização primária. Isso revela a “*obsolescência dos antigos projetos políticos*”.⁽¹⁵⁾

Diante da ausência estatal na garantia dos direitos fundamentais, essa camada da sociedade mais vulnerável e em hipossuficiência organizacional ainda sofre a ingerência dos sistemas penais paralelos. Surge então o problema da desjuridificação, como negação da cidadania.⁽¹⁶⁾ O poder paralelo se apresenta na omissão estatal, como facção criminosa ou milícia, e exerce um poder punitivo arbitrário à margem de qualquer legalidade.

Dessa forma, cabe à política criminal a definição de estratégias de controle social na busca de proteção aos bens jurídicos mais caros à Constituição, devendo o Estado se valer de estratégias penais e extrapenais. Assim, a política criminal visa à análise crítica da legislação penal e à propositura das devidas alterações. Por isso, os novos instrumentos e tecnologias em política criminal devem desenvolver estratégias de inteligência no combate ao crime e maior presença do Estado, para garantir o acesso aos serviços públicos e a efetividade da liberdade e dos direitos fundamentais.

4 A mudança da Lei 12.850/13 pelo projeto de lei anticrime: novos contornos da organização criminosa

O projeto de lei anticrime pretende alterar a Lei 12.850, artigo 1º, § 1º para incluir o inciso III e abranger facção criminosa e milícia no conceito de organização criminosa. Além disso, fixa um rol de atividades típicas de organizações criminosas.⁽¹⁷⁾

A proposta legislativa sofreu duras críticas da doutrina especializada⁽¹⁸⁾ por ferir princípios constitucionais penais. Didaticamente, nessa pesquisa, as críticas são explicadas em torno das garantias e dos princípios constitucionais, que certamente serão analisadas pelo STF em controle de constitucionalidade, na hipótese de aprovação desse projeto de lei.

Segundo o princípio da legalidade, a lei penal tem a função fundamental de ser certa, ou seja, não pode prescrever tipo penal vago ou indeterminado.⁽¹⁹⁾ Consagra o princípio da taxatividade, do brocardo jurídico *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, que constitui a efetiva limitação ao poder punitivo estatal.

A redação do inciso III ainda aparenta ser bastante vaga, tendo em vista que os efeitos prescritos pela lei – “controle de atividade criminal” e “controle de atividade econômica” – são de difícil ou impossível percepção no mundo fático. Assim, permite uma ampla discricionariedade interpretativa ao magistrado no processo de subsunção, o que é vedado pela CRFB/88, art. 5º, XXXIX.

A própria técnica legislativa vaga demonstra uma imaturidade doutrinária acerca do conceito de facção criminosa e milícia. Para o deputado federal Marcelo Freixo (PSOL-RJ), presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) das Milícias na ALERJ, “*Moro trata as milícias de forma superficial ao equipará-las às facções de narcotraficantes. Não se enfrenta milícia da mesma forma que se combate o tráfico de drogas, são organizações distintas*”.⁽²⁰⁾

Não existe um modelo fixo de milícia.⁽²¹⁾ Os conceitos doutrinários descrevem diversas situações habituais do domínio de milícias. O relatório final da CPI das milícias⁽²²⁾ indicou a confluência de cinco eixos: 1. controle de um território e da população que nele habita

por parte de um grupo armado irregular; 2. o caráter coativo desse controle; 3. o ânimo de lucro individual como motivação central; 4. um discurso de legitimação referido à proteção dos moradores e à instauração de uma ordem; e 5. a participação ativa e reconhecida dos agentes do Estado.

O Direito Penal ainda não desenvolveu efetivos instrumentos de combate ao crime organizado por não compreender completamente o próprio fenômeno e desenvolvimento das organizações criminosas, sobretudo de caráter transnacional, por influência da globalização.

Outro indício da imaturidade conceitual do inciso III é a necessidade de se recorrer aos exemplos para explicar o tipo penal. É fundamental recordar que ninguém pode ser punido pelo que é, mas por suas ações ou omissões. É a culpabilidade como princípio da responsabilidade subjetiva. O Código Penal consagra o Direito Penal do fato e não o Direito Penal do autor.

Como o tipo penal é extremamente vago, eventualmente juristas poderiam utilizar alguns indícios para a caracterização de organização criminosa, como divisão do presídio em facções criminosas ou local de residência associada à pobreza e ao desemprego. Insta observar que nenhum desses eventuais argumentos jurídicos possui exclusivamente qualquer fundamento criminológico para caracterizar uma organização criminosa. Na verdade, seria uma medida de fortalecimento do Direito Penal do Inimigo,⁽²³⁾ de **Jakobs**, em que há uma relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais.

No que se refere às camadas mais vulneráveis, haveria maior seletividade e recrudescimento da política criminal, de modo que o “*indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa*”⁽²⁴⁾ Essa transposição da teoria estrangeira de **Jakobs** não atenta para a singularidade do processo modernizador periférico brasileiro, em uma sociedade complexa e desigual, que acaba promovendo a construção social da subcidadania.⁽²⁵⁾ É profundamente grave a violação das liberdades democráticas pela negação da identidade do outro como sujeito de direitos.

Dessa maneira, toda proposta legislativa deve ser analisada atentamente em relação aos desafios a serem superados no Brasil. Não cabe um discurso superficial de legitimação do populismo punitivo.⁽²⁶⁾ Segundo **Zaffaroni**, “*a dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão perdidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu barateamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade*”.⁽²⁷⁾

O diálogo e os debates acerca da proposta de lei devem ser amplos, para abranger os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), a sociedade civil, juristas, professores, magistrados, operadores do Direito, associações e organizações de defesa de direitos humanos. Por isso, merece repúdio a manifestação do Ministro da Justiça Sérgio Moro sobre as críticas em relação à mudança da Lei 12.850, artigo 1º, § 1º, para a inclusão do inciso III quanto à incompatibilidade com o princípio da taxatividade. Ele afirmou que o dispositivo serviria apenas para “*produzir efeitos práticos, e não a agradar professores de Direito Penal*”.⁽²⁸⁾

A legitimidade do sistema penal é garantida pela sua racionalidade, ou seja, quando a política criminal deve ser íntegra a ponto de manter a coerência interna do discurso jurídico-penal e o seu valor de verdade quanto à nova operatividade social.⁽²⁹⁾ Dessa maneira, a dogmática penal tem o importante papel de interpretar e aplicar o Direito Penal para elaborar um sistema lógico e racional aliado à política criminal. É fundamental a contribuição de todos da sociedade aberta, de intérpretes da Constituição na dogmática penal,

de modo a “transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou ferenda, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto”.⁽³⁰⁾

5 O controle biopolítico da pobreza no capitalismo periférico

O avanço do neoliberalismo fomentou a globalização do Estado Penal, em derrocada do Estado de Bem-estar Social. Revelou um projeto político de hipertrofia do aparato punitivo. Diante da ausência estatal para prover serviços públicos na mitigação da desigualdade social, houve a consolidação do crime organizado fortemente estruturado para se apresentar como um verdadeiro poder paralelo.

Alerta **Agamben** para o surgimento de uma zona de indeterminação entre o Direito e a Política, entre a norma e a exceção. O indivíduo hipossuficiente, sem o mínimo existencial, sente a pauperização da democracia pela sua falta de inserção na sociedade. E, nesses espaços de omissão do Estado soberano, surge o Estado de exceção, para se afirmar como um paradigma entre os excluídos.

Ora, se “definida a cidadania como integração jurídica igualitária na sociedade, pode-se afirmar que ela está ausente quando se generalizam relações de subintegração e sobreintegração no sistema constitucional”⁽³¹⁾ em países periféricos, como o Brasil.

Nessa crise civilizacional, políticos oportunistas preconizam a suspensão de direitos fundamentais em medidas de exceção, para retomar a governança. Essa suposta necessidade imperativa de exceção na condução da política implicaria a redução do indivíduo, como ser político, a se tornar um *homo sacer*, desprovido de qualquer atributo ou potência política.⁽³²⁾

Michel Foucault explica que esse novo paradigma de poder e governança é a biopolítica,⁽³³⁾ em que as grandes questões políticas da atualidade manipulam os processos de inserção da vida dos indivíduos como mecanismo de domínio. No Estado policial, a violência é a resposta imediata à conflitividade social, seja por meios oficiais⁽³⁴⁾ ou não oficiais, por abuso de poder. “Para os oprimidos, o estado de exceção é a regra”, atesta **Walter Benjamin**.⁽³⁵⁾ O estado de exceção é imposto tanto pelas políticas oficiais como pelo fortalecimento do poder paralelo, com seus próprios códigos de conduta e julgamento.

Dessa maneira, é fundamental o desenvolvimento de um programa político perspicaz em oferecer novos instrumentos para o desbloqueio de questões estruturais, visando a diminuição da desigualdade social e maior participação política. Falta reflexão legislativa em relação aos novos instrumentos jurídicos penais e processuais penais que devem superar a falência da criminalização secundária. É irracional o recrudescimento da criminalização primária se o controle social e institucional da criminalização secundária está demasiadamente deteriorado.

6 Conclusão

A aplicação da teoria do ECI no sistema penitenciário, na ADPF 347/DF, revela a falência da criminalização secundária no Brasil. No ativismo dialógico, os três poderes, a sociedade civil, juristas e organizações sociais são chamadas para colaborar e contribuir no desenho da política criminal.

É de grande importância a análise crítica do projeto de lei anticrime como um decisivo marco da política criminal. Em relação à proposta de alteração da Lei 12.850, artigo 1º, § 1º para incluir o inciso III, foi demonstrado que o dispositivo viola os princípios da legalidade, da taxatividade e da culpabilidade na responsabilidade penal subjetiva. Acarreta o recrudescimento da criminalização primária sem desenvolver estratégias de superação do ECI na criminalização secundária.

As propostas legislativas devem se compatibilizar com o princípio da proporcionalidade, tanto na proibição do excesso quanto na

proibição da proteção insuficiente. Assim, limita-se o poder estatal punitivo para respeitar a tutela dos interesses individuais (proteção negativa), bem como a proteção pelo Estado dos direitos fundamentais da coletividade contra-ataques do poder paralelo (proteção positiva).

É fundamental a reflexão profunda da comunidade acadêmica e dos juristas acerca dos pressupostos do ECI, de modo a influenciar a elaboração de projetos de lei pelos parlamentares e a efetivar o controle jurisdicional de políticas públicas em processos estruturais, como forma de combate ao controle biopolítico da pobreza no capitalismo periférico.

Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 MC/DF. Rel Min Marco Aurélio. Data de publicação no DJE e no DOU: 14/09/2015. Info 798.
- COLOMBIA. Decreto nº 2.591 de 10.11.1991. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>> Acesso em: 20 dez. 2018.
- GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

Notas

- (1) PAIXÃO, Juliana Patricio da. *Estado de coisas inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 46.
- (2) “Esses elementos nos permitem inferir que o Judiciário pode funcionar como um agente de desbloqueio do acesso ao sistema, pressionando para o emprego de critérios mais objetivos e transparentes na distribuição de recursos escassos.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 8 n. 3, 2015.
- (3) NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- (4) NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 257, 1994.
- (5) CACIEDO, Patrick Lemos. O princípio da less eligibility, a legalidade na execução penal e os tribunais superiores. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 306 - 316, jan - fev. 2015
- (6) SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito penal: parte geral*. 9 ed. Salvador: Jus Podivum, 2019. p. 40.
- (7) AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 13.
- (8) Id. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 91.
- (9) SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 139.
- (10) SOUZA, Jessé. (Subcidadania) e naturalização da desigualdade: um estudo sobre o imaginário social na modernidade periférica. *Política e Trabalho*, João Pessoa, UFPB, v. 22, p. 93., abr. 2005.
- (11) BATISTA, Vera Malaguti. *O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo*. Disponível em: <<http://www.matiasbailone.com/archivos/657>> Acesso em: 11 fev. 2019.
- (12) ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- (13) SOUZA, op. cit., 2018, p. 153.
- (14) SOUZA, op. cit., 2018, p. 169.
- (15) SOUZA, op. cit., 2005, p. 69
- (16) NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração..., p. 262.
- (17) “Art.1º (...)
§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que:
I - tenham 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;
II - sejam de caráter transnacional; ou
III - se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas
- (18) OLIVEIRA, Carolina. *Juristas e entidades alertam para inconstitucionalidade de pacote anticrime de Moro*. Disponível em: <[ANO 27 - Nº 317 - EDIÇÃO ESPECIAL - ABRIL/2019 - ISSN 1676-3661](http://www.justificando.com/2019/02/05/juristas-e-entidades-alertam-para-inconstitucionalidade-de-</div><div data-bbox=)

pacote-anticrime-de-moro/> Acesso em: 12 fev. 2019.

- (19) SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito penal*: parte geral. 9 ed. Salvador: Jus Podivum, 2019. p. 51.
- (20) MESQUITA, Clívia. “Moro trata as milícias de forma superficial”, afirma deputado Marcelo Freixo. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/02/07/moro-trata-as-milicias-de-forma-superficial-afirma-deputado-marcelo-freixo/>> Acesso em: 27 fev. 2019.
- (21) CANO, Ignácio, DUARTE, Thais (coord.). “No sapatinho”: a evolução das milícias no Rio de Janeiro (2008-2011). Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012.
- (22) ALERJ. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Ação de Milícias no Âmbito do Estado do Rio de Janeiro.
- (23) JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- (24) Id. *ibid.*, p. 36.
- (25) SOUZA, op. cit., 2005.
- (26) PRATT, John. *Penal populism*: key ideias in criminology. Londres: Nova Iorque: Taylor & Francis, Routledge’s, 2007. p. 172.
- (27) ZAFFARONI, op. cit., p. 12.
- (28) INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. *IAB examina pacote anticrime e crítica declaração de Moro em menosprezo aos especialistas do Direito*. Disponível em: <<https://iabnacional.org.br/noticias/iab-examina-pacote-anticrime-e-repudia-declaracao-de-moro-em-menosprezo-aos-especialistas-do-direito>> Acesso em: 11 fev. 2019.
- (29) ZAFFARONI, op. cit., p. 16
- (30) ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82.

- (31) NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração..., p. 260 e 261.
- (32) AGAMBEN, op. cit., 2002.
- (33) FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 329.
- (34) “Este modelo securitário belicista encontra nos autos de resistência seu dispositivo emblemático para a gestão biopolítica dos marginalizados nas periferias urbanas.” SOUZA, op. cit., 2018, p. 160.
- (35) BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34, 2009.
- (36) Autora do livro *Estado de coisas inconstitucional*: sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore. Ed. Lumen Juris, 2017.

Juliana Patrício da Paixão⁽³⁶⁾

Mestranda pela UFF.

Pós-graduada em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

julianapaixaoadv@hotmail.com

Taiguara Libano Soares e Souza

Doutor em Direito pela PUC-Rio. Professor de

Direito Penal da UFF e do Ibmec-RJ.

taiguara_souza@yahoo.com.br

Notas críticas sobre a execução penal no Projeto “Anticrime”

Patrick Cacicedo

O Projeto de Lei “Anticrime” apresentado pelo Ministro da Justiça ao Congresso Nacional prevê uma série de reformas da legislação penal, tendo como um dos eixos a execução penal. As denominadas “medidas para endurecer o cumprimento das penas”, no entanto, partem de premissas equivocadas, contêm erros legislativos grosseiros e propostas já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. O resultado, em caso de aprovação, será uma drástica piora naquele que é o ambiente mais degradante e violador de direitos humanos em nosso país.

Há três décadas, o sistema penitenciário brasileiro sofre com um aumento populacional sem precedentes em nossa história, o qual vem acompanhado de sensível piora nas condições de aprisionamento. O processo de encarceramento em massa que vive o Brasil e suas deletérias consequências deveriam pautar todos os projetos de reformas penais com responsabilidade constitucional; afinal, o quadro que se apresenta contrasta com os objetivos fundamentais de República ao reproduzir as desigualdades sociais, a marginalização e a pobreza, além de promover preconceitos, especialmente o de raça, e violar de forma cada vez mais acentuada a dignidade humana.

No Projeto “Anticrime”, contudo, as premissas são outras. Velhas ideias permeiam novas velhas propostas. Embora o projeto tenha sido apresentado sem qualquer tipo de exposição de motivos, de seu conteúdo é possível extrair que o movimento político criminal que o fundamenta é muito próximo àquele que resultou na edição da Lei de Crimes Hediondos.

Se em 1990, quando a referida lei foi editada, o Brasil contava com 90.000 pessoas presas, hoje esse número supera 700.000, em grande medida por conta desse mesmo diploma legislativo, um dos motores do processo de encarceramento em massa das últimas três décadas. A Lei de Crimes Hediondos, com efeito, endureceu o cumprimento

de penas no Brasil com medidas de inédita crueza, basta lembrar que, da sua edição até fevereiro de 2006, os condenados por crimes hediondos e equiparados cumpriam a pena em regime integralmente fechado, ou seja, sem progressão de regime. A declaração de inconstitucionalidade da medida pelo Supremo Tribunal Federal demorou mais de uma década e meia, quando as prisões brasileiras já ultrapassavam quatro centenas de milhares de presos.

O Projeto “Anticrime” apresentado parte das mesmas premissas político-criminais que motivaram a edição da Lei de Crimes Hediondos, tanto que suas principais propostas modificam justamente essa lei, recrudescendo-a ainda mais. Tais premissas não passam pelo custo humano do encarceramento em massa e do degradante ambiente de cumprimento de pena no Brasil, mas partem justamente das ideias que levaram a esse descalabro: a pena no Brasil é branda e somente seu endurecimento seria capaz de reduzir os índices de criminalidade.

Se a noção de redução da criminalidade por meio do endurecimento das leis penais já foi exaustivamente rechaçada tanto pelos estudos acadêmicos quanto pela experiência histórica dessa receita no Brasil nas últimas três décadas, a ideia de que as penas são brandas demonstra total desconhecimento da realidade da execução penal brasileira. Conforme já apontado pelo Conselho Nacional de Justiça, o funcionamento da maior parte das varas de execução penal é verdadeiramente caótico,⁽⁴⁾ o que leva os pedidos de efetivação de direitos demorem meses ou anos para serem analisados. A ideia de que as pessoas progridem de regime após o cumprimento de um sexto, lapso que não pode ser considerado curto diante das condições em que a pena é cumprida, não se verifica na realidade concreta.

No plano concreto da execução penal, o que ocorre é a alteração dos prazos definidos em lei pelo sistema de justiça. A progressão de regime, por exemplo, é concedida muito após um sexto do

cumprimento da pena, no caso de crimes não hediondos – sendo mais frequente até mesmo que ocorra após um terço, marco do livramento condicional para condenados primários. O livramento condicional, por sua vez, por ter lapso temporal maior, na maioria dos casos sequer é analisado antes do cumprimento da pena. O mesmo ocorre com os crimes hediondos ou equiparados, que, por terem lapsos temporais maiores, acabam sendo analisados em data muito próxima do término da pena. O endurecimento dessas frações legais ocasionaria, por via transversa, o retorno normativo do inconstitucional cumprimento de pena em regime integralmente fechado, pois a pena se esgotaria antes que o juiz consiga analisar qualquer dos direitos da execução penal. Infelizmente, o sentido do projeto não é outro.

Nas “medidas para endurecer o cumprimento das penas”, o projeto faz alterações na Lei de Crimes Hediondos para, uma vez mais, endurecer a execução da pena desses crimes e seus equiparados. O projeto aumenta para 3/5 o lapso temporal para progressão de regime nos casos em que houver a morte como resultado, o mesmo lapso que é usado atualmente para reincidentes. Além disso, subordina a progressão de regime de todos os crimes hediondos à “constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir”, o que equivale, na prática, ao retorno obrigatório do exame criminológico. Ainda, o projeto veda a saída temporária para presos no regime fechado, salvo as permissões de saída e audiências no fórum; e no regime semiaberto, salvo permissões de saída e para trabalho e estudo.

A primeira proposta investe no mesmo motivo que levou à criação da própria Lei de Crimes Hediondos: endurecer o cumprimento de penas para reduzir a criminalidade. Trata-se de alteração inconveniente diante de um quadro de colapso do sistema penitenciário, sem que se tenha qualquer garantia de prevenção do delito, como apontado acima. Já a proposta de submeter a progressão de regime ao exame criminológico representa um retrocesso verdadeiro. O exame é criticado pela comunidade científica diante de sua inutilidade como forma de aferir comportamentos futuros. Além disso, atrasa sobremaneira a concessão de progressão de regime, que já é comumente concedida muito tempo depois do que é previsto em lei. Por mais que o Supremo Tribunal Federal, na súmula vinculante 26, permita a sua realização, o que é criticável, o projeto de lei o torna obrigatório, agravando a questão.

Além disso, o projeto comete erro grosseiro ao tratar da saída temporária. Em primeiro lugar, confunde a saída temporária, espécie, com a autorização de saída, gênero. De outro lado, proíbe a saída temporária no regime fechado, o que nunca foi permitido por lei, já que o instituto é exclusivo do regime semiaberto, o qual, no projeto, fica limitado a saídas para trabalho e estudo, vedando a visita à família. Para além do erro grosseiro de limitar algo que não existe no regime fechado, sua alteração no regime semiaberto tem o propósito de equiparar os regimes, uma vez que a diferença mais substancial entre eles é justamente a possibilidade de saídas temporárias para visita à família. O sistema progressivo de cumprimento de pena resta violado por via transversa.

Outra previsão do projeto é a imposição de regime inicial fechado em algumas hipóteses, como “no caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, salvo em caso de insignificância da conduta ou “reduzido potencial ofensivo”. Além disso, nos crimes de peculato doloso, corrupção passiva (*caput* e § 1º) e corrupção ativa, salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias do art. 59 forem favoráveis. Por fim, o regime será inicialmente fechado também em caso de roubo com emprego de arma ou explosivo, bem como se do roubo resulta lesão corporal grave (art. 157, §2º A e §3º, I).

No entanto, a previsão de regime inicial obrigatoriamente fechado *a priori* fere o princípio constitucional da individualização da pena,

conforme jurisprudência consolidada do STF, que no *HC* 111.840 declarou inconstitucional norma que previa a obrigatoriedade de regime inicial fechado em crimes hediondos. Assim, tais propostas são inconstitucionais.

A maior inovação do projeto, com efeito, foi prever no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de o juiz fixar na sentença penal condenatória um período mínimo de cumprimento de pena no regime inicial. O projeto não traz balizas temporais, o que dá total arbítrio ao juiz para fixar o período que bem determinar. O único critério a ser observado pelo juiz são as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

A previsão, no entanto, viola o princípio da legalidade. Permite que o juiz, sem critérios claros, decida, por exemplo, que, em uma condenação de 6 anos por um determinado crime, a pessoa só possa progredir de regime após 5 anos e meio de cumprimento de pena. Dadas as circunstâncias fáticas da execução penal com a notória lentidão de análise de pedidos de progressão de regime, cria-se o poder de determinar o regime integralmente fechado, também já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, as regras que regem a execução penal no Brasil obedecem o princípio da legalidade em todos os seus aspectos, de modo que devem ser prévias à prática do delito, para que se saiba de antemão a forma de cumprimento da pena. Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao editar a súmula 471; e do Supremo Tribunal Federal na súmula vinculante 26. Assim, a proposta em tela viola o princípio da legalidade ao conferir poderes discricionários para o juiz decidir, após a prática do delito, as regras que determinarão a execução da pena.

Por fim, o projeto propõe a alteração da Lei 12.850/13, para que lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à sua disposição iniciem o cumprimento de pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. Além disso, o condenado por integrar organização criminosa não poderá progredir de regime, receber livramento condicional ou qualquer outro “benefício” prisional enquanto houver elementos que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Por ser o estabelecimento penal de segurança máxima próprio do regime fechado (art. 33, § 1º, I, do Código Penal), a primeira alteração, por via transversa, impõe o regime inicial obrigatoriamente fechado para o caso previsto, o que recai em inconstitucionalidade por violar a individualização da pena, conforme apontado acima (*HC* 111840 – STF). Por outro lado, a vedação de progressão de regime, livramento condicional e outros direitos da execução penal implica a igualmente inconstitucional imposição de regime integralmente fechado, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal no *HC* 82.959. Ademais, há violação ao princípio da legalidade e da presunção de inocência na mera indicação de vínculo com associação criminosa, sem necessidade de efetiva prova do fato.

O Projeto “Anticrime” promete em seu nome o que não pode cumprir. Na execução penal, nenhuma de suas medidas se sustenta, seja por inconveniência, inconstitucionalidade ou mesmo equívoco legislativo típico de projeto elaborado sem o devido debate e participação democrática. Diante de suas fragilidades e de seus propósitos, não resta outro destino ao projeto senão a rejeição integral de suas propostas para a execução penal.

Nota

- (1) Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro*. 2012.

Patrick Cacicedo

Doutorando e mestre em Direito Penal pela USP.

Defensor Público do Estado de São Paulo.

patrickcacicedo@gmail.com

“Pacote anticrime” e a distopia de Orwell: nada de novo na Oceânia chamada Brasil

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel, Juliano de Oliveira Leonel,
Paulo Thiago Fernandes Dias e Sara Alacoque Guerra Zaghlout

No âmbito da mitologia orwelliana de 1984, observa-se que nem tudo no fictício país chamado Oceânia pode ser considerado em sua literalidade, notadamente no que tange ao Estado (totalitário). Assim, os Ministérios do Governo da Oceânia, denominados como o do Amor, o da Verdade, o da Pujança e o da Paz são responsáveis por ações totalmente opostas aos significados de seus nomes, representando, respectivamente, ódio, mentira, racionamento e guerra.⁽¹⁾

O romance 1984, escrito no final da década de 1940, conta a história de um possível futuro, em que, malgrado a forma democrática, tem-se um Estado autoritário, governado por um partido único, que vive sob constante ameaça de invasão estrangeira e, sob o pretexto de garantir a segurança coletiva, retira dos indivíduos o gozo de direitos básicos como o da liberdade de expressão. Nesse contexto, as pessoas da Oceânia se tornam instrumentos nas mãos do Estado. Este, a sua vez, é uma entidade onipresente, em razão dos meios tecnológicos, e do medo inculcado na população, formando uma espécie de sociedade de delatores. A liberdade (de locomoção, de pensamento, de credo, de afeto, etc.) é tida como verdadeiro empecilho para o objetivo do bem maior, qual seja, a segurança.⁽²⁾

Saindo-se da ficção e se voltando para a realidade brasileira, denota-se que o recém-criado (e denominado) Ministério da Justiça e Segurança Pública, vinculado ao Poder Executivo federal, apresentou, através do titular da pasta, um Projeto de Lei, direcionado a reformas na legislação ordinária, intitulado como “anticrime”.⁽³⁾

Em suma, dito projeto contempla o recrudescimento de institutos penais, apostando claramente na expansão do Direito Penal,⁽⁴⁾ para além do que já se põe em prática no país, pelo menos desde o início dos anos 1990, e na modificação de regras processuais ligadas umbilicalmente à proteção de direitos fundamentais, tais como a presunção de inocência (com a suposta legalização da execução antecipada da pena criminal) e o *status libertatis* (que deixa de ser tratado como regra, tornando-se exceção, a depender do delito motivador do processamento/condenação – vide as alterações propostas para os artigos 33 e 59 do Código Penal).

O foco deste escrito será a ainda proeminente discussão sobre a (in)constitucionalidade, a (in)convencionalidade e a (i)legalidade da execução provisória da pena criminal antes do trânsito em julgado, nos termos, inclusive, propostos pelo projeto “anticrime”, que visa, inconfundivelmente, consagrar em sede de legislação ordinária, o teor do enunciado da súmula 122 do TRF da 4ª Região (“*encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário*”).

Nos termos do projeto “anticrime”, somente em caráter excepcional (quando presentes pendências constitucionais ou legais relevantes que possam repercutir na revisão da condenação imposta), os tribunais poderão permitir o não cumprimento de imediato da pena criminal. Vê-se, com o referido projeto “anticrime”, um esboço normativo grosseiro para a formatação de um modelo de Processo Penal do Inimigo, o qual, na visão de Ferrajoli,⁽⁵⁾ pode ser representado pela presença de uma atuação partidária dos órgãos julgador e acusatório, como também pela conversão radical do Processo Penal: de instrumento de proteção de

direitos fundamentais para um pseudomecanismo de enfrentamento da criminalidade (notadamente a organizada).⁽⁶⁾

A antecipação da execução da pena criminal (sem o cumprimento do requisito constitucional e legal do trânsito em julgado), com o dito projeto “anticrime”, insere-se nesse formato de Processo Penal do Inimigo, haja vista que não há, ao menos, a apresentação de qualquer justificativa (seja de ordem jurídica, seja de natureza econômica⁽⁷⁾) para a mudança do paradigma constitucional deflagrado em 1988 (o qual, claramente, optou por diferenciar-se dos diplomas autoritários da Constituição de 1937⁽⁸⁾ e do AI5⁽⁹⁾, no referente ao início do cumprimento da pena de natureza criminal).

Referido projeto, por dirigir-se à reforma da legislação infraconstitucional, inapelavelmente, é estéril no que atine ao plano constitucional, cujas consagração e valorização do direito fundamental à presunção de inocência seguirão inabaladas. Só há falar em validade da prisão estabelecida em sede de ato normativo infraconstitucional, quando inequívoca a compatibilidade da privação/restrrição da liberdade com o teor da Constituição da República.⁽¹⁰⁾

Ironicamente, o único ponto positivo do projeto reside em evidenciar a ilegalidade de todas as prisões decretadas ao arrepio da legislação infraconstitucional, consideravelmente, aquela imposta pelo Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, que funcionou como paradigma para as milhares de execuções antecipadas da pena privativa de liberdade no país.

Ainda no âmbito do Direito interno, vale observar que o projeto não leva em conta o critério da coerência, já que apenas se dedica à reforma da legislação criminal para promover a antecipação da execução provisória da pena penal (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária). Outrossim, nada é dito acerca da execução da pena de natureza cível (que seguirá aguardando o trânsito em julgado da condenação). Logo, como levar a sério um ordenamento jurídico que prevê a antecipação do cumprimento de penas mais graves (principalmente, as privativas de liberdade), mas que não admite o mesmo tratamento em relação aos títulos executivos de natureza não penal? O projeto “anticrime” é míope não apenas em relação às questões constitucionais não enfrentadas, mas também no que diz respeito à integridade e à coerência do Direito como um todo.

Se as observações acima já são relevantes para a reprovação do projeto “anticrime”, ora analisado tão somente acerca da execução provisória da pena criminal, a rejeição à intentada alteração normativa se mostra insuperável quando a discussão chega ao prisma da convencionalidade, isto é, à perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ao aderir a Tratados e a Convenções Internacionais dedicados à proteção de Direitos Humanos, o Estado brasileiro inseriu-se e se vinculou a um sistema normativo protetivo de caráter internacional (regional ou global), não podendo, simplesmente, retroceder na proteção a tais direitos. Afasta(ou)-se, por evidência, da noção clássica de soberania.⁽¹¹⁾

Nesse diapasão, sob o prisma da convencionalidade, sustentada na regra da maior proteção aos direitos fundamentais (*pro homine*) e na

impossibilidade de retrocesso na salvaguarda dos direitos humanos, o projeto “anticrime” resta fulminado: o Direito interno e o Direito internacional formam o mesmo sistema de tutela dos direitos humanos, posto que são complementares, jamais colidentes entre si.⁽¹²⁾ Retroceder na proteção de direitos humanos, mediante decisão judicial ou via alteração normativa infraconstitucional, implica descompromisso e, portanto, violação ao sistema normativo internacional, que, a sua vez, possui natureza cogente. Ao ampliar a proteção à presunção de inocência, exigindo o trânsito em julgado das condenações criminais para o início do cumprimento da pena, o Estado brasileiro criou um limite normativo do qual não pode afastar-se, haja vista que o *jus cogens pro homine* abrange o direito à liberdade (além do núcleo principal disposto no artigo 4.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).⁽¹³⁾

A alteração à legislação infraconstitucional proposta pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio do intitulado projeto “anticrime”, no que toca ao início da execução da pena criminal, antes do trânsito em julgado da condenação, significa manifesto retrocesso na proteção de direitos individuais, remontando a períodos autoritários e ditatoriais da história relativamente recente da política brasileira. Toda e qualquer reforma legislativa, bem como alteração jurisprudencial, deve respeitar o princípio da vedação do retrocesso, estribado na “primazia da norma mais favorável ao indivíduo”,⁽¹⁴⁾ que interdita que interpretações recentes sobre normas de direitos humanos levem à redução da proteção já obtida.

Considerando que o discutido projeto aposta na asfixia de direitos fundamentais, principalmente o da liberdade, como solução para a derrocada da corrupção e do alcance da segurança pública, uma volta ao início do texto permite questionar: o denominado anteprojeto “anticrime” realmente se presta ao que promete (o combate ao crime) ou ele se identifica mais com a ficção orwelliana?

Notas

- (1) ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 14/15.
- (2) “O retrato de Orwell é pertinente porque oferece um argumento vigoroso contra a noção popular de que é possível salvar a liberdade e a democracia dando continuidade à corrida armamentista e encontrando um impedimento ‘estável’” FROMM, Erick. Posfácio. In: ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 372.
- (3) Inicialmente apresentado como projeto único, após o recebimento de críticas e/ou sugestões em razão da sua amplitude temática, o texto acabou sendo dividido em três. O anteprojeto ignora completamente o disposto na Lei Complementar 95/1998, passando ao largo da técnica legislativa, quando propõe a reforma de mais de dez diplomas legais (entre leis ordinárias e complementares) por um único projeto, sob a insustentável escusa da pertinência temática (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime*. Salvador: Juspodivim, 2019).
- (4) Aproximando-se da construção teórica de Silva Sánchez, verifica-se que o autor espanhol concebe um Direito Penal de 3ª Velocidade (caracterizado como aquele no qual se investe no encarceramento e também na relativização de garantias processuais penais) como um instrumento excepcional e dedicado a casos emergenciais, por tratar-se, basicamente, de um “ não Direito”. O autor, ao tratar dessa em tese 3ª Velocidade do Direito Penal, então faz referência à doutrina do Direito Penal do Inimigo, identificado como de natureza prospectiva, pela falta de diminuição da pena equivalente a essa característica da prospecção, pela mudança da legislação de cunho jurídico-penal para a de combate (guerra) e pelo retiro de direitos fundamentais ligados ao devido processo penal convencional e constitucional (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 194). Entretanto, ainda que o aludido projeto chamado “anticrime” não possua a sofisticação teórica da doutrina do Direito Penal do Inimigo (até por este se tratar de um modelo funcionalista sistêmico de Direito Penal, conforme JAKOBS, Günther. Sobre a teoria do direito penal do inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica. p. 1-12, 2013.), há uma clara inclinação para o incremento das hipóteses de intervenção do Estado via legislação penal, com inequívoca delimitação de garantias processuais penais.
- (5) FERRAJOLI, Luigi. L'imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell'emergenza. *Dei delitti e dele pene*, Bari, n. 1, p. 581-593, set./dic. 1983.
- (6) “A par da incomunicabilidade, são recorrentes no arsenal do Processo Penal do Inimigo: (i) prisões para averiguação decretadas com base em mera suspeita, com dispensa de autorização judicial; (ii) mecanismos de delação premiada; (iii) julgadores de exceção, ou seja, constituídos casuisticamente, após a prática da infração penal, muitas vezes com identidade sigilosa (juizes sem rosto); (iv) regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado (MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal do inimigo*. RBCCRIM. São Paulo: v. 59, p. 223-259, p. 231, 2006).

- (7) Mesmo repercutindo na continuidade ou no aumento da população carcerária, o anteprojeto hora discutido não possui respaldo em estudos de impacto econômico, nem informa se há recursos públicos para a construção de novas unidades prisionais. Esses pontos, por mais relevantes que sejam, são deixados de lado em razão do populismo penal, plasmado na ideia de eficientismo da legislação criminal (FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017).
- (8) SILVA, Paulo Sérgio da. *A Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: Unesp, 2008.
- (9) QUEIROZ, Rafael Mafei R. A presunção de inocência libertada. *Jota*, 28 fev. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-libertada-28022018>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- (10) “Assim, qualquer dispositivo legal de lei infraconstitucional que ordene a prisão deve ser interpretado conforme a Constituição, ou seja, a presunção legal da necessidade de prisão deve se conformar à presunção constitucional de inocência, que somente admite as modalidades de prisão decretadas com fundamentos igualmente admitidos pela Constituição” CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 194.
- (11) “A soberania, que já se havia esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanecia também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros. No novo ordenamento, são de fato sujeitos de direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecido pelo artigo 1 dos mesmos Pactos” FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 41. No mesmo sentido, CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno brasileiro*. Bauru: Edipro, 2001; e, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- (12) “En realidad la interpretación del derecho interno conforme a la normativa internacional, implica la interpretación del mismo derecho interno, en la medida en que los tratados internacionales son derecho nacional (de fuente internacional) una vez que son debidamente incorporados, como lo ha enseñando Fix-Zamudio desde hace décadas” MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidade el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). *Control de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 572.
- (13) MARQUES, Miguel Ângelo. Jus cogens pro homine. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica – DIGE*. São Paulo: v. 3, n. 03, p. 65-79, p. 75, 2018.
- (14) GARABINI, Gabriel Brocaneli. O princípio da proibição do retrocesso e sua aplicação aos direitos civis e políticos no âmbito do estado democrático de direito. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*. Brasília: v. 2, n. 1, p. 56-71, p. 12, jan./jun. 2016.

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel

Doutoranda e mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora de Direito da Estácio Teresina e da Faculdade Integral Diferencial (FACID-DEVRY), na graduação e pós-graduação em Direito. analeticialleonel@hotmail.com

Juliano de Oliveira Leonel

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS e mestre em Direito pela UCB. Defensor Público Estadual. julianoleonel@hotmail.com

Paulo Thiago Fernandes Dias

Doutorando em Direito Público pela UNISINOS/RS e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de disciplinas integrantes das Ciências Criminais no curso de graduação em Direito da UNISULMA-IESMA. paulothiagofernandes@hotmail.com

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS/RS e mestra em Ciências Criminais pela PUCRS. Advogada. sah.alacoque@hotmail.com

“Informante do bem” ou *whistleblower*: críticas e necessários ajustes ao projeto

Priscila Akemi Beltrame e Yuri Sahione

A figura do *whistleblower* vem sendo inserida em diversos ordenamentos jurídicos como uma forma de aprimorar os mecanismos de conhecimento, pelas autoridades, das infrações cometidas contra interesses públicos, contribuindo para uma cultura transparente e responsável no ambiente de trabalho.⁽¹⁾ Ao se permitir a figura do informante, confia-se que serão aprimorados os mecanismos internos de prevenção de violações às leis, resultando em limitação do risco de dano patrimonial decorrente de sanções pecuniárias e reputacional da organização. No Reino Unido, após o *Public Disclosure Act* de 1998,⁽²⁾ instrumentos de proteção ao *whistleblower* induziram o aprimoramento dos processos internos de empresas para conhecimento dos possíveis desvios, a fim de que medidas preventivas fossem adotadas antes que estes se tornassem públicos. O outro modelo é o norte-americano, inserido pelo *Whistleblower Protection Act*, de 1989, sendo mais conhecido o programa criado pela *Securities and Exchange Commission* a partir do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*,⁽³⁾ de 2010, em resposta aos escândalos financeiros de 2008.

O *whistleblower* corresponde ao informante que leve ao conhecimento da autoridade pública o relato de indícios da ocorrência de uma infração contra interesse público, garantindo sua não retaliação, anonimato e, quando da apuração do fato resultar em recuperação de ativos aos cofres públicos, o recebimento de uma porcentagem do valor a título de recompensa.⁽⁴⁾ Como se vê, a prática desafia diversas regras do nosso ordenamento, sendo as principais a vedação ao anonimato e a criação do incentivo por meio de recompensa para uma atuação que seja em benefício da sociedade. Conforme **Ragués Vallès**, “*en los países citados el término whistleblower parece emplearse exclusivamente para los casos en que el delator es o ha sido empleado de una empresa o de la administración, no tanto cuando pertenece a una organización per se delictiva, como puede ser una banda terrorista o de narcotraficantes*”.⁽⁵⁾ Em função da complexidade das organizações empresariais, deve-se avaliar o grau de culpabilidade do *whistleblower* para que não seja premiado, por exemplo, quem seja o principal responsável hierárquico, gerencial ou técnico pela prática denunciada.

A expressão “informante do bem” não deve prevalecer. É comezinho que a lei não deva ter palavras inúteis e muito menos tendenciosas. O uso de um termo que adjetiva a qualidade do informante revela recurso retórico binário para reforçar a imagem do que se é, no intuito de acusar para proteger o interesse público – que é “do bem”. A qualidade da informação deverá ser apurada em processo específico; por esse motivo, qualificar o emissor da informação como “do bem” é nomear antes de se saber se ela é verdadeira, útil ou não para o processo.

A previsão do “informante do bem” (nomenclatura que repudiamos) pode ser acolhida por nosso ordenamento dentro de uma técnica que melhor se compatibilize com nosso sistema jurídico e, principalmente, respeite as garantias processuais de todos os envolvidos. Os melhores anseios de fortalecer os instrumentos de investigação de crimes corporativos não podem justificar as violações ao nosso sistema de garantias.

A proposta de alteração da Lei 13.608/2018 para a inserção do *whistleblower* não é a melhor forma de previsão de uma figura complexa e que requer uma sistematização mais robusta. Essa lei, de

apenas seis artigos, prevê que as empresas de transporte terrestre que operam sob concessão deverão exibir em seus veículos a expressão “Disque Denúncia” e que os Estados ficam autorizados a estabelecer serviço de recebimento de denúncias por telefone, assegurando o “sigilo dos seus dados” e que pode prever um sistema de “recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, repressão ou apuração de crimes ou ilícitos administrativos”.

Tem-se, portanto, que, pela dimensão e complexidade da regulação que a inserção do *whistleblower* encerra, a norma deveria ser mais detalhada e inserida num corpo legislativo mais robusto do que numa norma de escopo tão reduzido, dando à lei uma dimensão que ela não possuía originalmente.

A previsão do *whistleblower* não deve deixar de tratar de aspectos essenciais, como o procedimento especial para apuração da razoabilidade do relato, requisitos do relato, situações específicas de revelação da identidade do informante (a SEC, por exemplo, prevê que, em processos administrativos ou judiciais, podem ser produzidos documentos que terão que revelar a identidade⁽⁶⁾). Da mesma forma, o relato não deve ser apenas “razoável”, mas original, voluntário (ou seja, não decorrente de um dever regulatório), verossímil diante da qualidade e pertinência dos dados apresentados.

Quanto à perspectiva do sigilo dos dados do informante, há que restar incontroverso que qualquer decisão condenatória com base no relato somente poderá ser prolatada havendo levantamento do sigilo da identidade do informante e permitindo o contraditório, sob pena de perda do valor probatório da prova.

Seguindo a mesma lógica, na hipótese de deferimento de medidas cautelares preparatórias fundamentadas no relato do informante, o exercício do contraditório diferido deve contemplar conhecer a identidade do informante e demais dados do seu relato, sob pena de se perder o controle judicial sobre a prova, abrindo-se a porta para a introdução de provas ilícitas sob o manto da proteção do anonimato.

Na perspectiva das empresas brasileiras, especialmente considerando o grau de maturidade organizacional – a maioria das estruturas empresariais ainda é familiar –, a figura do *whistleblower* tal como proposta poderá servir de complicador para a evolução de seus programas de integridade. De um lado, há muitas empresas que possuem estruturas voltadas para receber denúncias e remediá-las; do outro, uma pessoa pode não querer usar o canal interno, mas ir diretamente ao Poder Público fazer uma denúncia em troca de recompensa.

A recompensa tem que representar estímulo à denúncia, mas também um certificado de incompetência do programa de integridade empresarial – especialmente dos mecanismos de detecção e remediação de ilícitos – sob pena de se criarem canais simultâneos que concorrem de forma desleal (com e sem recompensa). Portanto, é fundamental que a denúncia somente possa ser recompensada depois de ser minimamente demonstrado que o assunto foi levado ao conhecimento dos canais internos da empresa e foi negligenciado.

Importante observação que deve ser feita é quanto à falta de participação do Ministério Público, especialmente quando o informante receberá imunidades legais. Há que se buscar uma racionalidade entre a recompensa e a eventual obrigação de reparação

do dano ao erário quando o informante houver concorrido.

A participação do MP também se justifica para que o indivíduo não opte pela prática do *whistleblower* quando lhe assistiria apenas instrumentos colaborativos mais rigorosos, como a colaboração premiada, em que a concessão de imunidades tem sido duramente questionada.

Por fim, deve-se prever que o *whistleblower* deverá ser assistido por advogado, diante da gravidade das consequências para si e para os envolvidos no relato, inclusive para acompanhamento do procedimento de avaliação dos requisitos da informação (razoabilidade, originalidade, espontaneidade) e do informante (relação dele com o fato narrado). Nesse particular, a assistência deveria ser obrigatória quando do ato de prestar as informações à Administração Pública.

A proposta legislativa é meritória por avançar na regulação do tema, mas se lamenta o adodamento na sua apresentação. Ao se apresentar um projeto inédito, incompleto e inacabado no bojo de um pacote que discute temas completamente diferentes entre si, corre-se o risco de aprovar a figura do informante e criar grande desordem no sistema jurídico de combate aos delitos contra a Administração Pública.

Notas

- (1) Também presente em diversos instrumentos internacionais de combate à corrupção, como as diversas recomendações da OCDE para melhoria da ética no setor público (1998, 2003, 2009) e no G-20 Anti-Corruption Working Group, que apoiaram o documento da OCDE intitulado *Guiding Principles for Whistleblower*

Protection Legislation.

- (2) Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents>>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- (3) Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/html/PLAW-111publ203.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- (4) Conforme o modelo do programa da Securities and Exchange Commission, previsto pelo Dodd-Frank Act.
- (5) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”. *Dret*, n. 3, 2006. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/364.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- (6) Conforme §240.21F-7, Confidentiality of submissions. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/offices/owb/reg-21f.pdf#nameddest=21F-7>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

Priscila Akemi Beltrame

Doutora em Direito Penal e mestra em Direitos Humanos.
Coordenadora do Departamento de Direito Penal Econômico
e Compliance do IBCCRIM. Advogada.
pb@bslaw.com.br

Yuri Sahione

Mestre em Direito pela UERJ.
Presidente da Comissão Permanente de Estudos
sobre Compliance do CFOAB. Advogado.
yuri@sahione.com

A imprescindibilidade das instâncias de controle prévio da decisão do Tribunal do Júri: crítica à medida II do pacote anticrime

Paulo Gustavo Rodrigues

Das diversas formas de participação popular no complexo universo jurídico, o Tribunal do Júri talvez seja a mais aberta e invasiva delas, permitindo que a sociedade, idealmente representada por seus vários segmentos, ingresse ativamente numa das funções essencialmente estatais, imiscuindo-se no papel de julgador para decidir o destino de um de seus pares.

Tido, na história, como uma instituição necessária à consolidação de uma democracia,⁽¹⁾ o Júri guarda diversas peculiaridades constitucionais que lhe conferem um complexo sistema de normas procedimentais distintas das demais.

A doutrina penal e processual penal costuma se dividir entre os que louvam a instituição e os que nela veem um dos instrumentos mais arcaicos e antidemocráticos de nosso sistema de justiça, sendo o único consenso o de que ele é inexpurgável, ante a decisão político-constitucional de alçá-lo ao patamar de direito-garantia fundamental.

Emassim sendo, busca-se trabalhar propostas infraconstitucionais de alteração de seu procedimento, que o adequem às exigências de um processo penal democrático e garantista, prevenindo-se hipóteses de controle prévio e posterior da decisão soberana dos Jurados.

Em uma das propostas do Pacote Anticrime do Ministro Sérgio

Moro, pretende-se modificar os artigos 421 e 584, do Código de Processo Penal, para retirar o efeito suspensivo do recurso em sentido estrito interposto contra a decisão de pronúncia, ao passo em que se altera o 492, para autorizar a execução imediata das condenações proferidas pelo Tribunal do Júri.

Cuida-se de uma proposta que, embora movida por uma intenção nobre – efetividade no julgamento de crimes dolosos contra a vida em um país que atinge cifras inimagináveis de homicídios – peca por inutilizar, na prática, as instâncias judiciais de controle, prévio e posterior, originalmente criadas para evitar as injustiças e arbitrariedades que podem advir dessa modalidade de julgamento.

A soberania dos vereditos, porquanto intimamente ligada com os fundamentos e justificações do Tribunal do Júri, é uma norma constitucional de natureza dúplice: a garantia do cidadão julgado de ter assegurado seu direito de ter seu destino decidido por seus iguais, e o direito do povo de participar na administração da justiça, assumindo diretamente parcela de poder, consistente no julgamento dos atos dolosos contra a vida, agindo para a fixação dos padrões de conduta de sua comunidade.

Todavia, como os outros direitos constitucionais, a soberania dos vereditos não possui natureza absoluta. Como observou **Chaves**,

“o Tribunal do Júri brasileiro deve compatibilizar com o modelo democrático” e “a soberania dos veredictos deve ser lida aos olhos da Constituição”,⁽²⁾ de modo que seu confronto com princípios caros ao Estado Democrático, como presunção de inocência, plena defesa e duplo grau de jurisdição, permite a construção de um sistema processual em que haja controle prévio e posterior pelo Poder Judiciário, embora, novamente, esse controle não atinja o mérito essencial dos veredictos nem substitua a vontade popular pela do Estado.

Nessa perspectiva, nosso sistema acertadamente criou mecanismos de controle prévio da decisão dos jurados, estabelecendo uma primeira fase de instrução probatória perante o Juiz togado (*judicium accusationis*), quando então ele deverá filtrar as acusações levianas, as manifestamente infundadas e os casos claros de excludentes legais, e uma segunda fase diretamente perante o juízo natural da causa (*judicium causae*), quando o mérito da acusação será enfim resolvido.

Criou-se, ainda, uma possibilidade de análise superveniente do veredito soberano, através de um sistema recursal peculiar que permite, entre outras possibilidades, uma incursão superficial no mérito fático-probatório para se verificar decisões completamente desprovidas de fundamentos.

O fato de o júri ser soberano em sua análise meritória das condutas que atentem dolosamente contra a vida não implica a conclusão de que são órgãos carentes de qualquer forma de controle. A soberania do povo não pode se confundir com a ditadura do povo, e qualquer tipo de decisão que esteja livre de escrutínio é um espaço aberto para arbítrios, não sendo o arbítrio menos danoso porque tem origem popular, especialmente quando se tem uma decisão desprovida da obrigatoriedade formal de fundamentação.

É perfeitamente adequado e constitucional o estabelecimento de esferas de atuação do Poder Judiciário no procedimento do júri, para controle das garantias processuais, observância dos direitos fundamentais do acusado e fixação da competência material constitucional. Nesse ponto, assume especial feição a decisão de pronúncia, o principal filtro posto à disposição do Judiciário togado para controle prévio da atuação do Tribunal do Júri.

Nessa fase, serão solucionadas nulidades e diferenciadas as acusações que reúnem um relativo grau de procedibilidade daquelas levianas, tecnicamente inadequadas, ou, ainda, os casos em que a dogmática escoreita indica a prática de crime diverso daquele que é de competência do júri (desclassificação).

Cabe ao Magistrado, nessa fase, evitando excesso de linguagem acusatória para não contaminar o júri com a retórica do argumento de autoridade (*ethos*), apenas apontar os indícios existentes e delimitar tecnicamente o que poderá ser analisado no *judicium causae*. Como destacou Lima, a pronúncia seria um juízo de impressão de certeza.⁽³⁾

Não se deve, contudo, compreender a restrição legal à atuação judicial como uma falta completa de atuação, transformando a decisão de pronúncia em um instrumento por meio do qual o Juiz se exime de qualquer responsabilidade acerca do resultado final daquele processo. Ciente de que a decisão meritória será soberana, e idealmente imutável, tão mais importante e relevante se mostra uma condução meticulosa de todo o *judicium accusationis* por ele.

Como reflexo da autopercepção judicial do impacto da sua decisão em um sistema que culminará numa decisão soberana, a valoração dos indícios, por mais cognitivamente superficial que seja, não pode ser irresponsável ao ponto de encaminhar acusações frágeis ao conhecimento do júri, como se o Magistrado pudesse se eximir de sua parcela de responsabilidade pelo julgamento daquele

cidadão.

Nisso reside a importância da decisão de pronúncia, e a necessidade de serem previstos mecanismos recursais de impugnação às Cortes Superiores: é imprescindível que o feito chegue a julgamento popular fortalecido por um procedimento complexo que permita um controle prévio efetivo de questões técnicas que podem escapar à compreensão dos jurados leigos. As decisões de desclassificação, absolvição, e, principalmente, impronúncia devem ser vistas como uma possibilidade real, cuja existência não ofende, de nenhuma forma, a soberania dos veredictos, já que “não havendo *prova* da materialidade, inexistente *crime* a ser julgado; não existindo indícios suficientes de autoria, não há *agente* a ser submetido a julgamento”.⁽⁴⁾

Percebe-se, portanto, que o fato de a decisão do júri ser constitucionalmente soberana acabou por determinar um procedimento mais complexo e mais garantidor, ressalte-se, que o ordinário, com instâncias de controle e revisão prévios, e um duplo grau de jurisdição interlocutório, de modo a evitar, ao máximo, julgamentos arbitrários ou desprovidos de provas.

Ferrajoli⁽⁵⁾ trata a decisão judicial acerca de determinado fato como um saber-poder, ou seja, como uma conjunção de conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*), aduzindo que o Juiz possui o poder de coercitivamente impor a “verdade” acerca de determinado enunciado de fato. Nesse contexto, saber e poder se manteriam inversamente proporcionais: quanto mais conhecimento do fato (provas) o Juiz tem, menos ele exerce sua autoridade, e quanto menos provas ele possui, mais potencialmente arbitrária será sua decisão. Se tal observação é pertinente para o Judiciário togado, vinculado à motivação de suas decisões, que dirá do Tribunal do Júri, a quem não é exigido fazê-lo.

Pretender que o cidadão seja levado a julgamento antes que as instâncias recursais possam ter julgado os recursos contra a decisão de pronúncia é medida que denota uma compreensão limitada da soberania dos veredictos como uma autorização para o arbítrio, ofende o direito fundamental à plena defesa, além de ser uma medida de visível antieconomicidade processual.

A movimentação administrativa e burocrática para a realização de um Tribunal do Júri não é pequena, envolvendo a intimação de jurados, testemunhas, órgãos de acusação e defesa, organização de pauta, solicitação de acompanhamento policial, e, quando o julgamento ultrapassa o dia, as tratativas para acomodação e alimentação dos jurados implicam gasto relevante para o Poder Judiciário.

É inconcebível todo esse despendimento de esforços e dinheiro para que, algumas semanas após, seja dado provimento ao recurso em sentido estrito para a exclusão de uma qualificadora e o julgamento precise ser realizado novamente.

A implicação prática mais óbvia para aqueles que estudam a realidade do nosso Poder Judiciário é que os tribunais passariam a decidir os Recursos a partir do resultado dos julgamentos, de modo a evitar ao máximo os prejuízos advindos de uma anulação, não duvidando que alguns desembargadores ainda pudessem vir a sustentar a tese de prejudicialidade do RESE ante a superveniência do julgamento em plenário. Inverte-se a lógica: ao invés de a pronúncia servir como controle judicial prévio de possíveis abusos ou arbítrios, a decisão dos jurados passaria a controlar o comportamento do Poder Judiciário em face da pronúncia.

Tão mais grave é essa mudança quando se vê que ela está cumulada com a execução imediata das condenações impostas pelo Tribunal do Júri, transformando a pronúncia em um mero e

inconveniente rito de passagem procedimental, desnaturando-a de sua importância para a consolidação de um processo garantista.

Compreendemos que há situações processuais específicas que permitem uma discussão mais ampla acerca da antecipação do momento de cumprimento da pena daqueles condenados por Tribunal do Júri. Diversas outras mudanças poderiam ter sido propostas, especialmente em face dos recursos excepcionais interpostos perante as Cortes Superiores, que gozam de limitada devolutividade nos procedimentos do Júri. Em nenhuma hipótese, contudo, a execução imediata da pena pode prescindir da preclusão da decisão de pronúncia.

Permitir que o acusado seja levado ao cárcere – em execução de pena – antes mesmo de o Poder Judiciário ter decidido se a acusação formulada goza de procedibilidade mínima ou se há alguma questão técnica que fuja à compreensão leiga dos jurados, é medida que viola a um só tempo a plena defesa e a presunção de inocência.

As instâncias de controle prévio (pronúncia) e posterior (apelação) não são óbices à soberania dos veredictos, são instrumentos de consolidação dessa garantia fundamental dentro do sistema constitucional penal brasileiro, em uma perspectiva de um processo democrático que, ao tempo em que reconhece a necessidade de punição dos ofensores da vida, busca garantir que essa punição se dê nos exatos termos de nossa legislação.

Perez Luño afirmava que os direitos fundamentais, em sua feição axiológica objetiva, representam o resultado de um pacto entre as diferentes forças sociais, alcançado por relações de tensão

e cooperação.⁽⁶⁾ Estamos em momentos de tensão; e o debate de projetos dessa magnitude com a comunidade acadêmica e jurídico-profissional é imprescindível para a construção de uma proposta que efetivamente venha a mudar os rumos político-criminais de nosso País.

Notas

- (1) Alexis de Tocqueville, em seu clássico *Democracia na América*, já afirmava que o júri pode ser aristocrático ou democrático, a depender dos métodos de convocação dos jurados, mas nunca vai deixar de ser republicano, já que coloca a direção da sociedade na mão dos governados, e não dos governantes. TOQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- (2) CHAVES, Charley Teixeira. *O povo e o Tribunal do Júri*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. p. 339.
- (3) LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Júri: da pronúncia aos quesitos – a necessidade de clareza e lógica na nossa sistemática. *Revista da ESMAL*, n. 6 (2017). Disponível em: <<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/80/22>>.
- (4) NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 89.
- (5) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 49.
- (6) LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 21.

Paulo Gustavo Rodrigues

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas.
Especialista em Ciências Criminais pela Uniderp/IPAN. Professor
de Direito Penal da Faculdade SEUNE (AL).
rodrigues.paulogustavo@gmail.com

A legítima defesa no pacote anticrime: uma análise a partir do princípio da taxatividade e o *loop* infinito do sistema penal brasileiro

Alana Guimarães Mendes

Em 2010, Hélio Ribeiro foi alvejado por um policial do BOPE quando estava no terraço de sua casa utilizando uma furadeira; esse equipamento foi confundido com uma arma. Outubro de 2015: Jorge Lucas, de 17 anos, carregava um macaco hidráulico quando foi morto; esse equipamento foi confundido com um fuzil pelo policial que efetuou os disparos; uma semana depois, um jovem de 16 anos teve seu skate confundido com uma arma e foi alvejado no braço direito. Já em 2018, um guarda-chuva foi a causa da morte de Rodrigo Alexandre da Silva Serrano, de 26 anos; os autores do disparo podem, assim como citado em caso anterior, ter confundido um objeto com um fuzil.

As ações e as vítimas elencadas acima demonstram um verdadeiro *loop* no sistema penal; relacionado principalmente a sua realidade *in concreto*, essa situação poderá se agravar com o Projeto da Lei Anticrime, conforme se pretende demonstrar a seguir.

O *loop* é uma metáfora derivada da área de programação e informática, e pode ser traduzido como “repetição infinita”, consubstanciada em um erro na execução de um programa, fazendo com que ele passe a seguir a mesma sequência de instruções repetidamente (BRASIL, 2019, s/p.).

Dentre as mudanças propostas pelo referido projeto, encontra-se a alteração na punibilidade do excesso da legítima defesa. O que chama atenção é a possibilidade de redução de pena ou até mesmo absolvição no caso de o agente incorrer em “*escusável medo, surpresa ou violenta emoção*” (artigo 23, §2º do Projeto Anticrime), além de incluir no artigo 25, em seus incisos I e II, a legítima defesa das ações policiais (BRASIL, 2019, p. 01).

Do artigo 25 do Código Penal, extrai-se o seguinte conceito: “*Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*” (BRASIL, 1984). Conforme afirmado acertadamente por **Garcia** (1952, p. 305) sobre a legítima defesa, “[...] *envolve predominantemente ao instituto da legítima defesa o aspecto da licitude objetiva emanada do fato em si, com independência do estado subjetivo do autor da repulsa*”.

Hungria e **Dotti** apresentam seus requisitos (2017, p. 669): “*a) agressão (humana) injusta; b) atualidade ou iminência da agressão; c) a defesa de um direito próprio ou de terceiro; d) meio necessário para a reação; e) uso moderado desse meio*”.

Cumpra observar que o excesso a que se refere o parágrafo único do artigo 23 do CP guarda relação com a conduta do sujeito que, após conseguir cessar a agressão injusta, continua atingindo seu agressor; ou, nas palavras de **Tavares** (2018, p. 346), “[...] o excesso ocorre quando o agente reage a uma agressão já passada ou emprega meios desproporcionais ou a faz imoderadamente”.

Duas podem ser as formas do excesso, na modalidade dolosa ou culposa. No primeiro caso, o sujeito consciente e voluntariamente continua a atacar o seu agressor, segundo **Garcia** (1952, p. 305), no excesso doloso: “[...] Utilizou-se de meios necessários à repulsa, mas tomou-se de ódio pelo agressor e excedeu-se voluntariamente”. Já a segunda modalidade decorre de uma ausência de dever de cuidado objetivo.

Nesse sentido, mesmo que considerássemos a possibilidade de aplicação da legítima defesa para agentes estatais, o Projeto Anticrime pouco contribui para dar segurança à atividade policial ou a qualquer sujeito que faça valer seu direito de autodefesa.

Seguindo a lógica perfeita de **Streck**, “Abstrações exigem explicações, sob pena de não dizerem nada. Ou de dizerem tudo sem dizer diretamente o que dizem, o que é ainda pior” (**STRECK**, 2019, s/p). Ao analisar separadamente cada um desses elementos, com exceção da “violenta emoção” tão conhecida pelos penalistas, observamos um grave problema: são conceitos demasiadamente abertos, que podem gerar decisões escatológicas e completamente diversas em tribunais Brasil afora. Tal situação é uma preocupação apresentada por **Hungria e Dotti** (2017, p. 05): “A lei penal é assim um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais do direito’, ou pelo costume”.

O medo é etimologicamente um “sentimento de viva inquietação ante a noção de perigo real ou imaginário de ameaça; pavor; temor” (**FERREIRA**, 2008 p. 545). Psicologicamente, o medo é “estado afetivo suscitado pela consciência do perigo ou que, ao contrário, suscita essa consciência” (**BASTOS**, 2016, s/p.). Assim, é possível perceber que o medo varia de acordo com a situação a que está sendo submetido o agente e também em relação à espécie que uma pessoa sente.

A surpresa é “ato ou efeito de surpreender-se, [...] acontecimento imprevisto” (**FERREIRA**, 2008, p. 759). A questão que surge é: como aferir esse medo ou essa surpresa? Ou basta simplesmente que o sujeito diga “matei ou quase matei determinada pessoa porque fui acometido por um medo ou fui surpreendido pelo agente infrator”; o que ocorrerá se essa segunda opção for admitida? E mais: as balizas utilizadas para aferir o medo ou a surpresa poderão ser utilizadas em todos os tribunais? Desde crimes ocorridos na cidade de São Paulo, que possui um excelente corpo técnico, até os delitos na cidade de Autazes (distante 118km da cidade de Manaus)?⁽⁴⁾

Profundos são tais questionamentos, que derivam da alta subjetividade que esses conceitos impõem, razão pela qual é possível colocar em dúvida esse Projeto antes mesmo de sua entrada em vigor.

Seguindo a análise do Projeto Anticrime, temos também os acréscimos dos incisos I (“o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem”) e II (“o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”) do artigo 25, configurando a possibilidade de aplicação da legítima defesa às atividades estatais (BRASIL, 2019, p. 01-02).

O senso comum apressa-se em pensar que o conflito armado é uma situação grandiosa, como nos casos de ações em filmes americanos, com atiradores de elite estrategicamente posicionados, lutas coreografadas entre o “bandido” e o “mocinho” e explosões

gigantescas, ou até em locais em que existam agentes fortemente armados, bem como situações com reféns

Além da entrada em locais que se encontrem sob o poder de criminosos altamente armados, ou em um sequestro em um ônibus, uma troca de tiros em uma multidão desprevenida, ou uma situação com um só refém.

Importante verificar que o termo “conflito armado” deriva do Direito Internacional e encontra-se amparado pela Convenção de Genebra sobre Conflitos Armados (reconhecida no ordenamento brasileiro pelo Decreto 849, de 25 de junho de 1993). Ao analisar a referida legislação, é possível verificar que não há um conceito preciso para a expressão “conflito armado”; mas é possível inferir duas situações: a primeira está relacionada a hipóteses de exclusão sobre o conflito armado; a segunda refere-se às espécies de conflito armado.

No primeiro, a leitura do artigo 1.2 do Decreto: “O presente Protocolo não se aplica às situações de tensões internas e distúrbios internos, tais como os motins, os atos esporádicos e isolados de violência e outros atos análogos, que não são considerados conflitos armados” (BRASIL, 1993). O segundo caso refere-se às espécies de conflito armado, que podem ser internacionais, e ao conflito interno.

Diante disso, é possível observar que os casos envolvendo repressão policial não correspondem à definição técnica de conflito armado, o que impede a sua aplicação dentro do contexto da justiça penal.

Soma-se a isso o fato de que, além do instituto da legítima defesa, existe aqui outra excludente de ilicitude que é importante nesse estudo e encontra-se no inciso III do artigo 23 do CP: o estrito cumprimento do dever legal. Cumpra observar que o Direito brasileiro, diferentemente de outros países como a Alemanha,⁽²⁾ que não possuem uma lei federal que regule as atividades policiais diante de um sujeito que age atacando-o. Entretanto, conforme dito acima, quando policiais estão diante de uma situação em que precisam utilizar seu poder coercitivo, eles estão amparados pela excludente do artigo 23, inciso III (**TAVARES**, 2018, p. 344-345).

Considerando tais situações acima descritas, devemos agora recorrer aos princípios constitucionais garantistas para demonstrar os equívocos em que incorre o Projeto Anticrime nos artigos 23 e 25. O princípio da legalidade indica que não poderá existir punição ao sujeito criminoso caso não exista antes previsão normativa da conduta e sua pena correspondente; tal princípio é basilar no sistema penal e encontra-se estampado nas obras dos autores clássicos, conforme dito por **Garcia** (1952, p. 135): “[...] deve-se reconhecer que, nos sistemas que o perfilham, só a lei positiva é fonte do Direito Penal”.

Decorrente desse princípio tem-se a reserva legal, que é uma regulação da competência em matéria penal, privativa da União (artigo 22, inciso I da CF). Além desse, temos o princípio da taxatividade da lei penal, que, em termos iniciais, é a necessidade de que a lei penal seja clara, para que qualquer pessoa a entenda, isto é: “O postulado da taxatividade estabelece que a norma criminalizadora, ao definir a conduta criminosa, indique, com precisão, os elementos que a compõem” (**TAVARES**, 2018, p. 61).

Em que pese essa preocupação que perdura desde os estudiosos clássicos, hodiernamente deseja-se que o legislador preencha todas as possibilidades de possíveis condutas criminosas; no entanto, isso não é possível. Em razão disso, recorre-se a expressões e palavras que têm um sentido incerto ou que se complementam por outras normas (**TAVARES**, 2018, p. 61).

Isso demonstra o tal *loop* infinito do sistema penal, uma vez que esses conceitos demasiadamente abertos contribuem com a incerteza da atuação policial e também dos particulares amparados por uma

excludente de ilicitude. Apresentar uma lei com termos como medo ou surpresa em nada resolve o problema; muito menos tentar ampliar as possibilidades da legítima defesa, haja vista a existência de uma forma de atuação permitida aos agentes estatais.

Uma alternativa viável para resolver esse imbróglio é a regulamentação do estrito cumprimento do dever legal (artigo 23, inciso III do CP); isso poderia balizar as ações dos agentes em ações preventivas e principalmente repressivas, criando limites objetivos e auxiliando na aplicação da pena se necessário.

Em resumo, institutos de ordem subjetiva devem ser muito bem elaborados e discutidos, para evitar brechas interpretativas que possam conduzir ao arbítrio. Importa ainda ressaltar outra lição precisa de **Streck** (2019, s/p): “*Se o Brasil pensa que vai combater a violência – que é estrutural – com mais violência, estará enterrando o Direito e assinando o atestado de fracasso*”.

A estrutura da legítima defesa como pensada nesse projeto é uma afronta direta ao princípio da taxatividade, como corolário lógico do princípio da legalidade, indispensável ao funcionamento eficiente do sistema penal.

Tal situação evidencia uma triste intenção dos agentes políticos no governo brasileiro: buscando aplacar a opinião pública (que está cansada de sofrer diuturnamente a violência), querem propor soluções rápidas, que muitas vezes contrariam as previsões constitucionais e os princípios penais garantistas; esquecendo-se de que essas previsões contribuem para o aumento da violência e das disparidades sociais, em um círculo vicioso (*loop*) infinito, que, infelizmente, não tem previsão de ser quebrado.

Referências

- BASTOS, Elenice. Medo. Hierophant. 11 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.hierophant.com.br/arcano/posts/view/1010380732371576/4100>>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- ANDROIDPIT INTERNACIONAL. *Como resolver o bootloop (ou loop infinito) e recuperar o seu smartphone*. Disponível em: <<https://www.androidpit.com.br/loop-infinito-soft-brick-como-resolver>>. Acesso em: 21 fev. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 849, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Rio de

Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052_63/pl-mjssp-medidas-contracorrupcao-crime-organizado.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. Paraná: Positivo, 2008.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Tomo I.v. I. São Paulo: Max Limonad, 1952.

GRECO, Luís. Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no ‘Projeto de Lei Anticrime’. *Jota*, São Paulo, 07 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Tomo I. v. 1. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. O “pacote anticrime” de Sergio Moro e o martelo dos feiteiros. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 07 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiteiros>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

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

Notas

- (1) Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *De barco e ônibus, Justiça Itinerante leva serviços a Autazes (AM)*. Brasília, 22 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85281-de-barco-e-onibus-justica-itinerante-leva-servicos-a-autazes-am>>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- (2) Conforme ensinado por Greco (2019, s./p.): Aquilo que, entre nós, é compreendido pelo “cumprimento do dever legal” é, nessas leis, dissecado em uma minuciosa lista de faculdades individuais, que regulam os exatos pressupostos em que o agente policial pode desde dirigir uma pergunta a um cidadão ou submetê-lo a uma medida de identificação até fazer uso de armas de fogo.

Alana Guimarães Mendes

Mestre em Direito pela Faculdades de Direito Milton Campos.

Especialista em Ciências Criminais pela PUCMG.

Professora de Direito Penal e Psicologia da PUCMG.

alana4541@gmail.com

Primeiras notas sobre o Projeto de Lei Anticrime

Gustavo de Souza Preussler

1 Introdução

É muito comum, em períodos de comoção social, que as leis sejam mudadas, reformadas ou suprimidas. Também é uma percepção dos juristas, segundo **Kirchmann**, que são suficientes três palavras do legislador para transformar bibliotecas inteiras em papel de embrulho.⁽¹⁾ Entretanto, isso nem sempre ocorre.

O avanço jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal na área criminal, há algumas décadas, dava ao Direito certa estabilidade e segurança, em razão de sua função de Guardião das Promessas Constitucionais.⁽²⁾ Há alguns anos, inicia-se uma escalada de instabilidade jurisprudencial. Se a jurisprudência, por muitas vezes, sofre o efeito *backlash*,⁽³⁾ por outras vezes, a lei pode ser considerada

propulsora dessa forma de agir. Isso ocorre porque muitas leis têm como pretensão a reafirmação de um posicionamento jurisprudencial, em especial na área criminal, mais repressivo do que ainda está em discussão, como é o caso da prisão em segunda instância, prisão em decorrência de condenação no júri e endurecimento de penas. São todas provenientes de uma forma de reação da coletividade diante de uma mudança política no nível jurídico, decorrente, em grande parte, da Operação Lava Jato.

Em fevereiro de 2019, o ex-Juiz Federal e atual Ministro da Justiça e Segurança Pública apresentou a proposta de Lei Anticrime. Seria ela uma reforma que visa à exteriorização de uma forma de agir do Poder Judiciário, em especial o STF? Ou estaríamos diante de um

modo de *isomorfismo reformista*, onde muito se reforma e nada muda? Ou ainda, estaríamos diante de palavras que converterão bibliotecas inteiras de Direito em papel de embrulho?

O Projeto de Lei Anticrime tem os seguintes aspectos: (i) modificações processuais penais fundadas na eficiência; (ii) modificações penais fundadas na emergência; e (iii) processos de (des)criminalização.

O primeiro conjunto de modificações, ou seja, as (i) modificações processuais penais fundadas na eficiência, busca alcançar, no imaginário coletivo, uma percepção de eficiência e de que o processo penal não é uma forma de impunidade, como reproduzido pelo senso comum. É fundado na celeridade e, conforme a experiência estadunidense, poderá produzir *maus negócios*,⁽⁴⁾ aumentando o encarceramento em massa e graves problemas quando se trata de contraditório e ampla defesa.

O segundo conjunto de modificações, ou seja, (ii) modificações penais fundadas na emergência, define os inimigos da sociedade em sentido lato: (ii.1) restrição à legítima defesa; (ii.2) endurecimento do sistema de penas aos ditos criminosos habituais; e (ii.3) um sistema de comportamento pós-delitivo positivo.

O terceiro e último conjunto de propostas pode ser organizado como (iii) processos de (des)criminalização. Amplia-se a repressão ao crime de resistência e criminaliza-se o *caixa 2*.

2 Modificações processuais penais e penais de emergência

2.1 Modificações processuais penais fundadas na eficiência

Um dos principais assuntos que permeia o imaginário coletivo é que a Justiça Penal brasileira não funciona. Os institutos responsáveis por essa percepção seriam o *recurso* e o *direito de defesa do acusado*. O projeto de Lei Anticrime deixa muito claros a demanda por ordem e o pensamento repressor, que encontra no sistema processual campo fértil ao seu desenvolvimento.

O primeiro tópico é a prisão em segunda instância, sem o trânsito em julgado, mesmo que pendente de Recurso Especial e Extraordinário. Os principais fundamentos foram decorrentes de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. Aqui fica claro o efeito *backlash*.

O Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 126.292, admitiu a execução provisória da pena. Excluiu, assim, do conceito de trânsito em julgado, o processamento de recursos especial, extraordinário (recursos constitucionais). Posteriormente, o ingresso de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade teve como objeto o artigo 283 do CPP, buscando limitar a prisão em casos de flagrante delito, prisão preventiva/provisória e em decorrência de sentença transitada em julgado.

Outro fator de eficiência é a prisão decorrente da pronúncia e a execução imediata de condenações proferidas por Tribunal do Júri, ampliando a conceituação de prisão de decorrência em primeira instância.

O artigo 584, § 2.º da Lei Anticrime determina que “*o recurso da pronúncia não tem efeito suspensivo*”, gerando assim uma nova categoria, a de execução provisória sem pena.

O fundamento da construção do artigo 492, I, CPP, que determina a execução provisória da pena, tem precedentes no Supremo Tribunal Federal e fundamenta-se na soberania dos veredictos. Segundo a leitura constitucional (art. 5.º, LVII da Constituição Federal) e convencional (art. 8.º, “2” do Pacto de San José da Costa Rica), a execução provisória sem ou com pena é grave ofensa à garantia da presunção de inocência.

2.2 Modificações penais fundadas na emergência

2.2.1 Aspectos da legítima defesa extensiva no Brasil

Propõe o projeto, como uma das medidas do Direito Penal e

emergência, a subtração do excesso extensivo na legítima defesa. Esclarece que “*O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo [23], responderá pelo excesso doloso ou culposos. § 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção*”.

A legítima defesa, segundo **Hans-Henrich Jescheck** e **Thomas Weigend**, refere-se a uma ação necessária para repelir um ato antijurídico atual e que resulte no menor resultado ofensivo ao agressor. Os limites da reação devem ter como premissa se são excessos intensivos e excessos extensivos. O disposto no § 2.º nada mais é do que uma cópia do § 33 do Código Penal Alemão, que diz que não será castigado se ultrapassa os limites da legítima defesa em decorrência de perturbação, medo ou pânico.⁽⁵⁾

De outro lado, exclui-se da situação de legítima defesa o excesso extensivo da defesa, resguardando, assim, a punição por crime doloso. É o exemplo em que o defensor repele o ataque com um disparo, mas realiza mais outros dois sobre o agressor que está indefeso e jogado no chão.⁽⁶⁾

2.2.2 Regime inicial fechado e delitos por tendência menos e mais graves

O projeto declara a necessidade de endurecimento das penas para determinados crimes considerados graves. Declara, em seus aspectos ideológicos, quem seriam os inimigos sociais, aplicando regime inicial fechado contra os denominados criminosos profissionais, reincidentes ou habituais.

Assim, deveria haver uma separação entre os tipos de criminalidade por tendência, dividindo-se entre criminalidade por tendência grave e criminalidade por tendência menos grave. Segundo **Jorge Figueiredo Dias**, os *delitos por tendência menos grave* são aqueles com pena superior a dois anos e praticados duas ou mais vezes. Já os *delitos por tendência mais grave* são aqueles em que o delito praticado concretamente acarretaria pena de prisão, ou seja, não sendo passível de *sursis* ou outro meio alternativo à prisão e que tivesse sido praticado quatro vezes. Essa observação do Direito Penal português poderia servir de parâmetro ao projeto para que pudesse readequar esse tipo de criminalidade habitual e o regime inicial de pena.⁽⁷⁾

2.2.3 Comportamento pós-delitivo e sua previsão no Projeto de Lei Anticrime

Comportamento pós-delitivo é aquele que tem uma previsão de atenuação ou não aplicação da pena se, em decorrência de ação do agente, após o cometimento do delito, contribui para a sua própria responsabilização criminal ou restabelecimento dos efeitos danosos de sua conduta.⁽⁸⁾

O Projeto de Lei Anticrime traz as seguintes hipóteses de comportamento *pós-delitivo positivo*: (i) confissão e colaboração em decorrência de acordo criminal (art. 395-A, CPP), com destaque para a atuação do colaborador, que poderá ter sua pena diminuída até a metade ou ter sua pena substituída por restritiva de direitos; (ii) solução negociada na Lei de Improbidade Administrativa, matéria estranha à natureza penal e que constitui, na verdade, meios *coativos* análogos ao sistema de justiça criminal;⁽⁹⁾ e (iii) reparação do dano à vítima (art. 28-A, inciso I do CPP).

A reparação do dano, apesar de prevista no instituto *Ação Civil ex Delicto*, agora ganha roupagem de verdadeiro comportamento *pós-delitivo positivo*. Em microsistemas também inspirados pelo Direito germânico continental, o sistema de reparação é uma forma de terceira via da punição e está, assim, ao lado da pena de prisão e medida de segurança, formando um sistema que integra processo penal e Direito

Penal, em que a reparação do dano por acordo (comportamento pós-delitivo) terá suas repercussões na aplicação da pena.⁽¹⁰⁾

3 A crítica à retirada da criminalização do Caixa 2 em campanhas

Enuncia o projeto a sua finalidade: “Esta Lei estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa”.

Não há lei penal que seja a favor do crime; existem, sim, formas de condutas de legisladores que têm como intuito não criminalizar determinados comportamentos delituosos graves, como o Caixa 2 em campanhas eleitorais, como mostra da retirada de tal medida do projeto original da Lei Anticrime.

O governo resolveu retirar do pacote a criminalização de recebimento de doações de campanha não declaradas. Passa, assim, a tramitar em separado a respectiva proposta, com óbvia redução de sua importância, ao declarar para a imprensa que o Caixa 2 não é um crime tão grave.⁽¹¹⁾ Há dois anos, o Ministro, então na condição de juiz federal, pensava de outra forma, como mostra a seguinte citação: “O juiz Sérgio Moro, responsável pela Operação Lava Jato em Curitiba, afirmou neste sábado, em uma palestra para estudantes brasileiros na Universidade de Harvard, que a corrupção para financiamento de campanha é pior que o desvio de recursos para o enriquecimento ilícito”.⁽¹²⁾

O comportamento do Ministro da Justiça evidencia uma seletividade política de tipos penais que têm funções específicas no processo de criminalização de determinados políticos.

Considerações Finais

O projeto de Lei Anticrime não é um isomorfismo reformista, no qual muito se reforma, mas nada se modifica; pelo contrário, legitima toda uma jurisprudência autoritária, como é o caso de prisões sem pena ou condenação não transitada em julgado.

Não se pode afirmar que o Projeto de Lei Anticrime também seja capaz de transformar bibliotecas inteiras de Direito e processo penal em papel de embrulho. No entanto, há evidente demolição de diversos princípios constitucionais, como a presunção da inocência, a individualização da pena e até mesmo a ruptura de alguns postulados éticos, como é o caso da recompensa ao *whistleblower*.

As notas acima apontam para um estado emergencial das coisas. Cria-se um processo penal despreocupado com a presunção da inocência e um Direito Penal obcecado pela punição a todo curso, permeada de referência aos *demônios sociais* e aos *pânicos morais* da

sociedade, representados, em especial, pelos corruptos.⁽¹³⁾

O Projeto da Lei Anticrime faz o sistema punitivo retroceder no tempo, em verdadeiro efeito *backlash*, em que legitima todo um imaginário coletivo que busca, acima de tudo, a repressão penal.

Notas

- (1) *apud* MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Metodologia y ciencia penal*. Granada: Universidade de Granada, 1990. p. 262.
- (2) GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- (3) *Backlash* é o forte sentimento de um grupo de pessoas em reação às mudanças recentes na sociedade e na política. Fica claro o efeito *backlash* após a Operação Lava Jato.
- (4) Michelle Alexander denomina de “mau negócio” os acordos criminais fixados no sistema da *plea bargain*. Um dos principais motivos é porque tais acordos escondem, dentro de sua estrutura, uma forma de reprimir os mais pobres e negros (ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 143).
- (5) JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Granada: Comares, 2002. p. 527-528.
- (6) *Idem*, *ibidem*, p. 530.
- (7) DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal Português: As consequências do Crime*. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 564.
- (8) FARALDO CABANA, Patricia. El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos posdelictivos positivos: las causas de levantamiento de la pena. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires, v. 7, n. 11, p. 337-382, p. 338-339, 2001.
- (9) ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura da teoria del delito. Madrid: Thompson/Civitas, 2008. p. 75.
- (10) Sobre o modelo integral de sistema penal: WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma: estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y de la determinación de la pena. In: WOLTER, Jürgen (ed.); FREUND, Georg. *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- (11) BATISTA, Henrique Gomes. Nos EUA, Moro diz que Caixa 2 é pior do que corrupção. *O Globo*, Rio de Janeiro, 08 abr. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/nos-eua-moro-diz-que-caixa-2-pior-do-que-corruptao-21183122>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- (12) *Idem*, *ibidem*.
- (13) COHEN, Stanley. *Demonios populares y pánicos morales*. Barcelona: Gedisa, 2017.

Gustavo de Souza Preussler

Doutor em Direito pela UERJ e mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia da UFGD. guspreussler@hotmail.com

Plea bargain à brasileira: A justiça penal negociada do Projeto de Lei Anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal

Natália Pimenta Ribeiro e Yashmin Crispim Baiocchi de Paula e Toledo

Certa manhã, Joseph K.⁽¹⁾ foi surpreendido por autoridades que lhe atribuíram a prática de um crime. Sem saber do que se tratava, a personagem de **Frans Kafka** é atropelada por um sistema inquisitório em que o acusado não vislumbra outra alternativa a não ser aderir ao

status quo dominante e assumir como própria a conduta delitiva a ele imputada.

No Brasil, com a consagração do Processo Penal acusatório, tal situação é inconcebível. O sistema de justiça criminal próprio

de um Estado Democrático de Direito e enraizado no sistema de *civil law* exige positivação de direitos fundamentais inalienáveis e indisponíveis, assegurados a todos, sem qualquer distinção.

Mais precisamente no artigo 5º, LIV, do Diploma Constitucional, há o mandamento de que *ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

Este, que na concepção de **Uadi Lammêgo Bulos** (2015, p. 332) é classificado como um sobreprincípio, e, conforme asseverado pelo autor, *“funciona como meio de manutenção dos direitos fundamentais. Sua importância é enorme, pois impede que as liberdades públicas fiquem ao arbítrio das autoridades (...)”*.

Assim, o *due process of law* é o canal através do qual as demais garantias constitucionais criminais se afirmam. Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a indisponibilidade da prerrogativa do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.⁽²⁾

Contudo, com a importação do *plea bargain*, oriundo de um país de *common law* e que possui a maior população carcerária do planeta, vislumbra-se a assustadora possibilidade de exercício do *ius puniendi* sem que tenha havido ao menos o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

É cediço que o artigo 129, I, da Constituição Cidadã, ao instituir a competência privativa do *Parquet* de promover a ação penal, fundamenta a sistemática da obrigatoriedade do processo que ainda prevalece na doutrina e na jurisprudência. Assim, para que alguém seja submetido a qualquer sanção de natureza penal, mormente em caso de restrição da liberdade, seria imprescindível a prestação jurisdicional.

Contudo, com a inserção do acordo de não-persecução penal no Brasil, inicialmente e ainda mediante resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, houve verdadeira relativização das garantias à liberdade, à propriedade e, sobretudo, ao devido processo legal.

Quase que imediatamente após a edição da resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, houve a propositura de duas ADIs (5790⁽³⁾ e 5793⁽⁴⁾) no Supremo Tribunal Federal, cujos questionamentos precípuos consistiam na exclusão do crivo do Judiciário e à inovação legislativa do Conselho.

A primeira crítica foi sanada pela resolução 24/2018, que previu a submissão do acordo ao juízo competente. Quanto à suposta inconstitucionalidade formal, o Projeto de Lei Anticrime, apresentado pelo Ministro Sérgio Moro, intenta inserir a justiça negocial nos futuros artigos 28-A e 395-A, ambos no Código de Processo Penal.

Em verdade, pouco importa se a aplicação da medida se dará através de resolução ou de lei ordinária; o cerne da questão reside no fortalecimento da política de criminalização da pobreza.

Um dos pressupostos para a efetivação do acordo de não-persecução consiste na confissão detalhada do delito. Claramente, o objetivo central é punir, a fim de sustentar, perante a sociedade, a falsa ideia de efetividade penal. Não importa a quem se puna, desde que se puna alguém.

Conforme demonstrado no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), em junho de 2016 havia mais de 726.000 (setecentas e vinte e seis mil) pessoas encarceradas no Brasil, contingente este que, em decorrência da política criminal implantada, tende a aumentar a cada ano.

Em caso de aprovação do Projeto de Lei Anticrime e da aplicação do “acordo” de não-persecução, ao acusado, se for o caso, nos termos do que dispõe o artigo 395-A, poderá ser oferecida a restrição

imediate da liberdade, com renúncia ao processo e aos recursos inerentes a este, em nome da celeridade processual.

Ainda de acordo com o Infopen, cerca de 54% da população carcerária brasileira é constituída por jovens de até 30 anos, 64% por negros e 51% por pessoas que não completaram o ensino fundamental. Além da extrema desigualdade social, da precariedade do ensino público e do racismo enraizado na sociedade, também se deve atribuir à defesa técnica ineficiente grande parcela desta realidade.

No vindouro artigo 28-A, a ser inserido no Código de Processo Penal, há, em seu § 4º, menção expressa à necessidade de que o acordante seja inquirido pelo promotor na presença de advogado. Ocorre que, conforme anteriormente mencionado, os investigados “padrões” não dispõem de recursos financeiros suficientes para custear uma defesa minimamente satisfatória.

Aqui, a interiorização da Defensoria Pública mostra-se, até então, a única alternativa capaz de equiparar tecnicamente defesa e acusação. A nomeação de defensores, salvo raríssimas exceções, visa apenas “tapar lacunas” impostas pela legislação, e não satisfaz a exigência de efetividade da defesa técnica oferecida pelo Estado ao réu.

Ademais, o próprio acusado é induzido a acreditar que está sendo, de fato, defendido. A aplicação do *plea bargain* no Brasil só seria positiva se ao menos houvesse possibilidade de, no caso concreto, frear a arbitrariedade estatal viabilizada através de um Código inspirado no sistema ditatorial italiano.

Outro ponto problemático da proposta consiste nos casos de inadmissibilidade da justiça negociada, previstos também no artigo 28-A, § 2º, do Projeto. Já no inciso I, consta a primazia do acordo de não-persecução sobre o benefício da suspensão condicional do processo.

A suspensão condicional do processo, regulada pelo artigo 89 da Lei 9.099/1990, consiste na paralisação da ação penal após o recebimento da denúncia pelo juízo competente. A grande vantagem do instituto em detrimento do acordo de não-persecução penal reside em já se ter prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, condições indispensáveis à apresentação da exordial acusatória.

Caso haja a implementação da justiça negociada, nos exatos termos do projeto, os referidos requisitos serão dispensados, sendo suficiente a existência de inquérito policial instaurado em desfavor do investigado.

Assim, mesmo que não haja materialidade e/ou indícios de autoria, ao promotor de justiça será assegurada a possibilidade de oferecimento do acordo ao investigado, que, sem conhecimento técnico e assistência de um profissional disposto a analisar a causa, acaba por ceder ao constrangimento estatal e confessar a prática de um crime do qual não se tem qualquer prova. Seria o retorno do *status* da confissão como “rainha das provas”.

Já no inciso II do artigo 28-A, § 2º, tem-se a positivação da Teoria do Etiquetamento Social, também conhecida como *Labelling Approach Theory*, ao reforçar o estigma de *outsider* daquele que praticou uma conduta desviada, ao invés de se preocupar em interromper a carreira criminal do indivíduo. Nesse contexto, as condutas desviantes parecem ser alimentadas pelas agências de controle designadas para inibi-las (**SCHECAIRA**, 2004).

Destarte, ao prever que a justiça negocial não alcançará aqueles que sejam criminosos habituais, reiterados ou profissionais, o projeto deixa à discricionariedade do *Parquet* a rotulação do agente como

delinquente.

Frisa-se que o referido inciso não trata de indivíduos que já estejam sendo processados ou que possuam condenação transitada em julgado; em alguns casos, bastará que haja um Termo Circunstanciado de Ocorrência para que o agente seja rotulado como criminoso habitual.

Evidente, portanto, que o Projeto de Lei Anticrime está eivado de inconstitucionalidade material, residente na possibilidade de celebração de um acordo em que se renuncie ao processo e a todas as garantias inerentes a ele, cuja presunção será sempre de culpa, em total dissonância à Constituição Federal de 1988.

Nesses termos, a involução da política criminal brasileira acarretará incalculáveis danos à já lesionada estrutura social do país, pois, assim como Joseph K., aqueles que estiverem à margem do sistema serão engolidos por ele.

Referências

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6 ed. rev. e atual. De acordo com a EC n. 83, de 5-8-2014, e os últimos julgados do STF. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Notas

- (1) Joseph K., personagem da obra *O Processo*, de Franz Kafka, é um respeitável

funcionário de um banco surpreendido por uma acusação que não lhe é formalmente apresentada e submetido ao autoritarismo da Justiça, sem que lhe sejam oferecidos meios de defesa, apesar de ser inocente.

- (2) “O contraditório e a ampla defesa são princípios cardiais da persecução penal, consectários lógicos do *due process of law*. O devido processo legal é processo pautado no contraditório e na ampla defesa, no intuito de garantir aos acusados em geral o direito não só de participar do feito, mas de fazê-lo de forma efetiva, com o poder de influenciar na formação da convicção do magistrado”. (STF - HC: 116985 PE, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 25/03/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 09-04-2014 PUBLIC 10-04-2014). Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(99459.NUME.%20OU%2099459.DMS.\)\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((99459.NUME.%20OU%2099459.DMS.))%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- (3) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=528302>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- (4) Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5288159>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Natália Pimenta Ribeiro

Discente da Faculdade de Direito da
Universidade de Rio Verde – UniRV.

Estagiária do Ministério Público do Estado de Goiás.
npimentaribeiro@gmail.com

Yashmin Crispim Baiocchi de Paula e Toledo

Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento
pela PUCGO. Professora de Direito Penal da Universidade de
Rio Verde – UniRV. Promotora de Justiça em Goiás.
yashminbaiocchi@hotmail.com

O uso do bem apreendido e a lógica empresarial na polícia

Andrey Henrique Andreolla

O denominado Projeto de Lei Anticrime, elaborado pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, foi organizado tendo como objetivo a instituição de medidas e alterações em determinadas leis visando o combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes praticados com grave violência à pessoa. Dentre as mudanças sugeridas, uma delas busca o aperfeiçoamento na permissão do uso do bem apreendido pelos órgãos de segurança pública, sugerindo o acréscimo do artigo 133-A no Código de Processo Penal.

Referido artigo possui o viés de, constatado o interesse público, permitir ao juiz autorizar o uso do bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública, a fim de auxiliar em suas atividades de prevenção e repressão a infrações penais. Em seus parágrafos, dá prioridade de posse aos órgãos que realizaram a constrição do bem, bem como permite a sua transferência definitiva, quando transitada a sentença penal condenatória, com a decretação de perdimento. À primeira vista, tal medida parece ensejar um fortalecimento aos órgãos de segurança pública, os quais teriam um acréscimo de armas, veículos e outros subsídios que, por vezes, poderiam ser de boa qualidade, para atuarem no combate ao crime; por outro lado, uma história parecida já ocorreu na América do Norte, e os resultados não foram aqueles que se esperavam previamente à implantação do projeto.

Como se sabe, os Estados Unidos da América, em especial a partir da década de 60, viveram um intenso período de combate às drogas

consideradas ilícitas,⁽¹⁾ tanto é que tais psicoativos foram declarados, pelo então presidente norte-americano Richard Nixon, os primeiros inimigos da América – o que o levou a manifestar a famosa declaração de guerra às drogas, em 1971.⁽²⁾ Desde então, pode-se dizer que naquele país criou-se um estado de guerra permanente, em face de cada um dos cidadãos do próprio país.⁽³⁾ Alimentava-se a ideia de um inimigo também permanente, e o modo pelo qual os norte-americanos passaram a governar, utilizando-se do medo e do crime,⁽⁴⁾ moldou toda a política criminal do país, bem como repercutiu seus efeitos nas instituições, no sistema carcerário e na segurança pública daquela nação.

Como consequência dessa guerra contra o crime e, em especial, contra as drogas, várias medidas foram colocadas em prática a fim de endurecer a repressão penal.⁽⁵⁾ Uma dessas medidas foi importante para o aumento na taxa de encarceramento: o governo Reagan concedeu aos órgãos estaduais e locais autoridade para se apropriar, para uso próprio e por meio de leis de confiscos, da grande maioria de valores e bens apreendidos na guerra às drogas, de modo que, repentinamente, os departamentos de polícia eram capazes de aumentar o tamanho de seus orçamentos substancialmente apenas tomando dinheiro, carros e casas de pessoas suspeitas de usar ou vender drogas; como a lei previa a possibilidade de apreender ativos de pessoas supostamente envolvidas com qualquer questão relacionada às drogas, sem que as próprias pessoas fossem processadas, culminava em uma espécie de lucro na aplicação da referida lei, pois, se tais ativos pudessem ser

apreendidos dessa maneira, os órgãos estaduais e federais, bem como os departamentos de polícia, sempre teriam um interesse pecuniário na lucratividade e longevidade da guerra às drogas.⁽⁶⁾

Um personagem dessa guerra, o ex-xerife de Los Angeles, Robert Juarez, inclusive, foi enfático ao afirmar que, antes de entrar em ação, ouvia de seus superiores que a garantia do emprego era a própria apreensão de dinheiro oriundo do tráfico realizado nas ruas; em suas palavras, “a ganância tomou conta. Tínhamos passado de policiais a ladrões, e estávamos vivendo como eles”.⁽⁷⁾ A sobrevivência dos órgãos de segurança pública dependia do que apreendiam nas ruas; logo, a apreensão se tornava atividade-meio pela qual a polícia deveria subsistir, funcionando em uma lógica de lucro que a transformava em uma empresa na busca por ganhos financeiros.

Nesse sentido, tendo em vista que a maior parte da população carcerária no Brasil é composta por pessoas relacionadas ao crime de tráfico de drogas,⁽⁸⁾ não é de se estranhar que, caso seja aprovada a medida proposta pelo então ministro Sérgio Moro, esses números aumentem ainda mais. Em um país onde a maior parte dos presos são pessoas não-brancas, jovens e com baixa escolaridade,⁽⁹⁾ há grandes chances de que o dinheiro e os bens apreendidos com referida parcela da população permaneçam nas mãos de quem efetuou a prisão, e de que virem fundamento para as ações dos órgãos apreensores. Seria uma espécie de teatro, no qual se acreditaria a possibilidade de construção de bens e valores estar atuando para fortalecer o combate ao crime, mas, na verdade, apenas atuaria como uma lógica empresarial dos órgãos de segurança pública, que passariam a necessitar de maior quantidade de apreensões para basear o sucesso de sua atividade. Quem pagaria a conta, como sempre, seriam “aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos”,⁽¹⁰⁾ e que continuariam a não dispor de outra alternativa senão servirem como atores em uma peça que é muito aplaudida pela população em geral, sem que, contudo, tenha um roteiro científico adequado a embasar suas ações.

Notas

- (1) Para uma melhor compreensão do tema, ver: VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed., 3. reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- (2) Como medidas anunciadas, estavam o investimento de centenas de milhões de dólares e pesquisas para produção de herbicidas, desenvolvimento de novos mecanismos de detecção de drogas, maior controle na alfândega, busca e responsabilização do traficante dentro e fora do país e tratamento compulsório a

todos os usuários, além de todo um aparato militar para tratar do problema. TIME MAGAZINE. *THE new public enemy* n° 1. Disponível em: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,905238-1,00.html>. Acesso em: 16 mai. 2018.

- (3) PAVLOSKI, Evanir. A instrumentalização da guerra em 1984 de George Orwell. *Muitas Vozes*, Ponta Grossa, v. 3, n. 2, p. 363-378/p. 377, 2014.
- (4) Importante, neste ponto, a visita à obra de Simon, *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. A chave para o entendimento do livro está no sentido de que, ao se governar tendo a guerra ao crime como referência, o modelo punitivo e vingativo torna-se uma espécie de técnica geral de governo, estendendo-se do Estado nacional à escola, invadindo o âmbito privado e as relações familiares, ameaçando a democracia, assim, em todas as suas instituições.
- (5) VER WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos* [A onda punitiva]. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- (6) ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 112-133.
- (7) FREEWAY: crack in the system. Direção: Marc Levin. Nicarágua/EUA: Al Jazeera America, 2015 (103 minutos).
- (8) 26% da população carcerária masculina e 62% da população carcerária feminina, conforme dados do INFOPEN de 2016. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN)*. Atualização – Junho de 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf.
- (9) As mulheres, em sua grande maioria, estão na faixa etária de 18 a 34 anos, são negras (68%) e com baixa escolaridade (50% possuem o fundamental incompleto, 10% o completaram e 14% não concluíram o ensino médio), cfe. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN MULHERES)*. Junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf/view>. Acesso em: 27 ago. 2018. Quanto aos homens, também em sua grande maioria estão na faixa etária dos 18 a 34 anos, são negros (64%), e com baixa escolaridade (51% não possuem o fundamental completo, enquanto que 14% o completaram e 15% não concluíram o ensino médio), cfe. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN)*. Atualização – Junho de 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 27 ago. 2018.
- (10) BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 57.

Andrey Henrique Andreolla

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus de Erechim. Professor da Faculdade IDEAU de Getúlio Vargas (RS). Advogado. andrey.henrique@live.com

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Aury Lopes Jr., Alvirgo Augusto de Sá, Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Salomão Shecaira.

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASISSTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhão Becthluft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami e Érica do Amaral Matos.

EDITORES/AS EXECUTIVOS/AS: Rafael Vieira, Taynara Lira e Williams Meneses.

CORPO DE PARECERISTAS DESTA VOLUME:

Ana Cristina Gomes (Universidade de Salamanca - Espanha), Anna Carolina Canestraro (Universidade de Coimbra - Portugal), Antonio Baptista Gonçalves (Universidade de La Matanza - Argentina), António de Holanda Cavalcante Segundo (UFCE - Ceará/CE), Bruno Tadeu Palmieri Buonicore (Universidade de Frankfurt - Alemanha), Chiavelli Facenda Falavino (UFSC - Florianópolis/SC), Christiany Pegorari Conte (PUC - Campinas/SP), Clara Moura Masiero (UNISINOS - São Leopoldo/RS), Daiana Santos Ryu (USP - São Paulo/SP), Daniel Nicory do Prado (Faculdade Baiana de Direito - Salvador/BA), Fernanda Carolina de Araújo Ifanger (PUC - Campinas/SP), Gabriela Guimarães Machado (UFMG - Belo Horizonte/MG), Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR - Curitiba/PR), Guilherme Siqueira Vieira (FATEC - Curitiba/PR), Gustavo Britta Scandelari (UNICURITIBA - Curitiba/PR), Iedaia Lima Mota (UFBA - Salvador/BA), Iverson Kech Ferreira (Uninter - Curitiba/PR), Leticia Galan Garducci (UERJ - Rio de Janeiro/RJ), Luís Carlos Valois (USP - São Paulo/SP), Marcio Guedes Berti (Universidade do Oeste do Paraná - Toledo/PR) e Vanessa Aparecida de Souza Fontana (ABEMPTAN - Curitiba/PR)

CORPO DE PARECERISTAS:

Alvirgo Augusto de Sá, Ana Cristina Gomes, Ana Paula Zomer, Anna Carolina Canestraro, Anna Carolina Faraco Lamy, Antonio Baptista Gonçalves, Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Brenno Gimenes Cesca, Bruna Laporte Cazabonnet, Bruno Tadeu Palmieri Buonicore, Chiavelli Facenda Falavino, Christiane Heloisa

Kalb, Christiano Falk Fragoso, Christiany Pegorari Conte, Clara Moura Masiero, Cloves Augusto Alves Cabral Ferreira, Cristiano de Barros Santos Silva, Griziany Machado Felix, Daiana Santos Ryu, Daniel Kessler de Oliveira, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory do Prado, Daniela Carvalho Almeida da Costa, Dayane Aparecida Fanti Tangerino, Décio Franco David, Eduardo Neves Lima Filho, Emilia Merlini Giuliani, Felipe do Amaral Matos, Fernanda Carolina de Araújo Ifanger, Fernando Barboza Dias, Flavio Antonio da Cruz, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Guimarães Machado, Gerson Faustino Rosa, Guilherme Brenner Lucchesi, Guilherme Gouveia de Figueiredo, Guilherme Siqueira Vieira, Gustavo Britta Scandelari, Gustavo Noronha de Avila, Gustavo Tozzi Coelho, Iedaia Lima Mota, Isabela Albuquerque Mustafa, Iverson Kech Ferreira, Jacqueline do Prado Valles, Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa, Jônica Marques Coura Aragão, Juliana da Silva Regassi, Júlio César Faria Zini, Keity Saboya, Leonardo Costa de Paula, Leticia Galan Garducci, Luana Adriano Araújo, Lucas Minorelli, Lucas Silva Machado, Luís Carlos Valois, Luiz Fernando Kazmierczak, Marcio Guedes Berti, Márcio Soares Berclaz, Marco Aurélio Moura dos Santos, Maria Eduarda Azambuja Amaral, Mariana Chies Santiago Santos, Octavio Augusto da Silva Orzari, Pablo Rodrigo Afflen, Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues, Pedro Augusto Simões da Conceição, Plínio Leite Nunes, Rafael Fecury Nogueira, Renan Barboza de Faria, Renata Macedo, Ruiz Ritter, Sérgio Salomão Shecaira, Thadeu Augimeri de Goes Lima, Thais Del Monte Buzato, Thiago Allison Cardoso de Jesus, Thiago Baldani Gomes De Filippo, Thiago Miranda Minage, Tomás Grings Machado, Túlio Felipe Xavier Januário, Vanessa Aparecida de Souza Fontana, Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vitor Gonçalves Machado e Yuri Felix.

CORPO DE PESQUISA JURISPRUDENCIAL:

Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, André Malczewski, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Saldanha Martins, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Daniel Del. Clid, Décio Franco David, Eliza Bastos Silveira, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Azenha, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolín, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues

Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greycy Tisaka, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Jonas Augusto de Freitas, Juliana Bertholdi, Juliana Sette Sabbato, Karen Regina Amorim Carmo, Kaique Rodrigues de Almeida, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Maria Fernanda Fernandes Sikorski, Mariana Beda, Mariana Helena Kapor Drummond, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Amorim Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadão, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Sâmia Zattar, Stela Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thais Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal e Vivian Peres da Silva.

COORDENADOR DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Roberto Portugal de Biaz.

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797 planmark@editoraplanmark.com.br

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME - Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: midiafazmat@gmail.com.

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 4.500 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

FIQUE DE OLHO

CRIMINOLOGIA: Debates contemporâneos

De 4 de abril a 9 de maio de 2019
Às quintas-feiras, das 19h às 22h

2ª EDIÇÃO

IBCCRIM

INSCRIÇÕES ABERTAS

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Crimes em espécie

De 16 de abril a 18 de junho de 2019
Às terças-feiras, das 19h às 22h

AULAS PRESENCIAIS E À DISTÂNCIA

Local: Auditório do IBCCRIM
Rua Onze de Agosto, 52
2º andar – São Paulo (SP)

INSCRIÇÕES EM
WWW.IBCCRIM.ORG.BR