

EDITORIAL

O embrulho de Moro

No dia 4 de fevereiro de 2019, o Governo Federal, por intermédio de seu ministro da Justiça, Sergio Moro, deu publicidade a um anteprojeto de lei de sua autoria que altera catorze normas em vigor no país, dentre elas o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Crimes Hediondos, A Lei de Execuções Penais e o Código Eleitoral, e cujos objetivos, segundo Moro, seriam atacar três questões centrais que, a seu juízo, estariam interligadas: a corrupção, o crime organizado e os crimes violentos. O projeto, não obstante o estardalhaço da mídia, é uma retomada não declarada de um projeto intitulado *10 medidas contra a corrupção*, apresentado ao Congresso Nacional pelo Ministério Público Federal em 2015. Tais medidas foram alvos de duras críticas de várias entidades e de muitos juristas, sendo qualificadas por um ministro do STF como um "delírio". O fato é que, não obstante o apoio da grande imprensa e da população por ela manietada, a tramitação do pacote dos Procuradores da República não obteve os resultados esperados no Congresso Nacional. Agora, com laço de fita diferente, com nova embalagem sem a opacidade da cor neutra das entidades que subscreveram aquele projeto, o novo pacote — em tom laranja — parece ser uma nova tentativa de apresentar a todos um pouco daquilo que já não se conseguiu aprovar no passado recente, na legislatura anterior. Enfim, o pacote virou um embrulho.

É importante destacar o contexto da apresentação do embrulho de Moro. Diferentemente das *10 medidas contra a corrupção*, apresentadas no seio de um Brasil conflagrado pela radicalização política, que assistiu ao seu segundo processo de *impeachment* e que associou os problemas do governo e da economia aos casos de corrupção que vieram à baila naquele momento, o anteprojeto de lei do ministro Moro surge com outra configuração econômica e social. O curto governo de Michel Temer, sucessor de Dilma após seu impedimento, empenhou-se em mostrar ao mercado um projeto de corte liberal, que se responsabilizou pela reforma previdenciária e por apresentar uma reforma trabalhista que ficou represada no Congresso. A ascensão de Bolsonaro tentou aprofundar aquela agenda econômica que fora

preparada e iniciada por Michel Temer. Bolsonaro, com perfil extremamente conservador no plano dos costumes e na esfera de direitos humanos, alça ao poder um ministro de perfil ultraliberal, formado sob a concepção dos economistas de Chicago, dando-lhe amplos poderes para a gestão da economia. Com carta branca para tudo na esfera da agenda neoliberal, Paulo Guedes passa a ser conhecido como "Posto Ipiranga", por ser uma espécie de repositório completo de tudo aquilo que se pretende modificar na economia. As primeiras medidas apresentadas são no sentido de desfazer o pouco do estado de bem-estar social que já se teve. Propôs-se uma operação lava-jato na educação, seja lá o que isso possa significar. Já foi criada uma CPI da USP no plano do Estado de São Paulo, como proposto alhures, a fim de acabar com a "ideologização da universidade".⁽¹⁾ Ao invés de se combater a sonegação previdenciária das empresas, maiores devedoras do tesouro, fez-se uma busca de inconsistências nos pagamentos do Bolsa Família. Os sindicatos são atingidos, com o fim do desconto automático do imposto sindical, não importando o desemprego que subiu no primeiro trimestre do governo e os treze milhões de desempregados.⁽²⁾ Agora, quem quiser contribuir com uma diretoria de sindicato, terá que emitir um boleto e pagar no banco. O objetivo é minar a resistência sindical aos projetos neoliberais. Por fim, e o mais importante, apresenta-se uma radical reforma previdenciária, que atinge violentamente os mais pobres, mas preserva ganhos dos militares (é na previdência dos militares que está o maior rombo do Sistema). Com esse contexto de início de governo, tem-se uma clara agenda em que o estado de bem-estar social será substituído por um estado policial. E o autodesignado "pacote anticrime" de Moro é a face compensatória do não designado fim do estado previdência.

A primeira coisa que qualquer anteprojeto há de trazer é uma exposição de motivos das mudanças. A *exposição de motivos* é um gênero textual no qual são apresentadas as justificativas para criação, alteração, modificação ou extinção de uma determinada norma, de modo a indicar as ideias do legislador para a modificação de uma legislação vigente. A comunidade científica, pela exposição de motivos, toma ciência da proposta

| Caderno de Doutrina

Proteção à vida: a (in)convencionalidade das alterações envolvendo a legítima defesa no pacote anticrime
André de Carvalho Ramos 3

Pacote Anticrime: silêncios e continuidades
Fauzi Hassan Choukr 5

Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime
Miguel Reale Júnior e Alexandre Wunderlich 6

O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal
Juliana Ferreira da Silva 8

Breves indagações sobre a nova redação do artigo 23, do Código Penal brasileiro, proposta pelo denominado "Projeto de Lei Anticrime"
Regina Helena Fonseca Fortes Furtado 11

Legítima defesa e intervenção policial: qual o destino do uso da força estatal?
Érica Babini Lapa do Amaral Machado e Cristhóvão Fonseca Gonçalves 13

Legítima defesa e o tratamento jurídico do excesso: legislando ao absurdo
Cláudio Ribeiro Lopes e Alexis Andreus Gama 16

A legítima defesa no "projeto anticrime": considerações críticas preliminares
Luan de Azevedo Monteiro, Sabrina Ribeiro Chaves e Hamilton Gonçalves Ferraz 18

Da investigação ao encarceramento: as propostas de incremento do uso da tecnologia no Projeto de Lei Anticrime
Dennys Marcelo Antonialli, Nathalie Fragoço e Heloisa Maria Machado Massaro 21

O excesso de legítima defesa no projeto de lei de reforma do Código Penal: o que está escrito e o que não está escrito
Sebastian Mello e Rafaela Alban 24

Análise da proposta de "acordo penal" (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial
Vinicius Gomes de Vasconcellos 27

A economia política do pacote "anticrime"
João Guilherme Leal Roorda, Lucas Vianna Matos e Ana Luisa Leão de Aquino Barreto 30

A americanização do Direito Penal pode ser bem-vinda?
Thiago Baldani Gomes De Filippo e Ulisses Augusto Pascolati Junior 33

justificadora da modificação legal e passa a discutir seu conteúdo. De regra, a maturação passa pelos debates acadêmicos, conta com a contribuição das universidades onde estão os principais juristas, e envolve as instituições que aplicarão a lei, como associações de juizes, promotores, defensores públicos etc. Caixa de ressonância de toda modificação jurídica, a veneranda Ordem dos Advogados do Brasil, talvez a principal instituição da sociedade civil brasileira, trará sua opinião muitas vezes ouvida nesse tipo de debate. Após a comunidade científica, a própria sociedade, já tendo à disposição o instrumental científico haurido daquele debate, apresentará suas contribuições e críticas, levando ao Congresso Nacional todo o caldo de cultura filtrado desse debate, para que os representantes do povo possam aperfeiçoar e modificar aquelas propostas normativas. No entanto, não foi isso que aconteceu neste caso. Sergio Moro, ao apresentar uma exposição de motivos absolutamente genérica, que não demonstra de forma embasada as razões da proposta, rompe com a obrigação de apresentar a primeira justificativa de determinada norma à sociedade e ao Legislativo. Ao depois, nega-se a debater publicamente o tema da reforma penal, dizendo que cabe ao Congresso fazê-lo e que “há pressa, já que a proposta consta das prioridades para os 100 dias de governo Bolsonaro”.⁽³⁾ Ou seja, uma reforma que precisa de debate técnico e de uma necessária maturação deve ser aprovada o mais rápido possível, sem debates com a comunidade científica e com os operadores do direito! Só isso seria suficiente para despertar suspeitas nesse trâmite atravessado por dúvidas e pautado por esclarecimentos a serem prestados e que foram ocultados da Nação. O pacote deixa de sê-lo e parece aquele embrulho que o destinatário só deve abrir quando tiver que usar o “presente” dado.

O embrulho de Moro propõe inúmeras mudanças legislativas, em leis diversas, mas a tônica central, a par de questionáveis medidas anticorrupção, é ampliar o controle sobre as classes subalternas pela ampliação da punição. Muitos artigos já foram apresentados no Boletim de abril; e outras tantas contribuições doutrinárias estão no corpo deste número. Mas uma coisa é certa: todas as medidas convergem para ampliação do encarceramento em massa. A concessão de livramentos condicionais e progressão de regimes são dificultados; instituem-se medidas negociais que ignoram os déficits das defensorias públicas que não alcançam todo o território nacional com eficiência; visando a encurtar o tempo e custos dos processos penais, o *plea bargain*⁽⁴⁾ prevê a confissão do suposto crime e dispensa da produção de provas, sem controle judicial e fora do crivo do contraditório, em um acordo direto com o órgão acusador, o Ministério Público. Do juízo, sai o réu condenado e com pena a cumprir sem devido processo legal; advogados terão seus serviços dificultados, pois a suspeição que paira sobre réus estende-se aos causídicos que os representam; a presunção de inocência é relativizada; as mudanças nos artigos que regulamentam a legítima defesa, ademais de terem uma

técnica sofrível, são uma evidente autorização para matar pelas polícias dos estados. Enfim, depois de todo esse quadro, sabe-se que as medidas propostas certamente agravarão em muito o encarceramento brasileiro.

Entre 1990 e 2014, tivemos um incremento de 575% no número de presos no Brasil. A evidente consequência disso é o crescimento do déficit de vagas no sistema prisional. Com relação à superlotação, a taxa no Brasil é de 197% — 726.712 presos ocupavam no ano passado 368.049 vagas — praticamente dois presos para cada vaga. A quem interessa um aumento ainda maior da população carcerária? Diferente do que o imaginário odioso popular possa pensar, o encarceramento em massa é medida inócua quando o assunto é garantir a segurança pública e a paz social, pois os maiores interessados na superlotação são exatamente as facções criminosas que comandam as penitenciárias Brasil afora. É ali o maior reduto de recrutamento de novos agentes para novos crimes. Como já se disse, o acréscimo de sanções punitivas só poderia encontrar justificção quando se mostra necessário e possa permitir o controle estatal do sistema penitenciário. Se existe o princípio constitucional da eficiência (art. 74, II, da Constituição Federal), a gestão orçamentária, financeira e patrimonial está a demandar uma avaliação do alcance das medidas de natureza penal. Para garantia dos Direitos Humanos e em face do déficit de vagas, quaisquer novos crimes e novas penas ou dificuldade das concessões de direitos à liberdade estarão condicionados à eficaz gestão do Poder Executivo que necessita imperiosamente zerar o déficit de vagas.⁽⁵⁾

Inconsistências, inconstitucionalidades, impropriedades, inadequações e desconhecimento absoluto da realidade brasileira. Esse é o quadro, em poucas palavras, do embrulho anticrime de Sergio Moro. Parece que o delírio, como se disse alhures, foi repetido aqui. Só não se sabe se a comunidade jurídica, o Congresso e a sociedade civil terão forças para enterrar esse amontoado de sandices. Este Boletim especial, assim como o número anterior, estão a comprovar isso. Que **Lucas 23:34** seja suficiente para descrever nossa insatisfação.

Notas

- (1) Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,deputados-criam-cpi-para-intervir-nas-universidades,70002799048>. Acesso em: 22 abr. 2019.
- (2) Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/03/29/desemprego-trimestre-fevereiro-ibge.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.
- (3) Disponível em: <https://painel.blogfolha.uol.com.br/2019/02/13/moro-recusa-pedido-para-fazer-debate-publico-sobre-pacote-anticrime/>; <https://blogdadadania.com.br/2019/02/moro-nao-quer-fazer-debate-publico-sobre-o-pacote-anticrime/>. Acesso em: 27 mar. 2019.
- (4) Sobre a correta denominação do instituto processual, vejam-se os comentários sempre precisos de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim do IBCCRIM*, n. 317, abr. 2019.
- (5) SHECAIRA, Sérgio Salomão; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael de Souza. Lei de Responsabilidade Política. *Boletim do IBCCRIM*, n. 289, dez. 2016.



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 Secretária: 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 Avila Maronna
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Geraldo Prado
Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

Proteção à vida: a (in)convencionalidade das alterações envolvendo a legítima defesa no pacote anticrime

André de Carvalho Ramos

O projeto de lei 882/19 do chamado “pacote anticrime” do Ministério da Justiça e Segurança Pública traz inovações referentes a excludentes de ilicitude com grande impacto na proteção ao direito à vida. Em primeiro lugar, introduziu-se o novo § 2º do art. 23, facultando ao juiz reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso culposo ou doloso na conduta do agente (agindo sob o abrigo de excludente de ilicitude - estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito) decorrer de “*escusável medo, surpresa ou violenta emoção*”. Assim, a depender da avaliação de tais circunstâncias, o acusado pode até ficar isento de pena. Por outro lado, o projeto introduz novo parágrafo único no art. 25 do Código Penal (sobre a legítima defesa), que considera em legítima defesa (i) o agente 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 de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Tais inovações afetam em especial a proteção jurídica do direito à vida, que possui traços distintivos da dos demais direitos. Em primeiro lugar, é pressuposto dos demais direitos; em segundo lugar, a violação do direito à vida é irreversível e irreparável. Em virtude de tal importância, há intensa vigilância realizada pelos órgãos internacionais de direitos humanos sobre a atuação do Estado, o que impõe o estudo da convencionalidade dessas alterações propostas diante da interpretação internacionalista dos direitos humanos (controle de convencionalidade de matriz internacional).⁽¹⁾

A análise da convencionalidade dessas inovações abrange dois ângulos: o primeiro diz respeito ao dever internacional de proteção ao direito à vida; o segundo refere-se ao combate internacional à impunidade dos violadores de direitos humanos, em especial os indivíduos que violam o direito à vida.

No tocante ao primeiro ângulo, destaco, inicialmente, que os tratados definem uma obrigação de respeito aos direitos humanos, impondo aos estados e seus agentes que não violem os direitos protegidos. Como já declarou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o exercício da função pública tem limites que derivam dos direitos humanos, atributos inerentes à dignidade humana e, em consequência, superiores ao poder do Estado. Ainda segundo a Corte, trata-se de dever de caráter eminentemente negativo, um dever de abster-se de condutas que importem em violações de direitos humanos.⁽²⁾ Assim, determinado Estado viola tal dever quando seus agentes usam de modo arbitrário ou excessivo a força, privando indivíduos do direito à vida. Mesmo em situações de grave comprometimento da ordem pública, cabe ao Estado possuir forças policiais treinadas e que não abusem de seu poder.

Os excessos dos agentes públicos no uso da força merecem intensa reprovação dos tribunais internacionais de direitos

humanos, como se vê na farta jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No sistema interamericano, cite-se o Caso da Penitenciária de El Frontón, no qual a Marinha peruana literalmente demoliu o presídio em questão para debelar uma rebelião dos presos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Peru pelo uso excessivo da força na repressão à rebelião, repudiando o exercício do poder estatal sem nenhum limite, ou que o Estado possa valer-se de quaisquer meios para alcançar seus fins, depreciando a vida e a dignidade humana. Mesmo a alta periculosidade dos detentos não justifica de modo algum o uso desproporcional da força, como aconteceu ao se demolir o presídio, usando explosivos e matando dezenas de presos amotinados.⁽³⁾

Mesmo no que tange à repressão ao crime organizado e até mesmo ao terrorismo, não pode o Estado adotar uma política de “vale tudo” ou de aceitar que os “fins justificam os meios”. No caso McCann e outros contra o Reino Unido, a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) analisou a morte de três membros do grupo irlandês IRA (*Irish Republican Army*) ocasionadas por forças especiais britânicas em Gibraltar. No caso, a Corte considerou que o Reino Unido violou o direito à vida das vítimas em virtude da deficiente e negligente organização, planejamento e controle da operação policial. A Corte condenou o Reino Unido, afirmando que a proteção à vida abrange não só os atos arbitrários intencionais de privação da vida, mas também os atos ou omissões culposas, não intencionais, fundadas na negligência, imprudência ou imperícia.⁽⁴⁾ Outro precedente importante do plano internacional sobre o dever dos agentes públicos de não violar a vida de modo arbitrário é o Caso Ergi v. Turquia,⁽⁵⁾ no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou o Estado turco pela morte de civil curdo em operação militar do Exército contra o Partido dos Trabalhadores do Curdistão, que luta pela independência desta região. Para a Corte, o Estado não respeitou seu dever de não pôr em risco a população civil, que ficou no fogo cruzado entre os combatentes.

As inovações trazidas pelo pacote anticrime merecem reflexão à luz do dever do Estado de proteger a vida, não privando dela ninguém de modo arbitrário ou com uso excessivo da força, bem como não desmantelando institutos que servem para impedir violações. A alteração do art. 23 do Código Penal fragiliza esse dever ao permitir que o acusado fique até mesmo isento de pena caso o excesso punível (culposo ou doloso) no agir sob excludentes de ilicitude tenha ocorrido em face de “*escusável medo, surpresa ou violenta emoção*.” Essas minorantes genéricas não se aplicariam, em geral, aos agentes públicos, em face do dever do Estado em treinar seus servidores para justamente agir controladamente (sem excessos) no uso da força letal.

Mesmo se a inovação for destinada somente para regular a conduta de particulares, chama a atenção seu impacto na diminuição da proteção à vida, por meio de normas abertas como

as mencionadas. A alternativa hoje existente – de avaliação nas circunstâncias do caso de eventual excesso culposos ou doloso – serve de alerta (com efeito dissuasório) para aqueles que utilizam a força letal de modo desproporcional ou excessivo e acabam violando, sem necessidade, o direito à vida de outrem. Com essas minorantes, há o risco do incentivo a tais posturas e diminuição do efeito preventivo gerado pela existência da punição do excesso nas excludentes de ilicitude. Há inegável retrocesso na proteção de direitos, o que é proibido pelo regime jurídico dos direitos humanos no plano internacional.⁽⁶⁾

No tocante ao novo parágrafo único no art. 25 do Código Penal (sobre a legítima defesa), há a introdução de um conceito oriundo do direito internacional humanitário, que vem a ser “conflito armado”; e seu objetivo é assegurar o uso da excludente de ilicitude para o “agente de segurança pública”. O texto do novo dispositivo assegura a invocação da legítima defesa pelo agente de segurança pública em caso de repressão ou prevenção a agressão a direito (do agente ou de outrem). Nesse ponto, o uso de termo “conflito armado” é inapropriado, pois remete às convenções de Direito internacional humanitário. Mesmo considerando que se trataria de “conflito armado não internacional”, o Direito internacional humanitário exige organização armada em confronto prolongado com o Estado, o que não se assemelha à atuação do crime – mesmo organizado – no Brasil.⁽⁷⁾

A adoção também do conceito de “prevenção” à agressão fragiliza a proteção estatal ao direito à vida, pois atualmente a legítima defesa exige que a agressão seja atual ou iminente. No mesmo sentido, está a hipótese de prevenção de agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. O foco no “agente de segurança pública” é supérfluo, pois a cláusula de legítima defesa pode ser invocada por particulares. No que tange à vítima mantida refém, a alteração também é inócua, pois já há uma ameaça a direito em curso. Cabe lembrar que o próprio art. 25 exige que sejam observados os requisitos previstos em seu *caput*.

Em um segundo ângulo de análise da convencionalidade das alterações propostas, cabe avaliar se há o aumento da impunidade daqueles que violam o direito à vida, o que seria especialmente grave no cenário de mortes violentas no confronto com a polícia no Brasil. Além da obrigação de respeito, as normas internacionais de direitos humanos estabelecem uma obrigação de garantia, que consiste na organização, pelo Estado, de estruturas e procedimentos capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, do direito à vida, mostrando a faceta (ou dimensão) objetiva deste mesmo direito. Para a Corte IDH tal obrigação manifesta-se de forma preponderantemente positiva, tendo por conteúdo o dever dos Estados de organizarem o “aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos”.⁽⁸⁾ Logo, há o dever dos Estados em criar estruturas que previnam a ocorrência de violações arbitrárias ou ilegítimas ao direito à vida, ou seja, os Estados comprometeram-se a estabelecer um amplo arcabouço institucional no qual o direito à vida possa ser exercido com dignidade.⁽⁹⁾ Com isso, é parte da proteção internacional do direito à vida a fixação da obrigação do Estado em zelar pela sua observância. Nesse âmbito de proteção, insere-se o combate aos esquadrões da morte e as execuções extrajudiciais por parte de agentes públicos ou privados, a proteção da vida de grupos vulneráveis, como se vê na discussão da violência de gênero, contra crianças ou por discriminação odiosa.

Essa obrigação encontra forte desenvolvimento na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), como se vê nos Casos *Vélásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz*, entre outros.

Desde cedo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao buscar promover os direitos de todos os indivíduos, fez menção à necessidade de prevenir as violações de direitos humanos e, no caso de ocorrência destas, de reparar os danos causados às vítimas. Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos, peça-chave no Direito Internacional, estabeleceu, em seu artigo VIII, que toda pessoa vítima de violação a sua esfera juridicamente protegida tem direito a um recurso *efetivo* perante os tribunais nacionais, para a obtenção de reparação. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU estabelece o mesmo direito, em seu art. 2º, § 3º, o que também ocorre na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (art. 6º). Na Convenção internacional contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, todo Estado deve assegurar às vítimas reparação de todo dano sofrido (art. 14, § 1º). A Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993) implantou, em definitivo, o dever dos Estados de punir criminalmente os autores de graves violações de direitos humanos para que seja consolidado o Estado de Direito, tendo sido estabelecido que os “*Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito.*”

Por sua vez, espera-se que efetivamente o Estado cumpra seu dever internacional e não apenas emita uma declaração vazia de que “iniciará as investigações”. Deve-se evitar, então, que o ônus da prova do envolvimento de agentes públicos seja da vítima, pois o Estado tem que possuir agentes independentes capazes de auxiliar a busca da verdade. Pelo contrário, deve ser estabelecido, sob pena da responsabilização internacional do Estado, um sistema interno eficiente de investigação, punição e indenização às vítimas.

Em face da impossibilidade de se prevenir, com êxito, agressão injusta ao direito à vida, cabe ao Estado criar mecanismos de investigação, persecução e punição aos violadores. Essa obrigação de investigar, processar e punir os perpetradores de violações do direito à vida tem sido reiteradamente fixada pelos tribunais internacionais de direitos humanos, sendo essencial para prevenir novas violações, pois serve como fator de desestímulo ao evitar a impunidade.

Assim, a facilitação do uso de excludentes de ilicitude em casos de violação do direito à vida colide, nos dois ângulos acima estudados, com a proteção internacional do direito à vida.

Os precedentes internacionais vistos acima permitem a fixação de parâmetros que podem ser utilizados na análise da convencionalidade de qualquer reforma pretendida do Código Penal no que tange às excludentes de ilicitude e, em especial, à legítima defesa. O direito à vida é peça fundamental no arcabouço normativo de um Estado; disso decorre a necessidade de uma interpretação que lhe dê a (i) máxima efetividade e ainda (ii) restrinja as possibilidades de sua legítima vulneração, o que não ocorre na presente reforma. Além disso, o recurso à força e o sacrifício da vida humana tem que ser (iii) absolutamente necessário e (iv) ser estritamente proporcional ao bem jurídico que se procura tutelar (por exemplo, a vida de outros). A privação da vida feita por agentes públicos deve ser precedida por (v) análise

rigorosa, tomando em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, em especial a (vi) existência de outras alternativas menos gravosas.

Notas

- (1) Sobre o controle de convencionalidade de matriz internacional, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 6. ed., São Paulo: Saraiva. p. 532 e seguintes.
- (2) Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Velasquez Rodriguez*, sentença de 29 de julho de 1988, Série C n.º 4, parágrafo 165.
- (3) Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Neira Alegria - Mérito*, Sentença de 19 de janeiro de 1995, Serie C n.º 20.
- (4) Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso *McCann and Others v. Reino Unido*, julgamento em 5 de setembro de 1995.
- (5) Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso *Ergi v. Turquia*, julgamento em 28 de julho de 1998.
- (6) Sobre a proibição do retrocesso, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 290 e seguintes.

- (7) Ver a decisão do Tribunal Internacional Penal para a ex-Iugoslávia no Caso *Tadić*. Tribunal Internacional Penal para a ex-Iugoslávia, *Caso Dusko Tadić*, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-AR72, julgamento de 02 de outubro de 1995, em especial parágrafo 70.
- (8) Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, sentença de 29 de julho de 1988, Série C n. 4, parágrafo 166. A respeito do caso, ver in CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos humanos em juízo – comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- (9) Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez -Mérito*, sentença de 29 de julho de 1988, Série C n. 4, parágrafos 149-150, 153, 155-158.

André de Carvalho Ramos

Professor de Direito Internacional e
Direitos Humanos da USP.

Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional pela USP.

Procurador Regional da República.

carvalhoramos@usp.br

Pacote Anticrime: silêncios e continuísmos

Fauzi Hassan Choukr

Inserido em um contexto sociopolítico claramente identificado com a expansão do sistema penal⁽¹⁾ como forma primária de controle social,⁽²⁾ o denominado “pacote anticrime” composto pelos PLs 881/2019,⁽³⁾ 882/2019⁽⁴⁾ e PLC 38/2019⁽⁵⁾ aposta, de forma ampla, na combinação do alargamento de tipicidade de condutas com o enxugamento do devido processo legal com objetivos decisionistas, binômio inevitável quando se mantém o discurso fácil do sistema penal simbólico.⁽⁶⁾

Naquilo que toca ao tema processual penal, a grande aposta oficial é a do incremento de mecanismos negociais, mecânica sujeita a críticas sérias e profundas mesmo nos ambientes sociojurídicos onde foi – e ainda o é, por certo – a grande forma de resolução de “casos penais”.⁽⁷⁾

Mas, aqui, quando se opera a importação de um rótulo jurídico, enfatiza-se a alegada eficiência desse modelo, descurando-se de aspectos relevantes do cenário comparado (a “negociação”)⁽⁸⁾ como, por exemplo, a forma de investidura de agentes públicos encarregados da persecução⁽⁹⁾ e toda uma larga discussão jurídica que existe para dar limites a *como negociar e sobre o que negociar*.⁽¹⁰⁾

Ademais, apregoa-se o emprego do modelo negocial penal como se a qualidade da apuração da infração penal – a dizer, a investigação criminal – gozasse, aqui, dos mesmos índices que no cenário comparado, fazendo tábula rasa do absoluto fracasso operacional da fase investigativa no Brasil, responsável que é – ao lado de outros fatores – pelo que denominei, em outros trabalhos, de denegação substancial da justiça penal.⁽¹¹⁾

O resultado concreto que a experiência brasileira tem com a negociação penal desde o marco da sua lei pioneira (Lei 9099/95) é a do amorfismo negocial e a manutenção do afastamento das vítimas da jurisdição penal; estas que seriam, no discurso triunfante da edição da lei reguladora da negociação penal, potenciais protagonistas.

O rebaixamento dos padrões mínimos do devido processo legal, dentro deste, entre outros aspectos, o descuro com a

produção probatória, gerou um estado de não cognição oficial, justificado com a busca de uma mera decisão da qual, por sinal, sequer se consegue identificar com precisão sua “natureza” nos embates de técnica jurídica.

E, se para as infrações de menor potencial ofensivo o fracasso do modelo negocial se mostrou rapidamente evidente pelas suas promessas não cumpridas – dentre elas, a celeridade é um fantasma à parte nessa estrutura –, quando a expansão negocial chegou à macrocriminalidade, à “criminalidade que importa”, aquela que vitimiza toda a sociedade pelos seus efeitos perversos, as deficiências estruturais da negociação, negligenciadas até então porquanto reduzidas ao universo da desimportância ofensiva, foram aos holofotes. Déficits de legalidade sobre *o que negociar, como negociar* e os papéis processuais nessa negociação passaram a ser alvo de críticas recorrentes em vários cenários jurídicos.

Por todas essas afirmações conclui-se que o modelo proposto no “pacote” reforça uma realidade ineficiente às custas da debilitação crescente do devido processo legal; e, para além do quanto já exposto aqui, se acresce que se trata de um modelo legal de reforço da norma e não voltado para a solução do conflito social que, em determinado momento, alcança, pelas vias do expansionismo penal, a condição de uma conduta penalmente relevante.

Em suma, os mecanismos negociais, quando incorporados no Direito brasileiro, acentuaram a característica inquisitiva de um modelo cultural de processo que, mesmo após a (re) constitucionalização e convencionalização, não conseguiu assimilar os passos primários de um modelo acusatório, assim como se deu em inúmeros outros países de tradição inquisitiva que buscaram introduzir mecanismos negociais e acabaram por reforçar a própria tradição inquisitiva.⁽¹²⁾

E aqui perde-se uma vez mais a chance de alterar-se de forma substancial o paradigma de um processo penal de reafirmação do sistema penal para um modo de ser do processo que se preocupe em alcançar a conflituosidade social e ser *um* – e não “o” –

protagonista das soluções substanciais.

Se houvesse algo a ser encampado como mecanismo de resolução de conflitos alternativo ao processo ou mesmo, em determinado momento no processo, seria a justiça restaurativa, presente que é em graves conflitos sociais e na reconstrução democrática em inúmeros países, mas de tímida aplicação no Direito interno, mesmo para a criminalidade de menor ofensividade.

Aquilo que defendemos como alternativa aos mecanismos negociais expansivos do sistema penal defendidos no pacote anticrime é a substancial aplicação de mecanismos restaurativos com a superação, mediante o diálogo amplo dos inúmeros segmentos de conhecimento que se projetam para e sobre o tema, bem como com a participação efetiva de atores sociais, dos tópicos considerados como corriqueiramente objetáveis a essa forma de resolução de conflitos sociais.

Esse caminho parece-me muito mais consentâneo com a humanização de um sistema penal que não se quer diminuir por obra das forças sociais que exigem sua expansão, de modo a aliviar a pesada carga de estigmatização que se lança sobre a vida de todos os envolvidos no drama penal.

A alternativa a um modelo humano de resolução de conflitos sociais penais é o “mais do mesmo”. Com todas as inconseqüências que lhe são próprias.

Notas

- (1) Sobre o relacionamento do exercício do poder e emprego do sistema penal ver, entre outros, ACOSTA, Leonardo Machado; GASPARGO, Carlos Henrique. A influência do direito penal simbólico no surgimento dos sistemas penais paralelos e subterrâneos. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 13, n. 1, p. 119-147, 2018.
- (2) A ver, entre outros, WERMUTH, Miquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. *Revista da Faculdade de Direito-UFU*, v. 39, n. 1, 2011.
- (3) Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para criminalizar o uso de caixa dois em eleições.
- (4) Altera inúmeros dispositivos do CP, CPP e LEP para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa
- (5) Altera o Código de Processo Penal e o Código Eleitoral, para estabelecer regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral.
- (6) Dentre outros, o texto de JUNIOR, Nascimento; DO NASCIMENTO, Aguinaldo Ferreira. Direito penal simbólico: a ineficiência do sistema penal contemporâneo. *Jures*, v. 8, n. 17, 2019.

- (7) Dentre as inúmeras fontes sobre esse tema ver BIBAS, Stephanos. Regulating the plea-bargaining market: From caveat emptor to consumer protection. *Calif. L. Rev.*, v. 99, p. 1117, 2011, quem aponta índice de 95% de “resolução” de casos a partir de mecanismos negociais.
- (8) A ver essa discussão em um cenário mais amplo, o texto de GRANDE, Elisabetta. Transplants, translations, and adversarial-model reforms in European criminal process. *The Oxford Handbook of Criminal Process*, p. 67, 2019.
- (9) Preocupação frequente na common law estadunidense, onde se discute o papel daquilo que aqui seria compreendido como Ministério Público, instituição que, num ambiente negocial e de investidura política (cúpula da Instituição) age de acordo com interesses que são historicamente distintos daqueles identificáveis no cenário pátrio. Um deles, por exemplo, a assunção de um papel protagonista em políticas de segurança pública. Para uma visão histórica do assunto nos EUA ver ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *U. Chi. L. Rev.*, v. 36, p. 50, 1968.
- (10) A ver, entre outros, o estudo de Ma, Y. (2002). Prosecutorial discretion and plea bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective. *International Criminal Justice Review*, 12(1), 22-52. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/105756770201200102>. Também KRUG, Peter. Prosecutorial discretion and its limits. *Am. J. Comp. L. Supp.*, v. 50, p. 643, 2002.
- (11) E que vem sendo progressivamente debatida em segmentos acadêmicos alheios ao Direito. A ver o seguinte apontamento: “Relatório produzido pela Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (Enasp), em 2011, estima que o índice de esclarecimento dos homicídios no Brasil varie entre 5% e 8% (FBSP, 2014)2. E, em acréscimo ao baixo esclarecimento destes delitos, destaca-se um cenário de baixíssima efetividade do sistema de justiça criminal, no qual, segundo pesquisa recente sobre os tempos médios dos processos criminais envolvendo homicídios dolosos (Ribeiro et alii, 2014), em uma cidade como Belo Horizonte, os poucos casos esclarecidos levam, em média, 3.403 dias (cerca de nove anos) entre o seu cometimento e o seu julgamento pelo tribunal do júri. Sob todos os parâmetros, o crime contra a vida tem gerado enorme disjunções no funcionamento do sistema de justiça criminal e de segurança pública e, por vezes, é relegado mais a um plano simbólico de sua gravidade do que em práticas efetivas para o seu enfrentamento e prevenção.” LIMA, Renato Sérgio de; SINHORETTO, Jacqueline; BUENO, Samira. A gestão da vida e da segurança pública no Brasil. *Sociedade e Estado*, v. 30, n. 1, p. 123-144, 2015.
- (12) Como afirma Langer: “the structural differences between the American adversarial conception of criminal procedure and the continental European and Latin American inquisitorial conception of criminal procedure are so deep that individual reforms inspired by American models are unlikely to push these inquisitorial criminal procedures in the direction of the American adversarial system”. LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harv. Int'l LJ*, v. 45, p. 1, 2004.

Fauzi Hassan Choukr

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra.
Doutor e mestre em Processo Penal pela USP.
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.
fhchoukr@gmail.com

Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime

Miguel Reale Júnior e Alexandre Wunderlich

Em fevereiro último, o ministro da Justiça e Segurança Pública apresentou um pacote de mudanças legislativas em matéria de Direito Penal, Processual Penal e execução da pena. Rapidamente, uma série de estudos foram feitos em relação aos itens do conjunto de propostas legislativas denominado Projeto Anticrime. Constatamos que as medidas foram apresentadas de forma desordenada, sem a presença de um fio condutor, o que não permite uma visão sistemática. O Projeto Anticrime, como o próprio nome indica, contém inegável caráter panfletário, sendo

visível a tentativa de mobilizar a opinião pública por via de dísticos emocionais, em matéria tão complexa e demandante de racionalidade – é mero populismo penal.

Dentre as alterações, o Projeto Anticrime sugere a alteração do artigo 28 do Código de Processo Penal, com a inserção da alínea “A”, com cinco incisos e quatorze parágrafos. Basicamente, a proposta enseja que o titular da ação penal pública poderá propor “acordo de não persecução penal”, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção, claro, se não for

hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado a prática do crime, desde que sem violência ou grave ameaça e com pena máxima não superior a quatro anos.

Ainda sobre a justiça negocial, há sugestão de inclusão do artigo 395-A no Código de Processo Penal, o que possibilita a assinatura de uma avença em momento processual posterior ao recebimento da acusação e, ainda, antes do início da dilação probatória. Sugere, então, nova espécie de acordo, que exige confissão e não tem objeto delimitado, pois não há fixação de limites de pena. Em síntese, entre o oferecimento da acusação e o seu recebimento, as partes podem abrir mão da instrução processual e, sem exame de provas, sugerir uma pena ao juiz, que poderá ser aplicada em sentença, com as reduções possíveis e a eventual flexibilização do regime de cumprimento.

A recente experiência brasileira com a justiça negocial em matéria penal não nos faz crer que as propostas tenham qualquer efetividade. De igual modo, não seremos conduzidos para um ambiente de maior segurança jurídica. Em nosso juízo, o Brasil experimentou duas diferentes dimensões de soluções penais negociadas: (a) a justiça negocial de *primeira dimensão*, no caso das infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) e (b) a justiça negocial de *segunda dimensão*, com as infrações de maior complexidade (Lei 12.850/13).

Sobre a primeira dimensão, a experiência no âmbito dos Juizados Especiais Criminais não tem sido frutífera.⁽¹⁾ Ressalvadas as exceções, o tratamento dos espaços de consenso no âmbito das infrações de menor potencial não tem garantido o direito de defesa e, para além de não haver uma sensível desburocratização judicial, há seletividade e, até, um contínuo despreparo dos agentes públicos e privados na mediação dos conflitos, um verdadeiro apego ao processo contencioso e à cultura punitiva. Há notícias sobre realização de audiências sem a presença do representante do Ministério Público e de partes sem assistência jurídica, o que talvez explique as enormes dificuldades de arquivamentos dos termos circunstanciados e as imposições de transações penais, ainda quando existe ausência de critério razoável para o oferecimento das propostas. É bem verdade que a evolução tem sido constante, mas muito ainda há de ser ajustado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Diante da primeira experiência na década de noventa, era previsível que o fracasso da justiça negocial nas infrações de menor potencial refletisse na hipótese negocial das infrações de maior complexidade, como é o caso dos crimes praticados por meio de organizações criminosas. Especialmente nesse tipo de infração, objeto da justiça negocial de *segunda dimensão*, o Brasil experimenta dois modelos de acordos de colaboração premiada, ambos aceitos/homologados pelo Supremo Tribunal Federal. Temos uma hipótese de acordo em que a (a) *sanção premial é fechada*, no qual a pena é acertada entre o Ministério Público e o colaborador da Justiça quando do contrato e, depois, o clausulado é homologado pelo juiz. E, outra, de (b) *sanção premial aberta*, a ser definida pelo Juízo na sentença condenatória, nos termos legais.⁽²⁾

De fato, no que tange ao fenômeno das infrações de maior complexidade, há dois modelos de acordo que convivem na atual praxis forense. Neste particular aspecto, as propostas contidas no cognominado Projeto Anticrime não colocam fim aos inúmeros problemas⁽³⁾ dos modelos de negócios jurídicos bilaterais em matéria penal, que têm por objeto a contraposição entre o poder-dever de punir do Estado e o direito de liberdade do cidadão ao qual é imputado um crime. A colaboração premiada rompeu

com dois princípios fundamentais, um do Direito Penal e outro do Direito Instrumental. Desfez-se o princípio da legalidade ao impor novas espécies de penas criminais, desde que justamente acordadas e, posteriormente, homologadas por um juiz. Além disto, findou a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, mitigado desde a Lei 9.099/95, fazendo prevalecer a análise da conveniência, em face da colaboração com a Justiça, de se propor a ação penal.⁽⁴⁾

Registre-se que não somos avessos à quebra de paradigma que decorre do aumento dos espaços de consenso no processo penal, com a promoção do retorno do agente à área de licitude, tendência internacional e que não pode restar resumida aos institutos da transação penal, suspensão condicional do processo e da colaboração premiada. É cediço que, se aplicadas com segurança, as soluções negociadas na seara penal podem contribuir para a resolução de conflitos, para a redução da morosidade judicial e para a diminuição do inchaço penitenciário.

Assim, pensamos que a experiência vivida nas últimas décadas deve guiar-nos para a resolução dos problemas, superando o vazio das propostas ora examinadas, a fim de alcançarmos um nível maior de confiança nas instituições e de segurança jurídica, elementos tão importantes nestes tempos difíceis. É necessária, pois, a adoção de uma legislação que finalmente delimite as espécies de acordos e que valorize os contratos firmados de boa-fé entre o Estado e o cidadão. Os acordos de não persecução penal, os termos de ajustamento de conduta, as colaborações premiadas para as pessoas físicas e os acordos de leniência para os entes coletivos, dentre outros mecanismos de consenso, ainda esperam por uma normatização adequada. Basta de importação de institutos alienígenas, sem que tenhamos, no mínimo, a real efetivação do nosso modelo processual proposto na Constituição Federal.

O instituto do *plea bargain*, previsto para crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a quatro anos, tem concorrência com a suspensão condicional do processo aplicável às infrações cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano (art. 89 da Lei 9.099/95), ou seja, tendo por objeto o mesmo universo. No caso da suspensão processual, não há assunção de culpa, assim como na hipótese de transação penal, cabível para infrações com penas de até dois anos. Resta, então, para o instituto do *plea bargain*, no qual o autor do fato deve confessar o ilícito e assumir responsabilidade, um número diminuto de processos, a demonstrar o desejo de adoção desse instituto mais como forma de alardear a aplicação de um “americanismo”, do que como solução necessária em face de nossa legislação. É a “americanização do Direito”, que se estende, também, aos campos do Direito Penal e do Processual Penal, sobretudo com a adoção da mediação e da compensação penal, como meio de solução para uma justiça de massa e como fórmula para estancar a maré montante de processos.⁽⁵⁾

No particular aspecto das alterações no Código de Processo Penal, as propostas não resolvem o problema das espécies de acordos que convivem no ordenamento jurídico e que, como se tem visto, produzem ampla repercussão social – v.g., as avenças firmadas por empresas e empresários durante a “Operação Lava Jato”, algumas com desdobramentos em todo o Brasil e, ainda, com consequências no exterior.

No cipoal de propostas apresentadas, é possível constatar uma visão do Direito Penal por via do processo penal, que funciona como instrumento de profilaxia, ao promover a retirada mais rápida do réu do convívio social, aumentar o tempo de recolhimento em regime fechado, tendo a pena, portanto, a finalidade de enclausurar

por mais tempo em presídio de segurança os maus elementos. No mais, no que limita à justiça negocial penal no Brasil, nada evoluiu, pois não cria nenhum instrumento para dar maior segurança jurídica ou para aumentar o nível de garantias constitucionais nos diversos tipos de acordos.

Notas

- (1) Ver crítica de CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; *Diálogos sobre juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. E, ainda, PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- (2) Art. 4º da Lei 12.850/13: “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados (...)”.
- (3) Os problemas foram pontuados por WUNDERLICH, Alexandre; RASSI, João Daniel; TAFFARELLO, Rogério Fernando. Doze perguntas sobre colaboração premiada: em busca de segurança jurídica. *Portal Jota*, 10 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/>.
- (4) Com mais detalhes em: REALE JÚNIOR, Miguel. Colaboração premiada:

natureza, dilemas éticos e consequências. In: BENETTI, Giovana; CORREA, André Rodrigues; FERNANDES, Marcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (org.), *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 69-85.

- (5) REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 5, n. 9, p. 289-310, jul./dez. 2008; também em *Archives de philosophie du droit*. t. 45. Paris: Dalloz, 2001; especialmente MAGENDIE, Jean-Claude. L'americanisation du droit ou la creation d'un *mithe*, nos *Archives de philosophie du droit*; CENDRAS, Jean, *L'hypothèse de l'americanisation du droit penal français*.

Miguel Reale Júnior

Professor Titular de Direito Penal da USP.

Advogado.

miguel@miguelrealejr.adv.br

Alexandre Wunderlich

Professor de Direito Penal da PUCRS.

Advogado.

alexandre.wunderlich@wunderlich.com.br

O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal

Juliana Ferreira da Silva

8

Resumo

Este trabalho debate aspectos relacionados ao *plea bargain* no Anteprojeto de Lei Anticrime, discutindo a proposta em contraste com pesquisas sobre falsas confissões no sistema de justiça criminal. São abordadas pesquisas norte-americanas sobre a tipologia e dinâmica psíquica das falsas confissões. Problematisa-se o papel das confissões na justiça criminal, propondo um diálogo sobre o regime de funcionamento das polícias brasileiras. Discutem-se efeitos possíveis do *plea bargain* na segurança pública brasileira, argumentando-se por um olhar cuidadoso sobre os riscos do *plea bargain* no anteprojeto quanto à produção de falsas confissões e vulnerabilidade à criminalização.

Introdução

É comum a queixa de que a justiça brasileira seja lenta e dispendiosa. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) auxiliam no dimensionamento dessa questão. Segundo o relatório Justiça em Números (CNJ, 2017), a despesa total do Poder Judiciário no ano de 2016 foi de mais de 84 bilhões de reais – proporcional a 1,4% do Produto Interno Bruto brasileiro ou a 2,5% do total de gastos das unidades federativas naquele ano. A estimativa é de que cada habitante teria que gastar R\$ 411,73 em 2016 para arcar com as despesas da justiça, o que proporcionalmente constituía quase a metade (46%) de um salário mínimo no período (R\$ 880,00). Para a mover a Justiça, foram empregados os esforços de 442.345 pessoas, incluindo servidores, magistrados e auxiliares. Os dados sobre congestionamento (87%

na fase de execução e 64% na de conhecimento) mostram que o poder judiciário recebe mais casos do que finaliza. Um processo leva em geral mais de 04 anos para receber uma sentença desde a data de ingresso. Tais elementos ajudam a pensar sobre o que se afirma popularmente quanto à lentidão e onerosidade da justiça, mostrando um panorama que pede soluções por parte do poder público.

Nesse contexto, ganham força no debate público as argumentações em torno da necessidade de reformas e o dispositivo do *plea bargain* aparece como promessa de solução tanto em ganho de tempo, quanto economia de esforços e despesas nos processos judiciais. Mas é importante fazer uma parada crítica para reflexão: seria o *plea bargain* a panaceia para a lentidão e onerosidade de nossa justiça ou teria ele mesmo alguns riscos sobre os quais seria importante ponderar? Neste artigo, propõe-se uma discussão acerca do Anteprojeto de Lei Anticrime nos aspectos relacionados ao *plea bargain*, buscando discutir as alterações legais propostas em contraste com as pesquisas contemporâneas sobre as falsas confissões no sistema de justiça criminal.

Tipologia e dinâmica psíquica das falsas confissões

Os estudos das falsas confissões no sistema de justiça criminal são mais abundantes em pesquisas norte-americanas do que brasileiras. Assim, será necessário primeiramente recorrer a dados e teorias relacionados ao sistema estadunidense de justiça criminal, com vistas à demonstração de um panorama do *corpus* teórico dedicado ao estudo da tipologia e dinâmica psíquica das

falsas confissões. Tais estudos partem do questionamento sobre se e em quais condições uma pessoa pode confessar um crime que não cometeu. Por mais contraintuitivo que possa parecer, a falsa confissão de um crime é um fenômeno mais comum do se imagina. Os dados do *Innocence Project* – Projeto fundado nos EUA, em 1992, por **Peter Neufeld** e **Barry Scheck** na Cardozo School of Law, dedicado à exoneração de condenações injustas e reforma do sistema de justiça criminal – demonstram que as falsas confissões estão presentes em aproximadamente um quarto dos casos de pessoas injustamente condenadas que tiveram suas condenações revogadas (**KASSIN**, 2008). Pode-se afirmar, portanto, que esse seja um fenômeno cujas proporções são ainda pouco conhecidas, mas que deva ser, dado ao que já se sabe, devidamente considerado enquanto importante elemento de risco de erros judiciários.

Do ponto de vista da dinâmica psíquica envolvida, ainda que tenham em comum a admissão de autoria de um crime por pessoa que não o cometera, as falsas confissões dividem-se quanto ao tipo e características. **Saul Kassin** (**KASSIN**; **WRIGHTSMAN**, 1985; **KASSIN**, 1997, 2008) distingue as falsas confissões da seguinte maneira. Um primeiro grupo é o das *falsas confissões voluntárias*. Nelas um sujeito confessa por vontade própria um crime que não cometeu. De modo geral, estão envolvidas motivações relacionadas ao desejo de beneficiar alguém – principalmente o verdadeiro autor do delito –, assim como possibilidade de ter ganho tangível com a assunção da autoria. Ademais, pode haver motivações relacionadas a psicopatologias ligadas à necessidade de atenção, autopunição, sentimento de culpa ou delírio.

Um segundo grupo de falsas confissões pode ser caracterizado como de caráter involuntário. Diferentemente daquelas abordadas acima, as *falsas confissões involuntárias* não são motivadas pelas características individuais daquele que falsamente confessa crime, mas estão associados a procedimentos que ocorrem nas investigações, relacionam-se às técnicas manipulativas/coercitivas de interrogatório e à vulnerabilidade dos suspeitos aos processos investigativos (**GUDJONSSON**; **PEARSE**, 2011). Assim, tem-se um segundo tipo constituído pelas *falsas confissões involuntárias complacentes*, caracterizado por mecanismos de coerção policial. Dentre tais mecanismo, está o blefe. Faz-se necessário discutir, então, as técnicas policiais de interrogatório, distintas em natureza e procedimentos das técnicas envolvidas nas entrevistas para obtenção de informações. Durante o interrogatório, a polícia norte-americana não é impedida de recorrer – e ocasionalmente recorre – ao uso de informações inverídicas, confrontando o suspeito com a simulação de existência de evidências que conduziram à convicção de sua culpa. A polícia afirma – na forma de blefe – que dispõe de provas materiais da autoria do crime pelo suspeito, como impressões digitais, sangue, fios de cabelo dele na cena do crime, e/ou afirma que testemunha ocular tenha declarado tê-lo identificado (**KASSIN**, 1997, 2008). Outro mecanismo utilizado em interrogatório relaciona-se à influência do ambiente. Segundo o manual de investigação elaborado por **John Reid** e **Fred E. Inbau** e publicado inicialmente em 1962 (**INBAU et al.**, 2011), o escasso mobiliário da sala de interrogatório, a ausência de janelas e a falta de comunicação com o exterior influenciariam psicologicamente o suspeito, de forma com que ele passasse a se sentir oprimido, acuado, desamparado do mundo exterior e isso tudo conduzisse à verdadeira confissão da autoria do crime. O estudo das falsas confissões indica a necessidade de revisão dessa premissa básica da técnica **Reid** quanto ao efeito psicológico

do *setting* do interrogatório. Ao contrário do preconizado por **Reid**, esse *setting* associado às técnicas de interrogatório tem o potencial de conduzir a falsas confissões. **Kassin** e **Gudjonsson** (2004) resumem a técnica de interrogatório **Reid** em três fases gerais: (a) custódia e isolamento, que aumenta a ansiedade e incerteza do suspeito de forma a enfraquecer sua resistência; (b) confrontação, que se baseia na presunção da culpa do suspeito, podendo incluir o uso de blefes; (c) minimização, que abrange a tentativa do interrogador de ganhar a confiança do suspeito, o oferecimento de desculpas que atenuem a responsabilidade, incluindo a sugestão de que um acidente possa ter ocorrido. Ainda que em defesa da técnica **Reid**, **Joseph P. Buckley** (2000, p. 202) destaca, na qualidade de ameaças e promessas não permitidas no interrogatório por conduzirem a falsas confissões, alguns exemplos que bem apresentam de que se trata: “*you will tell me what you did and then you will be able to go home (when you do not for the case); you will receive the maximum sentence, at least what you confess; with the evidence we have, there is no doubt that you will be convicted, so the only question is how long you will stay in prison; if you do not talk the truth, I will put your children in the protection service and you will never see them again; the others want to accuse you of murder, but if you tell me that you only tried to hurt, nothing bad will happen*”.

O caráter coercitivo desse procedimento de interrogatório influencia o suspeito, que passa a se perceber num beco sem saída, frente ao qual a falsa confissão complacente é vista como melhor opção, dentre as piores. Convicto de que sua absolvição seja impossível, confessa o crime que não cometeu para evitar o estresse do interrogatório, obter atenuação da pena ou ainda receber benefícios prometidos explícita ou implicitamente pelos investigadores. Há, ainda, outra vulnerabilidade a falsas confissões, relacionada à inocência como fator de risco. Sujeitos que falsamente confessaram crimes afirmam que os blefes introduzidos pelos investigadores foram vistos como reais possibilidades de provar sua inocência. Por exemplo, quando o investigador afirma a existência de provas materiais das quais se possa extrair o DNA, o suspeito vislumbra a possibilidade de provar que o DNA não é dele. Ele confessa na expectativa de poder sair do interrogatório e produzir laudos periciais que mostrem sua inocência. No entanto, como eram blefes, tais provas materiais inexistem, enquanto a confissão fica registrada. Assim, quanto mais o sujeito confia no sistema de justiça criminal, crendo que a polícia não mentiria para ele, mas ele se torna vulnerável a assinar uma falsa confissão involuntária complacente (**KASSIN**, 1997; 2008a; 2008b). Estudos comparados têm sido desenvolvidos no Reino Unido para comparar as técnicas **Reid** ao método PEACE de investigação, buscando sistematizar seus efeitos quanto às falsas confissões.

O terceiro tipo de falsas confissões são as *involuntárias internalizadas*. Nesses casos, o sujeito passa a crer que seja o autor do crime. Diferentemente da confissão involuntária complacente, em que ele sabe que é inocente, mas cede em confessar; na confissão internalizada, ele passa a acreditar que de fato cometera o crime e pode desenvolver inclusive falsas memórias do ocorrido. Jovens e pessoas com história de abuso de substâncias são mais vulneráveis a esse tipo (**REDLICH**, 2007; **KASSIN**, 1997; 2008a; **GUDJONSSON**; **PEARSE**, 2011). As falsas memórias e a forma como os procedimentos de investigação podem alterá-las constituem fenômeno sistematicamente observado e relatado cientificamente (**LOFTUS**; **PALMER**, 1996).

As confissões nos sistemas de justiça criminal

Aspectos importantes dessa discussão articulam-se ao funcionamento do sistema de justiça criminal. **Gudjonsson** e **Pearse** (2011) resumem os riscos das técnicas **Reid** de interrogatório: a produção de falsas confissões, o prejuízo das relações entre polícia e comunidade e a corrupção dos investigadores policiais. Considerando-se isso, a gravação eletrônica do interrogatório tem sido apontada como o melhor instrumento de proteção contra a coerção policial (**KASSIN**, 1997; 2008b; **KASSIN**; **GUDJONSSON**, 2004; **GUDJONSSON**; **PEARSE**, 2011). Malgrado a consistência dos estudos que apontam as falsas confissões como riscos consideráveis das investigações criminais, suas consequências em processos judiciais ainda são subestimadas pelos operadores do sistema de justiça criminal. Pontos importantes dessa pauta de debate estão relacionados ao imaginário desses operadores e da sociedade quanto ao papel das falsas confissões nas práticas judiciárias. Tal imaginário é composto, dentre outras coisas, pela crença na capacidade dos policiais em identificar pelo interrogatório os suspeitos que são realmente culpados e de excluir os inocentes, distinguindo entre a verdade e a mentira em seus depoimentos. Experimentos demonstram que os sinais comportamentais do suspeito, interpretados pelos policiais para formação da suspeição, não constituem evidências empiricamente sustentadas sobre a falsidade de testemunhos. Isto é, no imaginário policial, esses profissionais entendem-se capazes de entrever no suspeito os sinais comportamentais que indicariam a mentira ou a tentativa de esconder a participação em crime (aversão ao olhar, postura congelada, indolência e inquietação). Mas pesquisas demonstram que não existem dados cientificamente estabelecidos que deem suporte à afirmação de que tais condutas comportamentais sejam evidências empíricas da mentira ou da falsidade (**DEPAULO et al.**, 2003). Portanto, operadores do sistema de justiça criminal – policiais, júri e juiz – mesmo experientes, não conseguem distinguir quando uma confissão é verdadeira ou falsa (**KASSIN**, 2008b).

Visto que até aqui foi discutido o sistema norte-americano. e pesquisas nesse contexto, resta ainda saber como as investigações criminais no Brasil podem articular-se com o tema e isso depende de um questionamento sobre o método de interrogatório utilizado pelas polícias brasileiras. Mas a investigação policial brasileira não tem um método protocolar para sua realização – situação que precisa ser melhor aprimorada e sistematizada. O que se constata – dentre outras coisas – é que a segurança pública brasileira é marcada pelo estereótipo racializado na construção dos suspeitos, dedicada à proteção do patrimônio em detrimento da vida e pautada na lógica do “combate ao inimigo” (**SILVESTRE**; **SCHLITTLER**; **SINHORETTO**, 2015). Além disso, a investigação policial é orientada pela lógica inquisitorial, organizada num regime de suspeição de presunção de culpa, em que os acusados precisam provar sua inocência e não os investigadores provarem o contrário (**KANT DE LIMA**, 1994, 1997; 2010; **MIRANDA**, 2006). O papel das confissões nos inquéritos é frequentemente subestimado na teoria, enquanto tem forte influência em nível prático. A publicação técnica relacionada ao interrogatório policial mais emblemática da história do saber policial no Brasil baseia-se numa tática de interrogatório que se utiliza da coerção e defende que a finalidade do interrogatório seja extrair a confissão (**SILVA**, 2017). Em suma, a “rainha das provas”, por mais que tenha sido destituída de seu trono no campo teórico do Direito, é uma déspota no campo muitas vezes

invisibilizado das criminalizações cotidianas de populações já marginalizadas no Brasil.

O Plea Bargain no Anteprojeto de Lei Anticrime

O tema das falsas confissões tem estreita relação com as propostas do Art. 395-A, quando do acordo penal entre Ministério Público ou o querelante e o acusado para aplicação imediata das penas, com requisito da confissão circunstanciada (§ 1º, I), dispensa da produção de provas indicadas pelas partes e renúncia ao direito de recurso (§ 1º, III). O anteprojeto também responsabiliza o juiz em verificar a legalidade e a voluntariedade do acordo (§6º) e a existência de provas suficientes (§7º).

É possível caracterizar riscos da proposição do *plea bargain* no anteprojeto, em vista da problemática que envolve as confissões. Primeiramente, porque o projeto deposita extrema confiança na confissão como coroamento da verdade sobre a autoria do crime, sendo imputada ao juiz a responsabilidade por estimar se uma confissão é voluntária, enquanto pesquisas mostram a incapacidade de operadores do sistema em geral em fazê-lo. Em segundo, há a tendenciosidade gerada pela confissão. A proposta determina que o juiz deva apreciar sozinho a existência de provas “manifestamente insuficientes para uma condenação criminal” nos casos em que uma confissão está presente. Observe-se que o devido processo legal apresenta possibilidades de mover esforços para produzir provas e contraprovas que indiquem outros caminhos de solução. E mesmo nos casos em que um acusado vai a júri, ter confessado um crime pode ser muito perigoso para ele, pois jurados tendem a condenar mais réus confessos (**KASSIN**; **GUDJONSSON**, 2004; **KASSIN**, 1997; 2008a; 2008b). Se, no tribunal do júri, a confissão é a evidência mais incriminadora (**KASSIN**; **NEWMANN**, 1997), parece pouco promissor depositar no juiz a responsabilidade para identificar uma falsa confissão e lidar sozinho com a força dela na formação da convicção da autoria do crime. Em terceiro, a exemplo das frases citadas acima, não há como saber, para além do relato dos envolvidos, em que circunstâncias a confissão foi obtida nos inquéritos policiais brasileiros, uma vez que os interrogatórios não são obrigatoriamente filmados. Ademais, não há protocolos policiais operacionais que restrinjam o uso das técnicas coercitivas mencionadas, tampouco isso é previsto no anteprojeto de lei.

Defendendo-se o princípio de que à justiça compita proteger os inocentes, as falsas confissões involuntárias merecem atenção, visto que são efeito de procedimentos que, se não controláveis pelo sistema de justiça criminal, ao menos devem constituir sua preocupação constante. O sistema brasileiro de justiça criminal e segurança pública precisa desenvolver esforços, instrumentos e recursos para a produção de evidências, sendo necessárias medidas governamentais que permitam e incentivem investigações instrumentalizadas. Os índices nacionais médios de solução de homicídios (5 % a 8 %), resultantes majoritariamente em prisões em flagrante, cobertura da mídia e não decorrentes de investigações de rotina, demonstram que modificações importantes precisam ser feitas nos processos investigativos (**KANT DE LIMA**; **MOUZINHO**, 2016). Há ainda crítica contundente sobre se o sistema brasileiro de justiça criminal funciona realmente como um sistema, dadas sua fragmentação e descontinuidade (**KANT DE LIMA**, 1997). É curioso – para se dizer o mínimo – que o anteprojeto não trace sequer uma linha sobre o aparelhamento das instituições policiais, laboratórios periciais, revisão ou mesmo elaboração de protocolos de investigação.

Enfim, não se pode transferir ao acusado a responsabilidade

por dinamizar ou baratear a condenação penal, fazendo-se vista grossa aos anos de sucateamento das instituições policiais e descaso em relação ao inquérito, fase inicial de produção de evidências sempre relegada à obscuridade. Portanto, argumenta-se aqui pelo compromisso ético e responsável do exercício da justiça, entendendo que o desafio pragmático de celeridade e austeridade do Poder Judiciário seja secundário ao urgente desafio civilizatório de garantia do direito de defesa da inocência no Brasil.

Referências

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em números: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017.
- GUDJONSSON, Gisli H.; PEARSE, John. Suspect interviews and false confessions. *Current directions in psychological science*, v. 20, n. 1, p. 33-37, 2011.
- INBAU, Fred et al. *Criminal interrogation and confessions*. Chicago: Jones & Bartlett Publishers, 2011.
- KANT DE LIMA, Roberto. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, 1994.
- _____. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo Social: Rev. Sociol. USP*, S. Paulo, 9(1), p.169-183, maio de 1997.
- _____. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico [Online]*, II, 2010.
- _____; MOUZINHO, Gláucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: Entre delações e confissões premiadas. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 9, n. 3, p. 505-529, 2016.
- KASSIN, Saul M. The psychology of confession evidence. *American Psychologist*, 52, p. 221-233, 1997.
- _____. False confessions causes, consequences, and implications for reform. *Current Directions in Psychological Science*, v. 17, n. 4, p. 249-253, 2008a.
- _____. Confession evidence: commonsense myths and misconceptions. *Criminal Justice and Behavior*, v. 35, n. 10, p. 1309-1322, 2008b.
- _____; GUDJONSSON, Gisli H. The psychology of confessions: a review of the literature and issues. *Psychological Science in the Public Interest*, 5, p. 33-67, 2004.
- _____; NEUMANN, Katherine. On the power of confession evidence: an experimental test of the fundamental difference hypothesis. *Law and Human Behavior*, v. 21, n. 5, p. 469-484, 1997.
- _____; WRIGHTSMAN, Lawrence S. *The psychology of evidence and trial procedure*. Beverly Hills: Sage Publications, 1985.
- LOFTUS E. F.; PALMER, J.C. *Eyewitness testimony*. Introducing psychological research. London: Palgrave, 1996.
- MIRANDA, Ana Paula. *Avaliação do trabalho policial nos registros de ocorrência e nos inquéritos referentes a homicídios dolosos consumados em áreas de delegacias legais*. Brasília: SENASP, 2006.
- REDLICH, Allison D. Double jeopardy in the interrogation room for youths with mental illness. *American Psychologist*, 62(6), p. 609-611, 2007.
- SILVA, Juliana Ferreira da. *Prometo dizer da verdade: a psicologia do testemunho na história da criminologia brasileira*. Curitiba: CRV, 2017.
- SILVESTRE, Giane.; SCHLITTLER, Maria Carolina.; SINHORETTO, Jacqueline. Encarcerados do Brasil: seletividade penal na gestão da riqueza e da violência. In: Encontro Anual da ANPOCS, 39., 2015, Caxambu-MG. *Anais [...] Caxambu-MG*, 2015.

Juliana Ferreira da Silva

Doutora e mestra em Psicologia pela UFRJ.

Especialista em Políticas Públicas de Justiça Criminal e Segurança Pública pela UFF.

Professora do Programa de Pós-graduação em Psicologia da Universidade Católica de Brasília – UCB.

Pesquisadora da história da psicologia, segurança pública e criminologia no Brasil.

juliana.dasilva.ucb@gmail.com

Breves indagações sobre a nova redação do artigo 23, do Código Penal brasileiro, proposta pelo denominado “Projeto de Lei Anticrime”

Regina Helena Fonseca Fortes Furtado

O escopo do presente artigo é analisar, de forma sucinta e sem entrar em questões outras que não as estritamente jurídicas, a proposta de modificação legislativa do artigo 23, do Código Penal brasileiro, incluída no recente Projeto de Lei Anticrime,⁽¹⁾ que prevê a inserção de um novo parágrafo ao citado artigo que, se aprovado, permitirá ao juiz reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se, em qualquer das causas de exclusão da ilicitude, o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.

Antes de entrar na análise do tema, pensamos que uma primeira e importante indagação é sobre o acerto ou não da redação do mencionado dispositivo legal. Entendemos que a redação é equivocada, pois o excesso não deveria referir-se aos motivos que lhe dão ensejo. Explicando melhor, é despidendo afirmar que o agente pode exceder-se estando amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, tanto em virtude dos estados mentais mencionados no Projeto Anticrime, quanto por outros

estados mentais que, em consequência, não seriam suficientes para reduzir ou eliminar a pena aplicável. O que se escusa, a bem dizer, é o excesso, doloso ou culposos, e não o que o motivou. Quando o agente atua ao amparo de uma eximente não há crime, ou seja, não se aplica nenhuma pena. Em consequência, é certo afirmar que o agente pode defender-se, mesmo sentindo medo, violenta emoção ou por surpresa, ou com qualquer outro estado mental, sem que isso implique exceder-se. O que reza o Projeto de Lei Anticrime é que apenas será beneficiado com uma redução ou isenção de pena, na hipótese de exceder-se pelos motivos que específica. Desse modo, um primeiro aspecto a se ter em conta é a melhora na redação do dispositivo legal, para deixar claro que o que se escusa é o excesso – não o estado mental em si –, pois, obviamente, pode-se atuar com medo, violenta emoção ou surpresa, sem exceder-se.

Do que se trata, portanto, é de exceder-se – ultrapassar os limites –, de uma causa excludente da ilicitude. O agente está

amparado, desde o início de sua conduta, por uma eximente, por exemplo, no caso da legítima defesa própria, existiria uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu. O conflito estaria em que, usando moderadamente dos meios necessários, o agente dá causa a um excesso punível, de forma dolosa ou culposa, e passa a responder pelas consequências.⁽²⁾ O Projeto de Lei Anticrime vem a mitigar a pena no caso de excesso, reduzindo-a ou eliminando-a, com base em um descontrole do agente que se defende. E aí se apresenta uma segunda indagação: porque esses estados mentais e não outros?

A título ilustrativo, o Código Penal alemão, no seu § 33, reza que não se pune o autor que ultrapassa os limites da legítima defesa por *ofuscamento*, *medo* ou *temor*, ou seja, nos denominados estados passionais astênicos,⁽³⁾ enquanto nos estados passionais estênicos – *ira*, *raiva*, *vontade de brigar*, *furor homicida* – voltam a valer as regras gerais de imputação.

O modelo alemão considera escusável a legítima defesa excessiva nos casos em que o estado passional astênico seja concomitante com a agressão (excesso intensivo), como também quando seja prévio ou posterior à atualidade do ataque (excesso extensivo), sendo que com relação a este último, embora atrasada a reação, ela seguiria sendo consequência da “*drástica colocação em perigo representada pela agressão anteriormente atual*”,⁽⁴⁾ contudo, com relação à defesa prematura, o autor deve realizar condutas preparatórias intimidantes perceptíveis da agressão e que devem desembocar em uma agressão atual. De todo modo, não se trata de uma escusa geral com relação ao medo, mas de uma escusa frente a um agressor específico.

O excesso na legítima defesa, na legislação alemã, pode ter lugar de forma consciente ou inconsciente (*dolo* ou *culpa*) e se trataria de um excesso motivado por um erro, causado pelo estado emocional, que não permite valorar e configurar corretamente seus limites: uma espécie de cegueira diante dos fatos. Assim, o agente que, tomado pelo medo, repele de forma especialmente violenta uma agressão repentina, para que (conscientemente) não apenas cesse nesse momento o ataque, mas para impedir que o atacante pense em prosseguir com a agressão, é equiparável a quem às cegas (inconscientemente), empreende mais do que o necessário para eliminar o ataque atual. Em ambos os casos, o excesso é escusável, pois derivado de um erro.

De outra banda, no direito penal alemão, não cabe o excesso no estado de necessidade, mas pode-se usar analogicamente o § 33 StGB, apenas nos casos em que a vítima da intervenção salvadora tenha causado culposamente o estado de necessidade, e tão-somente com relação aos bens do próprio causante, por exemplo, se se destrói um estábulo de cavalos para apagar um incêndio causado culposamente pelo seu proprietário, quando se percebe, posteriormente, que não era necessário destruir esse bem. De toda forma, não se sabe por que o Projeto de Lei Anticrime escolheu os estados mentais do medo, surpresa e violenta emoção; talvez porque estejam mais próximos da gramática penal brasileira; e introduzir novos termos, como *ofuscamento* ou *temor*, traria inconvenientes interpretativos.

Uma terceira indagação é quanto ao sujeito que atua em estrito cumprimento do dever legal, em especial aquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo, tais como bombeiros, policiais, salva-vidas, etc. Nesse caso, entendemos que não há como compatibilizar tal dever com os estados passionais astênicos.

Assim como em outros códigos penais, como o italiano, que

no seu artigo 54 reza que não se aplica o estado de necessidade a quem tem um particular dever jurídico de expor-se ao perigo, também o Código Penal brasileiro, no § 1º, do artigo 24, impede, previamente, que se utilize a eximente nessa hipótese. Em consequência, ao não estar amparado pelo estado de necessidade, não há que se imiscuir no estado de ânimo do agente, para uma eventual redução ou isenção de pena. Não pode haver excesso, simplesmente porque o agente não está amparado por tal eximente. Desse modo, também com relação à legítima defesa, o Projeto de Lei Anticrime deveria dispor, expressamente, que é incompatível com o dever legal de expor-se ao perigo.

Em outra ordem de ideias, interessante solução adota o Código Penal espanhol, em seu artigo 20, § 6º, que considera o medo insuperável como uma causa excludente da ilicitude em si. Trata-se trata de um modelo muito discutido e de discutível aplicação no Brasil. Não nos dedicaremos, porque foge ao objetivo deste estudo, à análise do medo insuperável como eximente,⁽⁵⁾ ressaltando que os efeitos colaterais, no Brasil, poderiam ser desastrosos, tendo em conta a possibilidade de que se revogue o Estatuto do Desarmamento, o que certamente geraria um importante déficit de segurança fruto do perigoso binômio armas de fogo-medo.

Concluindo, com relação à proposta de alteração do artigo 23 do Código Penal pelo Projeto de Lei Anticrime, seria importante que o legislador se orientasse no sentido de: a) aprimorar a redação do dispositivo legal; b) discutir quais estados passionais devem ser escolhidos para configurar a redução/isenção de pena do excesso; c) reconfigurar o âmbito de incidência do dispositivo legal, talvez para reduzir sua aplicação apenas ao excesso na legítima defesa; d) incluir eventual parágrafo no sentido de que os que possuem o dever de evitar o perigo não possam valer-se da eximente da legítima defesa, tal como previsto no estado de necessidade.

Notas

- (1) Trata-se de um anteprojeto de lei apresentado pelo Ministro de Justiça. O projeto de lei deverá ser remetido ao Congresso Nacional, onde deverá passar por várias comissões, antes de ser submetido à votação por deputados e senadores, respectivamente, e seguir para sanção do Presidente da República.
- (2) JAKOBS, G., *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, 1997. p. 706, onde o autor aponta que “se o agredido perde os estribos, sem que seu comportamento revele características drasticamente delitivas (p.ex., em caso de confusão, etc.), o agressor deve atribuir-se a si mesmo as consequências”. Tradução livre pela autora.
- (3) Sobre os estados passionais astênicos e estênicos, vide Capítulo 4 de JASPERS, Karl. *Psicopatología de un ser limitado e imperfectible*. In: BONÉ PINA. *Vulnerabilidad y enfermedad mental: la imprescindible subjetividad en psicopatología*. I. Madrid, 2010. p. 103-122.
- (4) JAKOBS, op. cit., p. 707. Os exemplos de excesso intensivo e extensivo que coloca o autor são, respectivamente, os de uma pessoa temerosa que dispara a um boxeador enquanto este, para aumentar o efeito agressivo e intimidante, fazia aquecimento e exibia seus músculos, e o que atira uma pedra a quem lhe bateu, para que não volte a fazê-lo.
- (5) Sobre o tema, vide HIGUERA GUIMERA, J. P. *La eximente de miedo insuperable en el derecho penal común y militar español*. Barcelona, 1991. CUERDA ARNAU, M.L., *El miedo insuperable*. Su delimitación frente al estado de necesidad. Valencia, 1997. GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas del miedo insuperable. Granada, 2009.

Regina Helena Fonseca Fortes Furtado

Doutora em Direito Penal pela Universitat
Pompeu Fabra de Barcelona, Espanha.
Ex-membra do Ministério Público do
Estado de São Paulo. Advogada.
regfur@yahoo.com

Legítima defesa e intervenção policial: qual o destino do uso da força estatal?

Érica Babini Lapa do Amaral Machado e
Cristhovão Fonseca Gonçalves

1 Introdução

“Foram 143 disparos, 88 deles certos, o que resulta em média de quase 10 tiros certos por acusado. Há registro de inúmeros ferimentos causados por disparos deflagrados de trás para frente – ou seja, com as vítimas de costas – e de cima para baixo, além de vários nos braços e mãos (uma das vítimas com ferimentos em ambas as mãos), com características de posição de defesa, tudo segundo os laudos cadavéricos acostados ao inquérito”. (BRASIL, 2016).

A passagem transcrita descreve uma chacina ocorrida numa periferia da Região Metropolitana de Salvador, conhecida como Cabula, cujos suspeitos são oficiais do Estado. São dados que quantificam a tragédia e a diluem; sem consolo, as famílias fazem luto.

Não bastassem cenários como esse, o Projeto de Lei Anticrime sugere amplas alterações no sistema normativo penal brasileiro, incluindo a ampliação da legítima defesa – regulamentada nos artigos 23 e 25 do Código Penal –, o que significa dizer ampliação do uso da força estatal, confrontando com o art. 5 da Constituição Federal, que, por proteger a dignidade da pessoa humana, não autoriza o Estado matar.

Observa-se uma espécie de legítima defesa preventiva, antecipada, conferida ao agente policial. A proposta do inciso I do art. 25 do CP é apresentada nos seguintes termos: “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”.

De igual maneira, nota-se o acréscimo do § 2º ao art. 23 do CP: “§ 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.” Há aqui uma ampliação da legítima defesa envolvendo o medo, a surpresa ou a forte emoção, o que, ao invés de enrijecer o controle da ação letal, traz elemento de ambiguidade e porosidade hermenêutica para a lei penal.

A partir desse recorte, é importante refletir sobre três questões: a) o manejo do uso força estatal e as matrizes legais da mesma, b) os números de homicídios no país e o racismo estrutural que sustenta a sociedade brasileira. Vejamos.

2 Uso da força estatal – caminhos para as polícias

O uso da força estatal é um tema que guarda inúmeras regulamentações, exatamente porque é uma autorização de violência praticada exatamente por quem tem o dever de proteger cidadãos. Nesse sentido, o manejo desse recurso numa sociedade democrática depende de critérios de legitimação, para evitar o abuso.

Muitas intervenções policiais, em formas de abordagens ou

confrontos que resultam em morte, são catalogadas como autos de resistência, uma nomenclatura que leva à presunção de que o morto entrou em confronto com as polícias civis ou militares, resistindo à prisão.

Trata-se, no entanto, de uma presunção difícil de ser administrada, na medida em que os agentes estatais são, teoricamente, preparados para o manejo de armas em locais não letais, capazes de anteciparem-se às surpresas e especialmente protegerem o cidadão.

Não se pode imaginar uma sociedade sem polícias, mas é necessário que esteja adequada a critérios de controle, os quais, numa tentativa de padronização internacional, depende de três critérios: “(1) a relação entre civis mortos e policiais mortos; (2) a razão entre civis feridos e civis mortos pela polícia; (3) a proporção de civis mortos pelas polícias em relação ao total de homicídios dolosos” (BUENO; CERQUEIRA; LIMA, 2013, p. 119).

A partir de critérios comparativos de identificação de legitimidade do uso da força, estima-se que, na realidade brasileira, a relação de mortes de 4 civis para cada policial seja um padrão normal de operações. É um número, porém, diverso, em vários locais no país. Por exemplo, São Paulo, com dados de 2014, teve a proporção de 32/1 de vítimas e vitimados, o que já é em si um padrão muito maior do que a relação informada. Se comparado com os parâmetros das atuações do FBI norte-americano-polícia, em que lida com mais casos e complexos, tem-se que é 2,6 maior do que essa polícia internacional que já é altamente violenta (SINHORETTO, 2016). Isto é, no Brasil, vai-se muito além do que, em nível internacional, já é violento.

Desse ponto, já é possível verificar que o uso da força policial estatal é abusiva; e que atribuir a morte ao confronto com a polícia é uma forma distorcida de nomear a realidade – que é de extermínio.

Vale esclarecer que o artigo 292 do Código de Processo Penal regulamenta de maneira vaga os homicídios decorrentes de intervenção policial, pois, ao mesmo tempo em que permite ao policial o uso dos meios necessários para vencer a resistência, deixa de determinar e estabelecer quais seriam os limites desses meios.

Exatamente pelas ambiguidades, o termo “auto de resistência” foi abolido pelo Conselho Superior de Polícia e substituído por “homicídio decorrente de oposição a intervenção policial”, por influência da Resolução 08, de 2012, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Por consequência, a Resolução Conjunta 2, de 2015, do Conselho Superior de Polícia, disciplinou procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias naquelas situações.

Segundo essas diretrizes, cabe ao delegado de polícia verificar a existência dos elementos de legítima defesa (justificada pela “oposição policial”) e tomar diversas providências, dentre elas, a tramitação prioritária do inquérito policial, que deverá ser comunicado ao Ministério Público e à Defensoria Pública, que seguirá o curso normal do procedimento administrativo.

De todo modo, a regulamentação do uso da força estatal e a responsabilização de agentes que dela fujam são parâmetros democráticos que justificam a possibilidade de agentes estatais utilizarem de violência em momentos extremamente necessários. Ampliar a hipótese de legítima defesa é afrouxar esse mecanismo e trazer um efeito rebote: premiar maus policiais que não estejam vinculados a treinamentos e regramentos legais da força de que dispõem por serem agentes de Estado.

Trata-se, portanto, de uma péssima estratégia para as próprias polícias, que dependem de respeito e confiança da sociedade.

3 Realidade de homicídios no país

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018 revelou que, em 2017, no Brasil, houve 63.880 mortes violentas intencionais, o que equivale a 175 mortos por dia. Se for recortada a quantidade de mortes em decorrência de intervenção policial, o número é de 5.114, o que corresponde a 14 mortos por dia. Esses números revelam crescimento de 20% de mortes perpetradas por policiais, embora tenha havido redução de 4,9% de policiais mortos (BRASIL, 2018).

Não é novidade esse cenário no país. Pesquisa de 2007 indica que o Estado do Rio de Janeiro teve o recorde histórico de 902 vítimas na capital e 1330 no Estado de casos de “*homicídios provenientes de auto de resistência*” (MISSE, 2011). Ainda no Rio de Janeiro, a Anistia Internacional aponta que, no que se refere ao andamento de 220 investigações de homicídios decorrentes de intervenção policial no ano de 2011, em apenas um dos casos foi oferecida denúncia contra os policiais. Dessas 220 investigações, 183 continuavam sem solução até o mês de abril de 2015.⁽¹⁾

Em São Paulo, no ano de 2010, foram vítimas de atividade policial 419 pessoas; e 286 em 2011. Do total de 905,96% eram jovens negros. Para o período de 2012 e 2013, em Minas Gerais, o quantitativo de mortes do mesmo público cai entre dez a vinte vezes (SINHORETTO, 2015).

Desse modo, é possível afirmar que a filtragem racial marca o fenômeno dos autos de resistência, tal como pode ser percebido no índice de vulnerabilidade juvenil à violência e à desigualdade racial no país como um todo, em que “*a taxa de mortalidade de jovens negros no mesmo ano [2015] foi de 86,34 para cada 100 mil jovens negros na população, contra 31,89 para jovens brancos*”. No Nordeste, a taxa de mortes “*de jovens brancos foi de 27,1 por 100 mil, a de jovens negros foi de 115,7, ou seja, mais de 4 vezes superior*” (BRASIL, 2017, p. 33).

A cor da pele, pois, influencia diretamente na probabilidade de a pessoa ser morta; nesse sentido, ante a trágica naturalização do homicídio, tem-se um país dividido por um “*racismo que mata*” (CERQUEIRA; COELHO, 2017). Uma

espécie de “*epidemia da indiferença*”, como analisa o Relatório Democracia Racial, afirmativa bem adequada à sociedade brasileira, marcadamente autoritária.

Há que se considerar também uma cultura de violência gestada e alimentada pelo mercado de drogas, cuja rede de crimes é reforçada a partir do recrutamento de jovens (SOARES, 2005, p. 282) que não contam com acesso a educação digna e são empurrados para o desemprego, o subemprego e as subeconomias da barbárie, estando o tráfico de drogas localizado nessa última e restrita possibilidade.

É preciso salientar que a segurança pública no Brasil segue concebida e operada por um modelo militarista e encarcerador de controle do crime, o qual pressupõe que a segurança pública só se efetiva se – e somente se – houver a aniquilação ou o encarceramento de agentes criminais.

O uso da força e da violência letal constituem sério problema da segurança pública brasileira, já que se observa ausência de mudança de um padrão de atuação marcadamente violento e autoritário das polícias para um padrão de policiamento democrático. Desse modo, a possibilidade do uso da força policial estabelecida no artigo 144 da Constituição Federal encontra por vezes espaço na morte de jovens pretos e pardos de baixa renda; justificada em narrativas de legalidade (SINHORETTO, 2016, p. 15).

Em pesquisa recente, Orlando Zaccone (2015), analisando mais de 300 procedimentos com pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público em inquéritos de homicídio provenientes de autos de resistência na cidade do Rio de Janeiro, nos anos de 2003 a 2009, verificou que o arquivamento é uma constante, o que indica a existência de um permanente estado de exceção, no qual as mortes produzidas pela atividade policial são acobertadas por um manto de legalidade conferido pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Para tanto, verificou que: “*A legítima defesa dos policiais necessita da desqualificação da vítima, no sentido de identificação do morto como criminoso e de sua periculosidade da sua vida no ambiente social. O poder de definição da legítima defesa pelo modo de vida da vítima acaba por engendrar uma verdade que dispensa a produção de provas quanto à legitimidade da ação policial*” (ZACCONE, 2015, p. 168).

Todos esses dados empíricos demonstram, portanto, o crescente aumento da letalidade policial por meio daquilo que a população se acostumou a ouvir como “*autos de resistência*”, ações supostamente acobertadas pela legítima defesa, e que têm levado a sociedade brasileira a pensar em protocolos e mecanismo de controle da ação policial. Por outro lado, na contramão das investigações realizadas no país, o Projeto Anticrime apresenta ampliação de uma política criminal bélica de extermínio, propondo alterações no texto do Código Penal.

O quadro descrito aqui revela a face cruel da criminalização em que mercado de drogas e letalidade policial são faces da mesma moeda em que se funda o drama da juventude negra e pobre do País.

Verifica-se que não há preocupação técnica na proposta legislativa “Anticrime”; que ela despreza o acúmulo teórico e as análises da realidade realizadas há anos pelas ciências humanas e sociais aplicadas brasileiras, bem como tudo o que foi discutido neste texto. Se levados em conta os dados já apurados, chega-se à conclusão de que a inclusão legislativa do Projeto seria a oficialização de mortes provocadas pelo Estado brasileiro, reforçando o racismo estrutural no qual estamos inseridos (ALMEIDA, 2018).

Enfim, toda a proposta do projeto denominado “Pacote Anticrime” tem caráter populista; pode até atender aos anseios de segurança que a população brasileira demanda, mas sem tocar nos pontos centrais das questões de segurança pública e sem seguir os trâmites legais de propostas legislativas, tal como foi alertado ao Ministério da Justiça, pelo Ofício n. 8 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2019.

O que se observa, portanto, é pouca governança e nenhum propósito de lidar com esse problema social; além de muita indiferença à morte de jovens e negros, numa clara reprodução do racismo estrutural

3 Conclusão

“Que noite mais funda calunga; no porão de um navio negreiro; que viagem mais longa candonga; ouvindo o batuque das ondas compasso de um coração de pássaro; no fundo do cativoiro” (Yáyá Massemba, **Roberto Mendes**, cantada por Maria Bethânia).

Os versos acima retomam a poesia libertária do Romantismo brasileiro. A dor no navio negreiro, os acoites e o cativoiro permanecem vivos na sociedade brasileira por meio de práticas de controle que constituem o sistema penal brasileiro que mata e extermina, além de prender muito. Entre as permanências históricas herdadas da escravidão encontra-se o derramamento de sangue de negros, geralmente jovens, para quem o futuro é incerto e a vida vale muito pouco.

As inovações trazidas em relação ao instituto da legítima defesa, previstas nos artigos 23 e 25 do Código Penal, reforçam por meio da lei penal a letalidade policial. Pesquisas de cunho quantitativo e qualitativo têm mostrado o abuso de poder e o despreparo dos órgãos policiais nas práticas de homicídio por agentes fardados, em supostas ações de legítima defesa, o que revela uma democracia precoce e baseada na necropolítica.

A ação policial guiada para grupos vulneráveis permite e reforça práticas discricionárias, que formam o próprio sistema de crenças das organizações policiais. Essa tradição discricionária na cultura policial persiste desde as milícias dos capitães de assalto no Brasil Colônia – origem dos capitães de mato negreiros, de tão tenebrosa memória nas palavras do historiador **Caio Prado Junior** (AB’SABER, 2015, p. 98).

É urgente que se discuta a questão do uso da força estatal; e que se opere a reforma de alguns protocolos de ação policial – como os autos de resistência –, mas não para ampliar a legítima defesa policial nos moldes do “Projeto Anticrime”.

É preciso olhar nos olhos o horror que nos constituiu e que forma nossas relações sociais que explodem constantemente na prática de letalidade policial via autos de resistência.

Referências

- AB’SABER, Tales. Ordem e violência no Brasil. In: KUCINSKI, Bernardo *et al.* (org.). *Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria Nacional de Juventude. Índice de vulnerabilidade juvenil à violência 2017: desigualdade racial, municípios com mais de 100 mil habitantes. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Incidente de deslocamento de competência nº 10 – DF* (2016/0177605-6). Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/09/MON.pdf>> Acesso em: 24 nov. 2017.
- BUENO, Samira; CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de. Sob fogo cruzado II: letalidade da ação policial. In: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (coord.) *Anuário brasileiro de segurança pública 7*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2013.
- CERQUEIRA, Daniel; COLEHO, Danilo Santa Cruz. *Democracia racial e homicídios de jovens negros na cidade partida*. Texto para discussão. Brasília, janeiro, 2017.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Madrid: Melusina, 2011.
- MISSE, Michel. *Relatório final de pesquisa – “autos de resistência”: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: Núcleo de estudos da cidadania, conflito e violência da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011.
- OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2009.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006.
- SINHORETTO, Jacqueline *et al.* Juventude e violência policial no município de São Paulo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 10, n. 1, p. 10-35, São Paulo, fev./mar., 2016.
- _____. A filtragem racial na seleção policial dos suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: BRASIL. *Segurança pública e direitos humanos: temas transversais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.
- ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida – a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Nota

- (1) Projeto no Estado nordestino avalia, no corrente ano, prática letal por meio dos aparelhos policiais. O projeto “Racismo Institucional e Discurso Jurídico: uma análise do fluxo processual do delito de homicídio praticado por policiais em Recife contra jovens negros”, submetido para Chamada MCTIC/CNPq Nº 28/2018, visa analisar os autos de resistência no contexto deste Estado. Dados quantitativos relevam que no Estado de Pernambuco 294 pessoas foram mortas entre 2014 e abril de 2018 por ações policiais, conforme dados fornecidos pela Secretaria de Defesa Social. Em 2009 e 2010, o Pacto Pela Vida atingiu a meta de redução das mortes de 12% e 14% respectivamente; porém, no ano de 2014, houve um crescimento do número de mortes, de 27 pessoas mortas em decorrência de ação policial para 123 pessoas mortas no ano de 2017. Em porcentagem, tendo como referência o ano de 2004 até 2017, ocorreu o aumento espantoso de 623%.

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Doutora em Direito pela UFPE.

Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Coordenadora do Projeto Racismo institucional e discurso jurídico: uma análise do fluxo processual do delito de homicídio praticado por policiais em

Recife contra jovens negros submetido para Chamada MCTIC/CNPq nº 28/2018.

ericababini@hotmail.com

Cristhovão Fonseca Gonçalves

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

Professor da Graduação da UFPE.

Pesquisador do Projeto Racismo institucional e discursos jurídicos: uma análise do fluxo processual do delito de homicídio praticado por policiais em Recife contra jovens negros submetido para Chamada MCTIC/CNPq nº 28/2018.

cristhovaofg@gmail.com

Legítima defesa e o tratamento jurídico do excesso: legislando ao absurdo

Cláudio Ribeiro Lopes e Alexis Andreus Gama

Este artigo visa a buscar debater parte específica do projeto de lei editado pelo Ministério da Justiça pelo qual se pretende estabelecer uma série de reformas pontuais em vários dispositivos da legislação penal, processual penal e penitenciária do país. O que aqui se pretende é apontar pontos nebulosos e equívocos do projeto nos moldes em que proposto fora quanto ao tema do tratamento jurídico do excesso na causa justificante da legítima defesa.

De início, cumpre destacar que o atual Código Penal disciplina o instituto em seus arts. 23, parágrafo único e 25. Todo excesso praticado a partir de uma excludente de ilicitude acarreta a queda da condição justificante, possibilitando a punição, por dolo ou culpa, quanto ao resultado decorrente do excesso praticado.

A Reforma Penal de 1984, ao acolher substancialmente postulados finalistas ainda vigentes no Código, de forma coerente e consequente, excluiu da condição legítima quem se vale da mesma para violar bem jurídico alheio, por excesso. Finalisticamente falando, pode-se dizer com isso que o caráter ético-social do Direito Penal resta preservado diante da exigência de boa-fé de quem atua em excludente de ilicitude, retirando desse a legitimidade de seu comportamento frente ao excesso perpetrado.

Por outro lado, o Direito Penal, enquanto instrumento regulador punitivo que pretende arrostar o arbítrio estatal, visa à incriminação de comportamentos, como regra. As denominadas discriminantes, ou, justificantes, por excepcionais que sejam, devem ser acolhidas sempre restritivamente, com o gravame de se exigir sua completa valoração positiva, o que impede a mera objetivação de qualquer causa de justificação.⁽¹⁾

Esses dois fatores acima apontados confluem no sentido de se compreender a dimensão que toma o Direito Penal pós-Iluminismo, ou seja, como ele opera nos modernos Estados democráticos de direito: legitimam-se, excepcionalmente, certas condutas com o escopo de se resguardar, justamente, o caráter excepcional das situações vivenciadas no mundo do ser. O dever-ser nasce do reconhecimento do ser; caberia, aqui, uma razoável digressão sobre a natureza das coisas,⁽²⁾ bem como sobre estruturas lógico-objetivas.⁽³⁾ Todavia, permita-se o básico: é a finitude da condição humana e os estreitos limites estatais quanto à efetiva capacidade de oferecer segurança pública concreta que faz surgir essa justificante.

Por conseguinte, frente à excepcionalidade que lhe é inerente, o excesso sempre será visto como intolerável e passível de punição no âmbito da ilicitude, podendo haver outro exame em sede de culpabilidade (hipótese de eventual discriminante putativa, em que o agente, por erro, supõe ainda carecer agir, mas, já estando em excesso).

Todavia, a reforma pontual ora proposta, desborda para outros limites, todos pouco visíveis ou palpáveis: esse mesmo excesso, se derivado de medo, surpresa, ou violenta emoção pode gerar uma causa geral de diminuição de pena e, até o perdão judicial, pelo que se desprende da redação completamente atécnica prevista no projeto.

Nesse ponto é que se centra a primeira crítica (mesmo porque há inúmeros outros pontos do projeto que podem ser amplamente criticáveis). Vejam: se o projeto de reforma, nesse interim, visa a tratar da categoria dogmática da ilicitude e de seu excesso, ao inserir elementos de redução de pena e, principalmente, deixar ao azo judicial não aplicá-la, temos de refletir sobre uma inserção pouco recomendável de fatores/elementos relacionados à culpabilidade (medo, surpresa, violenta emoção) dentro da ilicitude (o projeto anticrime parece pretender, mesmo, fundir ilicitude e culpabilidade quanto ao tratamento jurídico do excesso motivado por essas três figuras, ainda que não em sede de discriminantes putativas...).

Como mencionado alhures, a inspiração finalista do Código apresenta uma série de fatores técnico-legislativos e dogmáticos infranqueáveis. Um deles, de que ora nos ocupamos, é justamente o conceito pessoal de injusto culpável. Não nos deteremos no desvalor da ação e do resultado, pois nos interessa, na perspectiva crítica que levantamos, a medida/magnitude da culpabilidade. Ora, sob a perspectiva finalista, a culpabilidade é reprovabilidade que opera sobre uma dada resolução de vontade; não é a vontade em si, mas, a reprovabilidade sobre essa decisão de vontade.⁽⁴⁾

Nessa perspectiva, haveria, de conformidade com o projeto, uma menor ou nenhuma reprovabilidade se constatado que o agente agira em excesso na legítima defesa, excesso esse decorrente de medo, surpresa ou violenta emoção. Ora, se acolhemos o conceito pessoal de injusto – e de injusto culpável, fundamentalmente, por óbvio que não estamos mais a discutir temas afetos à ilicitude. A maior ou menor medida da culpabilidade⁽⁵⁾ – ou, como pretende o projeto, sua exclusão via perdão judicial – jamais poderá operar efeitos sobre a ilicitude, a não ser que se pense em fundir ilicitude e culpabilidade [von Liszt, Welzel e até Mezger devem estar se revirando nas tumbas com isso...]. Nesse sentido, o projeto não parece, mesmo, feito para professores; deve ter sido feito para confundir a aplicabilidade da norma penal, o que é um contrasenso insolúvel.

Se isso é proposital – e não um devaneio dogmático estrutural –, estaremos diante de uma hipótese que mais do que ferir de morte a estrutura finalista que inspira o atual Código Penal evoca uma relação aparentemente estranha entre as categorias dogmáticas da ilicitude e da culpabilidade; uma confusão teórico-científica no conceito analítico de delito, conforme o projeto parece fazer depreender.

Em outro sentido, temos que atentar para consequências bastante graves frente à técnica legislativa do projeto que, pecando por uma atecnia crassa, trará para a ilicitude fatores que deveriam ser dispostos ao nível da culpabilidade, ou, quem sabe, da punibilidade. Por que insistimos nisso?

Porque, diversamente das categorias dogmáticas denominadas culpabilidade e punibilidade, esta última estranha ao conceito científico de delito, de acordo com a inspiração finalista do nosso Código, a ilicitude opera efeitos sobre todo o Direito. Veja-

se: a se aprovar esse projeto sob o formato proposto, o agente que for agraciado pelo perdão judicial em sede de legítima defesa por realizar o excesso poderá ser demandado civil e/ou administrativamente? Estaria o projeto criando uma nova figura de perdão judicial excludente de ilicitude?!

Trata-se de uma tentativa de completa blindagem jurídica, metaforicamente, ao estilo *caveirão* do BOPE, se levarmos em consideração os índices de excesso e violência policial no país e a peculiaridade dos denominados autos de resistência.⁽⁶⁾

Pelo que pretende o projeto, não só o agente restará impune tendo agido em excesso por medo, surpresa ou violenta emoção, como, também e principalmente, ele e o Estado poderão alcançar meios que inibam suas responsabilidades, civil e/ou administrativamente. Reclamações ao pároco, então...

Cabe ainda dizer que o referido projeto tem ares de lei penal simbólica. Desde seu artigo 1º, que define as inovações legais como “medidas contra a corrupção, o crime organizado, e os crimes praticados com grave violência à pessoa”, o projeto demonstra ser o que a doutrina chama de “lei de crise” ou, ainda, “lei-álibi”. Álibi porque mascara, com o discurso populista de luta contra o crime e de proteção da paz social, intenções ocultas do legislador.⁽⁷⁾ A característica principal do Direito Penal simbólico dessas “leis de combate” é a diferença entre os fins manifestos e os fins latentes na edição das normas.⁽⁸⁾ E, no tópico do excesso em legítima defesa, não é difícil supor quais os fins latentes sob a nova previsão de redução de pena e perdão judicial, quando se pensa que cerca de 40% dos assassinatos noticiados às autoridades estatais no Rio de Janeiro hoje em dia são relacionados aos autos de resistência.⁽⁹⁾ Em tempo: em janeiro de 2018, os autos de resistência registrados no Rio de Janeiro superaram 154, maior número em vinte anos, computando-se cerca de uma morte por intervenção policial a cada 5 horas. E mais: de 1998 a 2018, estima-se que 13.499 pessoas morreram em confrontos policiais na capital fluminense.⁽¹⁰⁾ Se, conforme diz **Hassemer**, o Direito Penal simbólico é uma pilhéria,⁽¹¹⁾ a inovação ora discutida é uma pilhéria que pode custar vidas se de alguma forma for usada para ocultar ou legitimar as mortes causadas por agentes de segurança pública em serviço.

Se, conforme lembra **Foucault**, as leis são feitas por e para alguns e são aplicadas/impostas aos outros,⁽¹²⁾ o projeto em análise está inserido no que o filósofo chamava de gestão diferencial de ilegalidades. Tais ilegalidades (ou ilegalismos) são arranjos de permissões e proibições no seio dos sistemas penais que ora servem de privilégio ou subterfúgio às classes dominantes para moverem-se de acordo com seus interesses entre procedimentos legais e instituições, e ora servem de instrumento de controle, isolamento ou neutralização das classes dominadas.⁽¹³⁾

Observar a quem serve a proposta de redução de pena ou perdão judicial nos excessos de legítima defesa, no país em que a “guerra às drogas” conduz a recordes de mortes causadas por policiais, é observar como a lei é capaz de gerir ilegalismos de maneiras distintas. Não à toa o Ministro da Justiça, autor do projeto, afirmou que, apesar de ninguém desejar a morte do “criminoso”, caso aconteça, “o policial não pode ser tratado como homicida”.⁽¹⁴⁾

Por todo o acima exposto, em que se buscou tão-só apontar os equívocos, intencionais ou não, do projeto de reforma autointitulado anticrime, fulcrando a crítica meramente num item do projeto – o tratamento jurídico do excesso na justificante da legítima defesa –, tem-se que as premissas direcionam num

determinado sentido: muito além de recrudescer a punição num país em que 98% do PIB está concentrado nas mãos de 3% de sua população – elemento que, por si só, deveria destruir as claras fragilidades do chamado pacote legislativo anticrime –, o que se propugna é oferecer um projeto de lei calcado no populismo barato, atécnico, nada racional, hábil a legitimar milícias e certos grupos de extermínio que parecem operar dentro do Estado e que, carente de qualquer base empírica, divorciado não apenas da realidade social do país, surta à dogmática jurídico-penal, o que o faz desbordar para o puro arbítrio, ao autoritarismo e, fundamentalmente, exigindo de seus propositores e defensores o recurso sempre recorrente ao discurso populista e a argumentos de autoridade, como o fato de o projeto ser uma cópia do que se fez na Itália.

A total inexistência de estudos, pesquisas, debates, discussões com conhecedores do tema e da boa técnica legislativa e o respeito à dogmática penal parece conduzir ao lugar de sempre: a vala da mediocridade histórica, lugar-comum de projetos de tal jaez.

Notas

- (1) PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol. I – Parte Geral. 15. Ed., Rev., atualiz. e reform. São Paulo: RT, 2017. p. 245.
- (2) CEREZO MIR, José. La naturaleza de las cosas y su relevância jurídica. In: *Problemas fundamentales del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1982. p. 41.
- (3) WELZEL, Hans. *O novo sistema de direito penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, pp. 14-18.
- (4) WELZEL, Hans. *Idem*, p. 88-89.
- (5) PRADO, Luiz Regis. O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, RT, ano 7, n. 27, p. 128-129, jul./set./1999.
- (6) MISSE, Michel (org.). 2011. “Autos de Resistência”: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)”. Relatório Final de Pesquisa - Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflitos e Violência Urbana. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mimeo.
- (7) HASSEMER, Winfried. Direito penal simbólico e tutela de bens jurídicos. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. In: VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (org.). *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 214.
- (8) HASSEMER, Winfried. *Idem*, p. 217.
- (9) SOARES, Rafael. Tráfico e milícia são responsáveis por um terço dos homicídios elucidados no Rio. Extra. 27/09/2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/trafico-milicia-sao-responsaveis-por-um-terco-dos-homicidios-elucidados-no-rio-23404374.html> Acesso em: 12 fev. 2019.
- (10) MARINATTO, Luã. Janeiro registrou o maior número de autos de resistência da história no Rio. Extra. 02/03/2018. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/janeiro-registrou-maior-numero-de-autos-de-resistencia-da-historia-no-rio-22448956.html> Acesso em: 12 fev. 2019.
- (11) HASSEMER, Winfried. *Ibidem*, p. 218.
- (12) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; trad. Raquel Ramalhete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 261.
- (13) DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Claudia Sant’Anna Martins. Rev. Renato Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 39.
- (14) PALMA, Gabriel; CALGARO, Fernanda. Moro diz que policial não pode ser tratado como homicida se criminoso morrer. G1. 06/02/2019. Disponível em: Acesso em: 12 fev. 2019.

Cláudio Ribeiro Lopes

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3916-0322>

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Mestre e graduado em Direito. Professor Adjunto 3 da UFMS. claudiolopes198@gmail.com

Alexis Andreus Gama

Especialista em Ciências Penais e Graduado em Direito.

Escrevente Técnico Judiciário – TJSP.

alexislps90@hotmail.com

A legítima defesa no “projeto anticrime”: considerações críticas preliminares

Luan de Azevedo Monteiro, Sabrina Ribeiro Chaves e
Hamilton Gonçalves Ferraz

1 Introdução

O pacote de medidas criminais do Ministério da Justiça e Segurança Pública propõe modificações substanciais nas previsões penais da legítima defesa.

Diante dos possíveis impactos a serem provocados pelas mudanças, o presente artigo busca refletir sobre o tema, apresentando observações preliminares acerca da proposta de alteração dos artigos 23 e 25 do Código Penal.

A partir de revisão bibliográfica e pesquisa documental sobre o tema, será feito breve panorama conceitual da legítima defesa. Na sequência, será abordada a exigibilidade de conduta diversa e o excesso nas causas de justificação; e em um terceiro e final momento, apresentado o anteprojeto de lei com as respectivas considerações críticas pertinentes, à luz da Constituição.

2 Breve panorama conceitual

2.1 O instituto da legítima defesa no Direito Penal brasileiro

A Reforma da Parte Geral de 1984 conferiu a redação da legítima defesa que hoje conhecemos nos artigos 23, II e 25, não considerando crime a conduta do sujeito que, “*usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*”.

A legítima defesa é composta por cinco requisitos, sendo quatro de ordem objetiva e um subjetivo. Em primeiro lugar, é necessário que haja uma *agressão injusta*, isto é, uma conduta comissiva ou omissiva humana voluntária (dolosa ou culposa) e ofensiva, que tende a lesionar um bem jurídico, sem justificação no ordenamento jurídico.⁽¹⁾

Em segundo lugar, a agressão injusta deve ser *atual ou iminente*; em outras palavras, ela deve estar acontecendo ou estar prestes a acontecer, o que coincide com o momento final dos atos preparatórios.⁽²⁾

O terceiro elemento se refere ao *bem jurídico*. A princípio, qualquer bem jurídico, individual ou coletivo, pode ser objeto de legítima defesa. Em se verificando direitos disponíveis, agente capaz e legítima defesa de terceiro, deve haver concordância ou consentimento do titular.⁽³⁾

O último dos requisitos objetivos é a *exigência de necessidade e moderação em relação à defesa*, isto é, o agente deve se valer dos meios suficientes e indispensáveis para reagir, sendo que a mera possibilidade de fuga não é um impeditivo. A reação pode chegar até onde seja requerida para a efetiva defesa imediata, porém, não deve ir além do estritamente necessário para o fim proposto.

Por fim, de forma ainda predominante, entende-se que a legítima defesa é integrada também por um requisito subjetivo, o *animus defendendi*, isto é, consciência e vontade também em relação à situação justificante. Dessa forma, a legítima defesa só

pode ser realizada caso seja feita com a intenção de autodefesa ou de defesa de terceiro.⁽⁴⁾

2.2 A exigibilidade de conduta diversa e o excesso em causas de justificação

A exigibilidade de conduta diversa é definida como a possibilidade concreta do autor de poder decidir praticar o crime ou não, isto é, de adotar sua posição de acordo com o conhecimento do injusto. Somente pode ser reprovável, isto é, culpável, o crime que o autor escolheu livremente praticar.⁽⁵⁾

Existirão hipóteses em que não haverá como se exigir outra conduta diferente daquela praticada. Esses contextos são as chamadas “*situações de exculpação*”. Uma delas são os *excessos de legítima defesa real por defeito emocional ou excesso de legítima defesa putativa*, que aparentemente constam no anteprojeto, no art. 23, §1º e 2º:

“Art. 23 § 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, 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.”

Tais situações de exculpação acerca de excesso de legítima defesa baseiam-se na ideia de que os estados afetivos de medo, susto ou perturbação reduzem o controle do indivíduo sobre suas ações e reações, e, conseqüentemente, também reduzem ou extinguem sua culpabilidade.

3 Análise crítica do anteprojeto de lei

3.1 Sobre a necessidade do anteprojeto

Conforme exposto anteriormente, em relação à exigibilidade de conduta diversa, há situações de exculpação referentes ao excesso de legítima defesa real ou putativa por razão de defeito emocional. Ou seja, o sujeito já pode ter sua culpabilidade excluída por defeito na dimensão emocional do tipo de injusto, determinado por medo, susto ou violenta emoção, conforme estabelecem doutrina e jurisprudência.⁽⁶⁾

Outrossim, em relação ao art. 25, acrescenta-se um parágrafo único, composto de dois incisos:

“Art. 25 Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

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”.

A redação do parágrafo único merece atenção: “*observados os requisitos do caput, considera-se legítima defesa [...]*”. Se seguirmos uma interpretação fiel à letra da lei, e se toda a caracterização do instituto da legítima defesa, realizada no *caput*, se tornar requisito para a interpretação das hipóteses dos incisos

I e II, não haverá motivo para qualquer mudança legislativa. Inexistiria razão pela qual deveriam se destacar as situações dos incisos I e II se as mesmas se submetem completamente aos requisitos do *caput*; afinal, estas seriam parte de uma mesma situação já imbuída de estatuto jurídico.

Não obstante a legítima defesa ser consagrada a toda e qualquer pessoa, o anteprojeto apresenta uma especificação. Estará em legítima defesa 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*” (art. 25, p.u, I).

Em uma análise mais detida, é perceptível que esse inciso se aplica a situações que já poderiam ou ser legítima defesa, caso se interprete que reagir a uma iminente agressão seja o mesmo que “prevenir iminente agressão”, ou, ainda que excepcionalmente, ser abarcadas pelo estado de necessidade, se se interpretar que se trata de uma antecipação contra agressão futura.⁽⁷⁾ Ademais, referir-se a uma característica pessoal do autor – o fato de ser agente policial ou de segurança pública –, é menção supérflua, dado que, como foi mencionado alhures, a legítima defesa é garantida a todos, indistintamente. No mesmo sentido, também independe de qualquer elemento contextual, como um “conflito armado”.

Em relação ao art. 25, p.u, II, tratando-se de vítima feita refém, observa-se que não se concebe hipótese em que um indivíduo capturado nessas circunstâncias não seja vítima de violência e não exista agressão, atual ou iminente. Sendo assim, não é o inciso II que cria hipótese para permitir a ação policial; ela também sempre existiu a partir do alcance do próprio *caput*.

Se, porém, o anteprojeto se fizer necessário, a análise de suas disposições deve levantar possibilidades interpretativas distintas, que preencham suas normas de sentido autêntico. A partir desse momento, suscitam-se problemas de proporcionalidade, isonomia e mesmo de garantia de segurança pública.

3.2 O anteprojeto e o princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é consagrado pela Constituição em várias situações, dentre as quais: a exigência da individualização da pena, proibição de determinadas modalidades de sanções penais, penas de maior rigor para casos mais graves e moderação nos casos de infrações de menor potencial ofensivo. Ele é constituído por três subprincípios parciais: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*. O respeito à dignidade da pessoa humana e a consecutiva proibição de excessos e proibição de proteção deficiente são suas concepções estruturais.⁽⁸⁾ A ação de todo e qualquer agente estatal se encontra, portanto, subordinada ao princípio constitucional da proporcionalidade.

No anteprojeto de lei, como visto, os incisos I e II, vinculados ao artigo 25, pretendem oferecer previsão legal a determinadas condutas de agentes policiais ou de segurança pública, reconhecendo legítima defesa em certos contextos ou situações. Destacamos dois trechos: um relativo à ação de defesa (“*previne*” – art. 25, p.u, I e II), e outro relativo a um contexto (“*em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado*” – art. 25, p.u, I).

Conforme apontado, o instituto da legítima defesa se funda a partir de uma injusta agressão, atual ou iminente – no último caso, a reação defensiva já busca prevenir os possíveis ou prováveis males futuros provenientes da agressão. Se o sentido dessas disposições for distinto do art. 25, *caput*, isso significa

que a concepção de uma ação preventiva contra agressões ou riscos iminentes de agressão a que se referem os incisos I e II só poderá situá-los em momento anterior à própria iminência – ou seja, no campo dos atos preparatórios, que não podem ser caracterizados como iminentes, atuais ou talvez sequer como agressões injustas em si, por ausência de lesividade. Resta clara uma verdadeira antecipação do momento da injusta agressão e da respectiva reação, que a converte em um ataque preventivo, o que é grosseiramente desproporcional, descaracterizando toda a racionalidade da legítima defesa e seus fundamentos jurídico-teóricos.

Em que situações, o que será considerado agressão, atual ou iminente, e até onde pode ser antecipada a legítima defesa? Enquanto tentativa de limite contextual, o art. 25, p.u, I busca afirmar uma situação de “conflito armado” iminente, o que ainda não responde aos questionamentos suscitados. Como recorda **Luís Greco**, essa situação tem significado próprio no Direito Internacional Humanitário. Apesar de figurar em documentos de várias Convenções, estes não possuem uma definição estrita do seu significado. Desde o uso no art. 1º, II do Segundo Protocolo sobre Conflitos Armados Não-Internacionais até a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, relacionada à aplicação do art. 8 do Estatuto de Roma, conflito armado se refere a guerras civis, situação drasticamente distinta da brasileira.⁽⁹⁾ Sem um significado preciso nem mesmo no Direito Internacional, a expressão “conflito armado” assume, inevitavelmente, grande elasticidade à interpretação, a qual, por sua vez, será carregada de preconceitos, sentimentos e emoções do julgador e, por isso, manipulável, podendo abrigar inúmeras hipóteses e situações debaixo desse termo “guarda-chuva”, desde brigas de bar, conflitos entre torcidas organizadas, até tiroteios em vias expressas no Rio de Janeiro, ou operações policiais e militares em comunidades dominadas por organizações criminosas.

Sob essa ótica, Greco ressalta que a aplicação do termo relacionada ao direito de guerra induz a uma dicotomia “combatente-civil”, estabelecendo novos parâmetros para essa relação, permitindo não só a ação de matar o inimigo combatente com dolo direto como também a morte de civis, encarada aqui como dano colateral, ou seja, sendo esperada e naturalizada.

Por último, em recente entrevista, Moro afirma que a previsão de “situação de conflito armado” visa evitar que o policial precise esperar o criminoso atirar primeiro. Em suas palavras: “*na verdade, ele estabelece ali uma situação de conflito armado, ou um risco iminente de conflito armado. Eu acho que o policial não precisa levar um tiro para ele tomar alguma espécie de reação*”.

⁽¹⁰⁾ Porém, a disciplina já existente da legítima defesa comporta a possibilidade de reação ante a iminência do ataque; e, ademais, uma afirmação como essa representa, mais uma vez, a imposição de uma lógica belicista instrumentalizada na antecipação da legítima defesa.

Importa frisar: os direitos concedidos pela legítima defesa devem ser estritamente excepcionais, uma vez que a gravidade da situação justificante sobre a vítima torna tênue o limite entre o lícito e o ilícito, entre o que pode ser considerado uma defesa necessária e proporcional de um direito e o que pode caracterizar uma antecipação, ou reação abusiva e desmoderada exercida pelo próprio ofendido. Nesse contexto, a possibilidade de uma “legítima defesa antecipada” (ataque preventivo), regida por uma lógica de guerra, é uma previsão atentatória à proporcionalidade e mesmo à segurança jurídica.

3.3 O anteprojeto e o princípio da isonomia

Agentes policiais e de segurança pública possuem, dentre inúmeros deveres e responsabilidades atribuídos pela Constituição e legislação ordinária, regulamentos e estatutos disciplinares, o fundamental dever de proteger não apenas a vida da vítima, mas também a vida do cidadão autor de infrações penais, a fim de garantir que a investigação, a persecução e eventual condenação penal sejam devidamente realizadas no marco do Estado Democrático de Direito. Por isso, para o exercício dos poderes necessários às suas funções, são profissionais treinados e regidos por protocolos específicos, para a proteção de terceiros e de si próprios, o que significa, em termos penais, que devem ser submetidos a maiores responsabilizações e deveres⁽¹¹⁾ por suas condutas do que cidadãos comuns.

A concepção de uma “legítima defesa preventiva” para conflitos armados ou situações de vítima feita refém, associada à previsão indistinta da redução de pena ou perdão judicial em caso de medo, surpresa ou violenta emoção, sem qualquer ressalva para a condição profissional de policiais e agentes de segurança pública, ignora o maior grau de controle a que estes devem ser sujeitos e favorece, na prática, maior isenção de responsabilidade penal desses agentes, seja pela aplicação dessas exculpantes, seja pela possível banalização das hipóteses de erro envolvendo causas de justificação.

Nesse sentido, as modificações do anteprojeto se convertem não apenas em privilégios funcionais desiguais, mas também em perigosos estímulos a ações mais impulsivas e pouco preocupadas com o respeito aos protocolos funcionais de atuação.

3.4 O anteprojeto e a segurança pública brasileira

Como se sabe, o período de redemocratização não promoveu grandes transformações no modelo policial adotado pelo Estado brasileiro. Ainda que modificações normativas e funcionais tenham ocorrido no seio dessas instituições de maneira a salvaguardar direitos humanos, ainda persistem nas polícias culturas e práticas autoritárias. Violência, morte, tortura, maus-tratos e impunidade são, lamentavelmente, comuns no sistema de segurança pública brasileiro, além da seletividade da repressão e violência policial sobre jovens negros e pobres.⁽¹²⁾ A filosofia e prática operacional das polícias militares guardam similaridades com o Exército. A maneira como as polícias ainda são treinadas para “combaterem o crime”, sendo o “criminoso” o “inimigo” a ser aniquilado, em muito se assemelha ao modelo de uma guerra, ou seja, a polícia é formada a partir de estruturas e conceitos militares em sua ação cotidiana na segurança pública.⁽¹³⁾

Nesta seara, as reformas concebidas para o instituto da legítima defesa contribuem negativamente, oferecendo maior risco à segurança pública, uma vez que potencializam os problemas de letalidade e brutalidade policiais já existentes.

4 Conclusão

No que tange à legítima defesa, o anteprojeto traz modificações desnecessárias, uma vez que as disposições hoje em vigor já permitem atuação e proteção policial responsável.

Se de fato necessário, o anteprojeto permite, em afronta à proporcionalidade e à isonomia, licenças para que o Estado brasileiro, na pessoa de seus agentes policiais e de segurança pública, em contextos mais ou menos cotidianos de favelas, comunidades e regiões metropolitanas, aplique, em nome de uma “segurança pública”, penas de morte sem processo,

principalmente a jovens negros e pobres em suposta autoria de infrações penais.

Referências

- TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- TRINDADE, Arthur. PORTO, Maria Stela Grossi. Controlando a Atividade Policial: uma análise comparativa dos códigos de conduta do Brasil e Canadá. **Sociologias**, Porto Alegre, n.º 27, ano 13, p. 342-381, maio/ago. 2011.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956
- ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Notas

- (1) MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 588.
- (2) Percepção majoritária a partir da *teoria da defesa eficaz* (BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 489-490; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 225-226).
- (3) SANTOS, *op. cit.*, 2012. p. 234.
- (4) *Ibidem*, p. 125. No Brasil ainda é a visão predominante – por todos, na atualidade, MARTINELLI; BEM, *op. cit.*, p. 583; minoritários, Nilo Batista e Raúl Zaffaroni argumentam que o Estado exigir consciência e vontade para o exercício de uma causa de justificação é imposição de determinado viés moral: “ninguém está jungido a conhecer em quais circunstâncias atua quando no exercício de um direito” (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro, II, II*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 42-44).
- (5) WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 181.
- (6) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 329.
- (7) TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 334.
- (8) Sobre o princípio da proporcionalidade, conferir SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 466 e s.
- (9) GRECO, Luís. Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no ‘Projeto de Lei Anticrime’. JOTA, 07 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/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: 12 fev. 2019.
- (10) MORO discorda que projeto anticrime seja “licença para policial matar”. **iG, São Paulo**, 04 fev. 2019. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2019-02-04/projeto-anticrime-licenca-matar.html>>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- (11) TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 344-345.
- (12) TRINDADE, Arthur. PORTO, Maria Stela Grossi. Controlando a atividade policial: uma análise comparativa dos códigos de conduta do Brasil e Canadá. **Sociologias**, Porto Alegre, n.º 27, ano 13, p. 342-381, mai./ago. 2011. Acerca da letalidade policial evidenciada nas mortes decorrentes de intervenção policial (“autos de resistência”), conferir, por todos, ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- (13) TRINDADE; PORTO, *op. cit.*

Luan de Azevedo Monteiro
Graduando em Direito – FND/UFRJ.
luanmonteirofnd@gmail.com

Sabrina Ribeiro Chaves
Graduanda em Direito – FND/UFRJ.
sabrinaribeirochaves@gmail.com

Hamilton Gonçalves Ferraz
Doutorando em Direito pela PUC-Rio.
Mestre em Direito Penal pela UERJ.
Professor (UNESA/FND-UFRJ).
ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

Da investigação ao encarceramento: as propostas de incremento do uso da tecnologia no Projeto de Lei Anticrime

Dennys Marcelo Antonialli, Nathalie Fragoso e Heloisa Maria Machado Massaro

1 Introdução

Uma análise sistemática do PL 882/19 revela que um de seus grandes pontos de apoio é o fortalecimento das capacidades de vigilância das autoridades de investigação por meio da tecnologia. Se, por um lado, o advento dessas novas capacidades tecnológicas pode, de fato, facilitar o trabalho de investigação e viabilizar novas estratégias de persecução criminal, por outro, deve também suscitar um debate aprofundado sobre as garantias que devem balizar a atuação das autoridades de investigação nesse novo contexto. Ao inserir dispositivos que ampliam as prerrogativas de utilização da tecnologia no âmbito penal de forma esparsa e fragmentada, o PL 882/19 promove alterações substanciais de forma velada, minimizando as chances de amadurecimento do tema no debate público.

Diante disso, o objetivo deste artigo é apresentar, de forma sistematizada, as principais mudanças introduzidas pelo PL 882/19 no que diz respeito à utilização da tecnologia no âmbito penal, chamando a atenção para as principais questões que podem advir de sua aplicação, especialmente em relação à: (i) coleta de dados pessoais para criação de bancos de dados multibiométricos; (ii) utilização de tecnologias de interceptação para o acesso a dados de comunicações; (iii) ampliação das capacidades de utilização de captação ambiental; e (iv) adoção de tecnologias na rotina da justiça criminal.

2 Coleta de dados pessoais: o Banco de Dados de perfil genético e o Banco de Dados Multibiométrico e de Impressões Digitais

O PL 882/19 prevê a alteração do art. 9º-A da LEP, que trata da identificação do perfil genético, mediante extração de DNA. Se aprovado, o dispositivo tornará compulsória a identificação para todas/os as/os condenadas/os por crimes dolosos, independentemente de trânsito em julgado da decisão condenatória. A recusa passa a constituir falta grave. Ainda quanto à coleta, armazenamento e utilização de dados genéticos, a exclusão do perfil genético, segundo a redação proposta para o art. 7º-A da Lei 12.037/09, ficaria condicionada à absolvição ou ao requerimento da/o afetada/o, passados vinte anos desde o cumprimento da pena.

A extração obrigatória, medida já controversa,⁽¹⁾ alcança hoje as/os condenadas/os por crimes com violência grave contra a pessoa e hediondos, quando cometidos com dolo – ou quando da identificação criminal, se essencial às investigações policiais.⁽²⁾ A alteração, no que diz respeito ao artigo 9-A da LEP, deixa de guardar referência, portanto, com a natureza ou gravidade do crime, para expandir significativamente o número de afetados. Não são ademais abordadas as lacunas na proteção de dados da regulação atual.⁽³⁾

O PL 882/19 compreende ainda outras modificações na Lei 12.037/09. Entre elas, a criação, também a cargo do Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, para o armazenamento de dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsídio de investigações criminais (§1º). O Banco seria alimentado pelos registros colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal (§2º), pelos dados de presos provisórios ou condenados (§3º) e pelos dados constantes de quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação civil (§4º).

A integração e o compartilhamento dos dados do Banco Multibiométrico ficariam limitados às impressões digitais e às “informações necessárias para identificação do seu titular”, no caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral. Tal integração ou a interoperação dependeria da realização de acordo ou convênio com a unidade gestora do respectivo banco (§6º) e, mais importante, a regulamentação da formação, a gestão e o acesso ao Banco é delegada ao Poder Executivo Federal (§11). O banco é sigiloso e o acesso de autoridades policiais e do Ministério Público, no caso de inquérito ou ação penal instauradas, poderá ser concedido pelo juiz competente (§10).

Tal compartilhamento já vem, de fato, acontecendo por meio de convênios e acordos de cooperação técnica e, mais recentemente, nos termos do Decreto 8.789/16, no que tange aos órgãos federais. Comum a tais iniciativas é a pouca preocupação com medidas de transparência, controle público e segurança dos dados. No caso do PL 882/19, em contraste com as permissões vultosas, não são estabelecidos mecanismos ou instâncias de supervisão; a segurança, proteção e confidencialidade dos dados são tratados superficialmente; e limites aos cruzamentos de dados possíveis não são estabelecidos. Cabe ressaltar ainda que, em se tratando do uso de dados para fins de segurança pública, as garantias previstas na Lei 13.709 (“Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”), que entrará em vigor em 2020, não se aplicam, segundo seu art. 4º, III, a.

A relação entre a coleta e armazenamento de dados biométricos de cidadãos e o aumento da eficácia de investigações criminais é amplamente questionada na literatura.⁽⁴⁾ Nesse sentido, a criação de ostensivos bancos de dados pelo PL 882/19 não tem sua necessidade e adequação demonstradas; e os dispositivos propostos falham no estabelecimento de garantias aos indivíduos afetados pelo compartilhamento de dados pessoais, especialmente porque, no caso brasileiro, a coleta de determinados dados biométricos constitui condição para o exercício do direito de voto.

3 A utilização de tecnologias de interceptação para o acesso a dados de comunicações

O PL 882/19 amplia substancialmente as prerrogativas de acesso a comunicações no Brasil. Destacam-se, nesse sentido, a previsão de inclusão do art. 9-A na Lei das Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/96), e o acréscimo dos artigos 21-A e 21-B na Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/13), regulamentando a escuta ambiental como meio de obtenção de prova.

Reafirmando a aplicação da Lei de Interceptações Telefônicas à interceptação em sistemas de telemática e informática, a inclusão do art. 9-A à Lei 9.296/96 passa a admitir também a “apreensão” de dados armazenados, equiparando-os às comunicações em fluxo.

O alcance da proteção constitucional conferida a comunicações em fluxo e a dados armazenados é tema controverso. Atualmente, a interpretação dominante,⁽⁵⁾ reafirmada em decisões paradigmáticas do STJ⁽⁶⁾ e do STF,⁽⁷⁾ entende que o inciso XII da Constituição Federal garantiria apenas o sigilo das comunicações *em fluxo*, não se estendendo às comunicações armazenadas. Em paralelo, a Lei das Interceptações regulamenta as hipóteses de quebra desse sigilo.

Assim, enquanto a interceptação das comunicações em fluxo, que permite o acesso a uma quantidade temporalmente limitada de informações, tem suas hipóteses e requisitos estritamente regulamentados pela Lei de Interceptações, o mesmo não acontece com o acesso a dados armazenados, cuja proteção se limita à exigência de ordem judicial, sem requisitos delimitados, por força do art. 7º, inciso III, da Lei 12.965 (“Marco Civil da Internet”).

Esse cenário estabeleceu um descompasso entre a proteção conferida aos dados e comunicações armazenados e àqueles em fluxo, sobretudo em face da popularização de smartphones, que armazenam grandes quantidades de dados, como fotos, emails e mensagens. Inclusive, o entendimento de que a Constituição Federal garantiria apenas o sigilo das comunicações em fluxo vem sendo adotado em decisões de tribunais estaduais como fundamento para a admissão do acesso a dados armazenados em celulares sem ordem judicial.

Se, por um lado, pode-se dizer que a equiparação proposta pela inclusão do art. 9-A faria incidir sobre dados armazenados as mesmas garantias previstas para a interceptação de comunicações em fluxo, que já se encontram consubstanciadas na Lei de Interceptações, por outro, pode-se dizer que a proposta sabota a possibilidade de amadurecimento do debate público em relação à pertinência desses requisitos para esses casos. Afinal, a autorização de acesso aos arquivos e a todas as comunicações armazenados, atuais ou pretéritos, poderia depender de parâmetros e salvaguardas ainda mais restritivos.

Essas questões se intensificam na medida em que o art. 9-A ainda estabelece que tanto as interceptações em sistemas de informática quanto a apreensão de conteúdos armazenados devem poder ser efetuadas por “qualquer meio tecnológico disponível”, abrindo caminho para interpretações extensivas do dispositivo, que poderiam servir de argumento para justificar a exigência de adoção de técnicas que podem envolver quebra de tecnologias de criptografia, exploração de vulnerabilidades de sistemas, e contaminação de redes e dispositivos, incluindo infecções por *malware*.⁽⁸⁾

Além do dispositivo, o PL 882/19 amplia explicitamente as capacidades de infecção de dispositivos para a obtenção de dados (“infiltração virtual”). É o caso da autorização de infiltração de agente disfarçado como procedimento investigatório na “Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro” (Lei 9.613/98), e das alterações

na Lei de Armas (Lei 10.826/03) e na Lei de Drogas (Lei 11.343/06), que visam fortalecer a prática de “operações policiais disfarçadas”, prevendo, expressamente, que a venda de drogas e armas ilegais e irregulares a agente policial disfarçado não afastam a tipicidade nem a antijuridicidade da conduta. Em conjunto com o art. 9-A, que se pretende incluir à Lei das Interceptações, esses dispositivos podem autorizar as mais diversas práticas de infiltração virtual.

Nessa esteira, o PL 882/19 também propõe uma alteração no art. 3º Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/13), alargando as hipóteses em que são admitidos os meios de obtenção de prova, dentre os quais se incluem a própria infiltração de agentes policiais (inciso VII). Atualmente, essa previsão se aplica apenas às investigações de organizações criminosas. Com a nova redação do *caput*, passariam a ser admitidos na investigação de qualquer infração penal cuja pena máxima seja maior que 4 anos e infrações penais conexas.

4 A ampliação das capacidades de utilização de captação ambiental

Atualmente, a Lei das Organizações Criminosas prevê, em seu art. 3º, II, a captação ambiental como meio de obtenção de prova sem, todavia, regulamentá-la. Em paralelo, o STF, no julgamento do RE 583.937, com repercussão geral, decidiu pela licitude da prova obtida por esse meio, na hipótese de gravação realizada por um dos interlocutores.⁽⁹⁾

Para além de expandir as hipóteses de admissibilidade da captação ambiental previstas no *caput* do art. 3º, o PL 882/19 prevê a inclusão do art. 21-A para regulamentar sua utilização. Os limites estabelecidos pelo dispositivo são muito semelhantes àqueles previstos na Lei das Interceptações: seria admitida a captação ambiental mediante ordem judicial na investigação de crimes cuja pena máxima seja superior a 4 anos e conexos, quando a prova não puder ser produzida por outro meio. O prazo máximo da diligência deverá ser de 15 dias, renovável se comprovada a indispensabilidade da prova.

A semelhança com a Lei das Interceptações, cuja aplicação subsidiária também é prevista, remete à tradicional concepção da captação ambiental como a gravação de um diálogo entre dois ou mais interlocutores. Não obstante, a previsão de captação de “*sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos*” extrapola muito essa hipótese. A captação de sinais ópticos, por exemplo, pode incluir o uso de câmeras de vigilância e tecnologias de reconhecimento facial. Da mesma forma, a previsão ampla de captação de sinais eletromagnéticos pode importar na captação de sinais emitidos por dispositivos eletrônicos, incluindo, por exemplo, os dados transmitidos pelas redes *Wi-Fi* e informações de geolocalização de celulares.

A racionalidade da proposta, na verdade, parece ser a de ampliar significativamente a base legal para adoção da captação ambiental. No mesmo sentido das previsões que expandem as hipóteses de infiltração policial, o §2º do art. 21-A prevê a possibilidade de que as ferramentas para captação ambiental sejam instaladas por meio de “operação policial disfarçada”, estabelecendo uma prerrogativa ampla, que pode vir a justificar, inclusive, a infecção de dispositivos para que esses capturem sinais ópticos, sonoros e eletromagnéticos. Em paralelo, a autorização expressa para a captação de sinais ópticos em locais públicos sem ordem judicial prevista no §6º do mesmo artigo chancelaria a adoção de tecnologias de vigilância que já vêm sendo objeto de debates, como as câmeras de vigilância do sistema Detecta,⁽¹⁰⁾ em São Paulo, e a implementação de câmeras de reconhecimento facial no Rio de Janeiro.⁽¹¹⁾

5 A adoção de tecnologias na rotina da justiça criminal

De acordo com a redação vigente do art. 185, §2º do CPP, a utilização de videoconferência para interrogatório da/o acusada/ é excepcional. O PL 882/19 inverte essa lógica ao propor alargar essas circunstâncias no inciso IV do mesmo artigo. Com isso, a videoconferência passa a ser sempre possível, dada a abrangência da hipótese de economia de recursos (inciso IV), e, em alguns casos (art. 185, §10 do PL 882/19), obrigatória.

Embora o uso de videoconferência no processo penal esteja, de fato, em expansão dentro e fora do país, especialmente no que diz respeito ao depoimento de testemunhas e peritos,⁽¹²⁾ a proposta parece não levar em consideração o impacto do uso da tecnologia sobre o exercício da defesa da pessoa presa. Isso porque a previsão de seu emprego massivo e abrangendo a totalidade do processo pode afetar o exercício de garantias e reforçar a alienação da pessoa presa em relação ao processo.⁽¹³⁾ Estudos indicam que a videoconferência pode ter impactos sobre a percepção dos julgadores acerca do acusado, seja em razão da dificuldade incrementada de perceber sinais não verbais, seja por detalhes tais como o ângulo de posicionamento da câmera;⁽¹⁴⁾ e pode impor dificuldades sobre a efetiva capacidade da/o réu de confrontar testemunhas, de realizar acareações, de comunicar-se privada e adequadamente com seu defensor.⁽¹⁵⁾

O PL 882/19 também prevê mudanças na Lei 11.671/2008, que regula estabelecimentos penais federais de segurança máxima, determinando a sujeição generalizada à captação e registro das comunicações (com filmagem e gravações) das visitas, cuja realização ficaria restrita a meio virtual ou parlatório; o monitoramento de todos os meios de comunicação da pessoa presa, inclusive correspondência escrita; e o monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública.

Os estabelecimentos prisionais federais passariam, assim, a restringir de maneira uniforme e ostensiva a privacidade de todas/os as/os presas/os, independentemente da existência de indícios de prática de qualquer ato criminoso. A exigência de câmeras nos parlatórios ameaça ainda a prerrogativa de sigilo das comunicações entre advogado e cliente – mesmo que decisão judicial que identifique indício de participação do advogado no crime seja necessária para a sua quebra. Além disso, afeta o direito à privacidade das próprias pessoas que fazem as visitas.

O emprego de recursos tecnológicos é proposto, nos dispositivos comentados, sem consideração às particularidades de casos concretos e a avaliação individualizada da proporcionalidade da medida para a realização dos seus propósitos, já que num como noutro caso afetam o exercício de direitos.

6 Conclusão

O PL 882/19 anuncia, entre seus propósitos, o objetivo de atualizar alguns marcos normativos para que passem a contemplar os avanços tecnológicos no âmbito da investigação, persecução e execução penal. Cabe agora ao Congresso Nacional avaliar as repercussões das propostas na privacidade, intimidade e segurança dos cidadãos, atentando à persistente necessidade de estabelecer limites claros ao poder de punir do Estado e atualizá-los, quando o contexto inaugura novos riscos a tais direitos. Para tanto, é importante avaliar o projeto de forma integrada, percebendo as profundas alterações que promove no que tange às autorizações para o uso da tecnologia no âmbito penal e o risco de comprometimento do alcance das garantias constitucionais penais.

Notas

- (1) A questão é discutida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 973.837.
- (2) Também é possível a extração para identificação criminal, nos termos do art. 5, parágrafo único da Lei 12.037/2009.
- (3) Além dos dispositivos da LEP e da Lei 12.037/2019, o Decreto 7.950/2013 e as resoluções do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos regulam a questão. Embora algumas garantias sejam previstas, como a necessidade de autorização judicial em caso de recusa (art. 4, III c.c. art. 8, parágrafo único da Resolução 9/2018), limites quanto às informações passíveis de armazenamento (art. 5-A da Lei 12.037/2009), boa parte delas tem status infralegal.
- (4) MURPHY, Erin. The new forensics: criminal justice, false certainty, and the second generation of scientific evidence. *California Law Review*, v. 95, p. 721, 2007.
- (5) O principal texto doutrinário que sustenta esse entendimento é: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 439-459, 1993. Para uma atualização desse posicionamento, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados, o direito à privacidade e os limites do poder do Estado: 25 anos depois. In: ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys (ed.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital - doutrina e prática em debate*. São Paulo: InternetLab, 2018. p. 18-42. Disponível em: <https://goo.gl/94smgq>.
- (6) Supremo Tribunal federal. *Habeas Corpus* 91.867/SP. Min. rel. Gilmar Mendes, julg. 24.04.2012. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/02/HC-91.867.pdf>; Supremo Tribunal Federal. RE 418.416-8/SC. Min. rel. Sepúlveda Pertence, julg. 10.05.2006.
- (7) Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 66.368/PA. Min. rel. Gilson Dipp, julg. 05.06.2007. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/02/hc-66.368.pdf>
- (8) Sobre práticas de hacking estatal e o debate de garantias e regulamentações envolvido ver: ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. *E quando o policial vira hacker?* InternetLab, 17 jul. 2017. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/e-quando-o-policial-vira-hacker/>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- (9) Supremo Tribunal Federal. RE 583.937. Min. Rel. Cezar Peluso, julg. 19.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2610668>.
- (10) ALTENHAIN, Claudio. *Tropicalizing surveillance: how big data policing “migrated” from New York to São Paulo*. In: Simpósio Internacional LAVITS IV, 2016, Buenos Aires. *Anais...* Buenos Aires: LAVITS, 2016. Disponível em: <http://lavits.org/wp-content/uploads/2017/08/P2_Altenhain.pdf>.
- (11) RODRIGUES, Gustavo. Reconhecimento Facial na Segurança Pública: controvérsias, riscos e regulamentação. *IRIS*, 25 fev. 2019. Disponível em: <http://irisbh.com.br/pt/blog/reconhecimento-facial-na-seguranca-publica-controversias-riscos-e-regulamentacao/>.
- (12) VAN DER VLIS, Evert-Jan. Videoconferencing in criminal proceedings. In: BRAUN, Sabine; TAYLOR, Judith. *Videoconference and remote interpreting in legal proceedings*. Guildford: University of Surrey, 13.
- (13) *Ibidem*.
- (14) JOHNSON, Molly Treadway; WIGGINS, Elizabeth C. Videoconferencing in criminal proceedings: Legal and empirical issues and directions for research. *Law & Policy*, v. 28, n. 2, p. 211-227, 2006.
- (15) POULIN, Anne. Criminal justice and videoconferencing technology: the remote defendant. *Tulane Law Review*, vol. 78.

Dennys Marcelo Antonialli

Doutor em Direito Constitucional pela USP.

Mestre em Direito pela Stanford Law School, EUA,
e pela Bucerius Law School, Alemanha.

Diretor Presidente do InternetLab, centro
independente de pesquisa em Direito e Tecnologia.

dennys@internetlab.org.br

Nathalie Fragoso

Doutoranda em Direito pela USP.

Bacharela em Direito pela USP.

Coordenadora da área “Privacidade e Vigilância” no InternetLab,
centro independente de pesquisa em Direito e Tecnologia.

nathalie.fragoso@internetlab.org.br

Heloisia Maria Machado Massaro

Bacharela em Direito pela USP. Pesquisadora no InternetLab,

centro independente de pesquisa em Direito e Tecnologia.

heloisa.massaro@internetlab.org.br

O excesso de legítima defesa no projeto de lei de reforma do Código Penal: o que está escrito e o que não está escrito

Sebastian Mello e Rafaela Alban

1 O projeto

Assim que foi anunciado o denominado “projeto de Lei Anticrime” pelo Ministro Sérgio Moro, muitos professores, juristas e estudiosos do Direito, de um modo geral, ressaltaram alguns dos seus aspectos polêmicos, inconstitucionais ou ineficazes.

O sem-número de questões polêmicas, reveladoras de uma política criminal manifestamente punitivista e utilitarista, pode terminar por obnubilar eventuais contribuições do projeto que, embora sejam, isoladamente, positivas, acabam sendo nocivas: a) pela redação adotada; b) pelo contexto que gera dúvidas e presunções incompatíveis com a clareza e o rigor técnico que se espera de um texto legal.

Um dos pontos que merece discussão e aperfeiçoamento diz respeito ao denominado excesso decorrente das excludentes de ilicitude, voltado sobretudo para o excesso decorrente de legítima defesa. Na atual redação do Código Penal, o art. 23, parágrafo único, afirma que “*o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo*”. O projeto propõe, como modificação, a inclusão de um segundo parágrafo no referido dispositivo, para estabelecer que: “*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*”.

O projeto, portanto, transforma o excesso de legítima defesa (ou das demais excludentes) – praticado em condições de escusáveis medo, surpresa ou violenta emoção – em causa de diminuição de pena ou, até mesmo, de perdão judicial.

A ideia, que não é de todo equivocada, peca, no entanto, por alguns defeitos: a) transforma uma situação típica de exculpação em causa de extinção da punibilidade; b) não faz qualquer distinção entre as exculpantes estênicas e astênicas, conferindo uma abertura excessiva ao alcance da norma; c) no contexto em que foi proposta (em conjunto com uma modificação na disciplina jurídica da legítima defesa por agentes policiais e de segurança pública), termina por criar uma presunção de excesso não culpável.

Cumprido, portanto, ainda que brevemente, pontuar as inconsistências da proposta, como um contributo na expectativa de que esta seja aperfeiçoada.

2 O excesso como causa de exculpação, não de perdão judicial

O Código Penal Brasileiro há muito reclamava uma disciplina jurídica decorrente do excesso de legítima defesa. Com efeito, há inúmeras situações nas quais, mesmo havendo pontuais excessos na condução da legítima defesa, o caso concreto demanda o reconhecimento da ausência de culpabilidade.

No entanto, na legislação em vigor, apesar das situações concretas nas quais o excesso se manifesta, não há uma previsão expressa para eventuais dirimentes, como existe no Código Penal alemão (§33) e no Código Penal de Portugal (art. 33º, 1 e 2).

Diante da inexistência de previsão expressa no nosso

ordenamento jurídico para crimes comuns,⁽¹⁾ a doutrina considera alguns casos de excesso de legítima defesa como causa supralegal de não culpabilidade, em face de um “*defeito na dimensão emocional do tipo de injusto, por medo, susto ou perturbação na pessoa do autor (efeitos astênicos, ou fracos) – mas não por ódio ou ira (efeitos estênicos, ou fortes)*”.⁽²⁾

No entanto, a solução por meio da inexigibilidade supralegal, não obstante esteja em conformidade com as perspectivas da satisfação de direitos fundamentais, limitando a intervenção punitiva em face da própria dignidade humana,⁽³⁾ está longe de constituir-se em unanimidade. **Mir Puig**, por exemplo, argumenta que não cabe admitir causas de exculpação com base na inexigibilidade, por analogia, porque implicaria situações de menor intensidade do que aquelas previstas na lei para o caso concreto. Por outro lado, argumenta que a admissão de causas de exculpação supralegais gerariam uma sensação de insegurança jurídica e comprometeriam as finalidades preventivas da pena.⁽⁴⁾

Assim, situações de excesso na legítima defesa, que poderiam ser eventualmente tratadas como hipóteses supralegais de exculpação, demandariam, face à ausência de previsão legal expressa, consolidação em precedentes jurisprudenciais para sedimentar-se. A carência de um marco legal delimitador poderia trazer insegurança jurídica. Assim, parece adequada a previsão legal de hipóteses de exclusão de culpabilidade em casos de legítima defesa.

Não foi esta, contudo, a opção da proposta legislativa. O texto apresentado menciona que o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou *deixar de aplicar a pena*, o que demonstra que o excesso de legítima defesa se torna hipótese de perdão judicial, causa de extinção de punibilidade.

Tratar o excesso como extinção da punibilidade, em vez de causa de exculpação, traz consequências dogmáticas e práticas. Considerar o excesso de legítima defesa uma hipótese de perdão judicial significa que o juiz, reconhecendo a conduta típica, antijurídica e culpável, concebe a aplicação da pena como desnecessária. Sendo causa de exclusão de culpabilidade, a sentença é absolutória; tratando-se de perdão judicial, trata-se de sentença declaratória de extinção da punibilidade.⁽⁵⁾

A distinção, contudo, não se encerra nesse ponto. E para compreender a dimensão da escolha feita na proposta, é preciso fazer uma clara distinção e delimitação entre culpabilidade e punibilidade, para que uma hipótese de perdão judicial (como consta do projeto) não se confunda com situações que se relacionam com o injusto típico e, sobretudo, com a culpabilidade.

Não cabe, dentro do objeto deste trabalho, fazer uma exaustiva análise sobre a natureza jurídica e a posição sistemática da punibilidade⁽⁶⁾ dentro da Teoria do Delito. Mas evidente que, sendo a punibilidade algo distinto da culpabilidade, elas têm conteúdo e dimensões diversas. Desse modo, para que se analise a questão da natureza do excesso de legítima defesa, necessário identificar em que ela se fundamenta.

O excesso de legítima defesa tem sido tratado, nos países que a adotam, como hipótese de causa de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa,⁽⁷⁾ não de diminuição de pena, tampouco de perdão judicial. Isso porque uma agressão injusta, atual ou iminente, pode representar, para o agredido, uma perturbação no seu estado anímico, que o conduz a uma reação desproporcional na defesa. Valora-se, portanto, a existência de algo inerente ao próprio estado do agente durante a prática da conduta, de modo que não se pode exigir, no caso concreto, diante do susto, medo ou perturbação, fidelidade à norma jurídica.

Trata-se claramente de exclusão de culpabilidade. Nas hipóteses de exclusão de culpabilidade, pode-se dizer que não se pode censurar, imputar ou atribuir responsabilidade pessoal ao autor do fato, porque não era exigível que ele se comportasse de maneira diferente na situação posta. Tal situação é exatamente o que ocorre no excesso de legítima defesa, no qual se entende que o comportamento, a despeito de ilícito, é escusável. O juízo proferido é, conseqüentemente, absolutório.

Quando o assunto é tratado como perdão judicial, entende-se que o comportamento é inescusável, mas que não haveria necessidade preventiva da pena. Percebe-se claramente esse propósito nas outras hipóteses de perdão judicial previstas no Código Penal. É culpável a conduta de uma mãe que dá causa culposamente à morte do filho (art. 121, §5º); é censurável a conduta de quem toma refeição em restaurante sem dispor de recursos para efetuar o pagamento (art. 176, parágrafo único); como é culpável quem pratica receptação culposa (art. 180, §§3º e 5º), quem pratica adoção à brasileira (art. 242, parágrafo único) ou subtração de incapazes (art. 249, parágrafo único). Resta evidente que, em todas essas situações, embora seja cabível o perdão judicial, é exigível um comportamento distinto do sujeito.⁽⁸⁾

Na hipótese trazida, entender que o excesso de legítima defesa é causa de perdão judicial significa considerar que, ainda que atuando de modo culpável, o juiz pode considerar desnecessária a pena e conceder o perdão. Em outras palavras, um homicídio, praticado em legítima defesa não escusável, pode ser perdoado pelo juiz singular.

Sim, o perdão judicial seria concedido pelo juiz singular, inclusive em situação de homicídio, pois o perdão judicial não é absolvição. E o art. 483 do Código de Processo Penal não estabelece, como quesitação, sobre o jurado deixar de aplicar a pena. Isto implicaria a possibilidade de o juiz singular, mesmo após a condenação do júri, deixar de aplicar a pena. Essa é uma das questões práticas que envolvem a inadequada consideração do excesso como causa de perdão judicial.

3 A confusão entre efeitos astênicos e estênicos

Além da imprecisão dogmática entre os âmbitos da culpabilidade e punibilidade, o Projeto associa a utilização do “excesso escusável” de legítima defesa às situações de “medo, surpresa ou violenta emoção”, de modo a conferir uma abertura excessiva ao alcance da norma ante a utilização de termos ambíguos que não permitem uma adequada distinção entre as exculpantes astênicas e estênicas.

Ocorre que, desde o reconhecimento do excesso de legítima defesa como causa supralegal de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa, com vistas a evitar uma amplitude terminológica caracterizadora de insegurança jurídica, a doutrina distinguiu os efeitos estênicos (fortes, agressivos) e os efeitos astênicos (fracos, defensivos). A referida diferenciação visou diferenciar

inescusáveis situações de raiva, ódio ou ira (efeitos estênicos) dos escusáveis casos de medo, susto e perturbação (efeitos astênicos), que tornam inexigível uma conduta mais moderada do sujeito em legítima defesa.⁽⁹⁾

O fundamento da diferenciação é simples: se apenas a atualidade e iminência da situação de perigo é capaz de justificar a conduta realizada em legítima defesa, excluindo o caráter antijurídico do fato, imperiosa a ocorrência de uma grave e compreensível perturbação psíquica, decorrente do agravamento dessa situação de perigo, para exculpar o comportamento excessivo emergente daquele que agiu em legítima defesa.

Nota-se, portanto, que apenas emoções fundadas em transbordamentos defensivos (astênicos) – ou seja, medo, susto, pânico, fraqueza, desespero – poderiam exculpar uma conduta dentro de uma lógica sistêmica de inexigibilidade de uma conduta conforme o Direito. Isso porque seria incompreensível uma exculpação decorrente de transbordamento agressivo (estênico) – ódio, vingança, brutalidade – num sistema jurídico em que todos (autores e vítimas) devem ser compreendidos como sujeitos de direito e detentores de tutela estatal.

Observa-se, assim, que, na forma como está escrita – “medo, surpresa ou violenta emoção” –, a disposição do projeto relativa ao excesso de legítima defesa estabelece uma inadequada aproximação entre o susto e o ódio, em face da amplitude do termo “violenta emoção” (que pode ser utilizado em efeitos astênicos e estênicos); merecendo, portanto, ser revista para não conceder margem a argumentos antiéticos, aproveitadores de brechas legislativas, de afastamento de incidência do Direito Penal para uma verdadeira legalização do discurso de ódio.

Nesse ponto, seria mais aconselhável, portanto, estabelecer uma previsão legal do excesso de legítima defesa que se aproxime ao Código Penal alemão (§33)⁽¹⁰⁾ e ao Código Penal português (art. 33º, 1 e 2),⁽¹¹⁾ que tratam da perturbação, medo e susto. É dizer, prever um dispositivo que não conceda espaço para exculpar ou não punir situações incompatíveis com a *ratio essendi* dos valores éticos, sociais e político-criminais das hipóteses legais de inculpação e não punibilidade.

4 O que não está escrito. A mens legis termina por criar uma presunção legal de não punição do agente policial em virtude do excesso

Por fim, ainda é possível observar que, no contexto em que foi proposta – é dizer, em conjunto com uma modificação na disciplina jurídica da legítima defesa praticada por agente policial ou de segurança pública –, há sério risco de criação de uma hipótese legal de presunção de excesso não culpável.

Nota-se, nesse diapasão, que a disposição acerca do excesso de legítima defesa, ao vir acompanhada da proposta de inclusão de incisos para agentes policiais e de segurança pública, abre espaço para um necessário questionamento acerca da *mens legis*; é dizer, da verdadeira razão da previsão normativa, há muito esperada pela doutrina e jurisprudência, mas que, assim como toda norma jurídica, pode ser histórica ou teleologicamente interpretada.

Como se observa da simples leitura do item IV, intitulado “Medidas relacionadas à legítima defesa”, do questionável Projeto, a referida sugestão legislativa vem acompanhada de alterações ao art. 25 do Código Penal para consideração de situações de legítima defesa exclusivas para agentes policiais e de segurança pública.

Nessa lógica, ao menos um questionamento pode ser levantado: a confusão terminológica entre efeitos astênicos e estênicos, notadamente no âmbito da opção pela ampla expressão

“violenta emoção” (tratada no item anterior), derivou de uma atecnia dogmática ou de uma estranha intenção legislativa?

Ora, se, por um lado, como observa **Luís Greco**, a previsão legal alemã e portuguesa “é praticamente inaplicável a situações em que agentes policiais ou de segurança pública agem em legítima defesa de terceiro” – pois “as emoções que provocam o excesso dificilmente estarão presentes nesses agentes, em que se supõe uma maior capacidade de enfrentar situações extremas”⁽¹²⁾ –; por outro lado, a amplitude legislativa pode criar uma presunção quase absoluta de legítima defesa, até nas situações de excesso agressivo de agentes de segurança pública, psicologicamente mais preparados para situações de susto.

Ora, a junção entre os propostos §2º do art. 23 e parágrafo único do art. 25, ambos relativos ao Código Penal, possui um sério risco: equiparando efeitos astênicos e estênicos, sem fazer qualquer referência a eventuais excessos intensivos ou extensivos,⁽¹³⁾ fixa-se uma desautorizada presunção de legítima defesa a todas as situações de excesso praticadas por agente policial ou de segurança pública, seja esta defensiva ou agressiva.

Tal situação, além de denotar um claro contrassenso dentro do próprio setor da exculpação (ou da punibilidade, em face da primeira confusão dogmática anteriormente apontada), pode ainda gerar graves implicações em outras searas de responsabilidade; na medida em que existem situações nas quais o “uso moderado dos meios necessários”, diante de uma situação de agressão atual ou iminente, não é facilmente perceptível, como se constata, por exemplo, no caso de Gustavo Correa, cunhado de Ana Hickmann, ao reagir à agressão a que foram submetidos.

Isso significa que permitir a inclusão de uma verdadeira cláusula de presunção de legítima defesa, associada a um dispositivo aberto que equipara susto e ódio – ambos igualmente abarcáveis pela ampla expressão “violenta emoção” –, pode também gerar confusões na distinção entre estado de necessidade justificante e exculpante.

Logo, uma simples interpretação normativa permite concluir que a *mens legis* termina por criar uma presunção legal de não punição do agente policial em virtude do excesso, o que representa um completo absurdo, não apenas no setor do Direito Penal, como também na seara da responsabilidade civil, dependente da definição acerca da existência ou não de fato ilícito.

5 Conclusão

Como se nota, no aspecto ora analisado, o projeto até tem um lado positivo: estabelecer uma previsão expressa para uma situação que, historicamente, já vem sendo considerada como uma causa supralegal de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa, em reconhecimento ao imperativo de indulgência com quem se excede em legítima defesa, por se encontrar em situação absolutamente excepcional, que provoca uma sobrecarga emocional sobre a qual amiúde não se tem controle. Por outro lado, sem margem de dúvida, o instituto do excesso de legítima defesa exculpante está sendo vítima das incongruências e impropriedades que permeiam o projeto.

O projeto erra, intencionalmente ou não, não apenas na localização sistêmica do instituto excesso de legítima defesa exculpante no Direito Penal (expressando uma incongruência terminológica), como também na seleção das emoções – defensivas ou agressivas – que estariam amparadas pela hipótese de indulgência, dando espaço, inclusive, para um imperioso questionamento acerca da *mens legis*.

Observa-se, por isso, que a importância do instituto da legítima

defesa e as possíveis repercussões teóricas e práticas de falhas no seu tratamento legal demandam maior esforço intelectual dos autores do referido projeto, notadamente porque não se pode permitir, dentro de um ordenamento jurídico pautado num modelo de Estado Social e Democrático de Direito, um dispositivo que cria uma verdadeira presunção de legítima defesa, tampouco um claro espaço à insegurança jurídica, no qual são confundidos os âmbitos da culpabilidade e da punibilidade.

Destarte, recomenda-se maior cuidado e precisão dogmática na compreensível previsão legislativa do excesso de legítima defesa, a fim de que seja alcançado um horizonte responsável, coerente e legítimo no exercício da doutrina penal.

Notas

- (1) O Código Penal Militar, no art. 45, prevê que “o agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa”.
- (2) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p.339.
- (3) Nesse sentido, defendendo a possibilidade de exculpação supralegal em face da inexigibilidade: AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*. Granada: Comares, 2004. p. 52; PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 215-224; MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador: Juspodivm, 2010; ALBAN, Rafaela. *A inexigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.
- (4) MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. Barcelona: B de F, 2004. p. 595.
- (5) Súmula 18 do STJ: A sentença concessiva do perdão judicial e declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.
- (6) Sobre o assunto, CARVALHO, Erika Mendes de, *Punibilidade e delito*. São Paulo, RT, 2008.
- (7) JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 705; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. T. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007. p. 625
- (8) Talvez a única situação que permita um elastério sobre a censurabilidade da censura no perdão judicial seja a retorsão imediata na injúria (art. 140, § 1º), que tem alguma similitude com o excesso de legítima defesa.
- (9) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. T. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007, p.625
- (10) Art. 33: *Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft*.
- (11) Art. 33, 2: “O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis”.
- (12) GRECO, Luís. *Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no ‘Projeto de Lei Anticrime’*. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//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: 15 fev. 2019.
- (13) Como ponderam Jescheck/Weigend, apenas o excesso intensivo (que se refere à espécie dos meios empregados ou ao grau de sua utilização) autoriza a incidência da exculpante, o que não ocorre com o excesso extensivo (quando o agente, após fazer cessar a agressão injusta, dá continuidade ao ataque), pois não concorre o efeito minorante que supõe a presença de uma situação defensiva. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 530

Sebastian Mello

Doutor e mestre em Direito Público pela UFBA.

Professor de Direito Penal da UFBA.

Professor da Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

sbam@terra.com.br

Rafaela Alban

Doutoranda e mestra em Direito Público pela UFBA.

Especialista em Ciências Criminais, Direito Penal

Econômico e Teoria Jurídica do Delito pelo IDPEE.

Professora de Direito Penal e Processo Penal da UFBA,

UNIJORGE e FSBA. Advogada.

rafaela_alban@yahoo.com.br

Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Como há tempos afirmado, a tendência de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro parece ser irremediável.⁽¹⁾ Cada vez mais, caminha-se para a inserção e ampliação de mecanismos negociais, de barganha e acordos penais, na justiça brasileira. Mantendo-se a posição crítica anteriormente sustentada,⁽²⁾ pensa-se que agora o momento é de busca de uma regulamentação razoável para a proteção de direitos fundamentais (dentro do possível, diante dos problemas inerentes à justiça criminal negocial).

Portanto, aqui pretende-se analisar os dispositivos propostos no “acordo penal” inserido entre as medidas do Projeto Anticrime apresentado recentemente pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal brasileiro.⁽³⁾

“Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.”

§ 11. 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 poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.”

Amplitude:

Nos termos apresentados no projeto, abstratamente o “acordo penal” seria cabível em qualquer hipótese, para qualquer espécie de crime ou gravidade de sanção. Pensa-se uma previsão tão alargada pode ocasionar a expansão exagerada da negociação de penas no processo penal brasileiro, aventando-se, inclusive, o “desaparecimento do processo”⁽⁴⁾ com percentuais muito altos de condenações obtidas por acordos, em lugar do transcorrer do devido procedimento. Aqui, como sustentado anteriormente,⁽⁵⁾ assevera-se que o ideal seria restringir o cabimento de conformidade do imputado somente para hipóteses de aplicação de penas restritivas de direito, vedando-se o aumento do encarceramento por meio da justiça criminal negocial.

Iniciativa e natureza:

Conforme o projeto, o acordo penal poderá ser requerido pelas partes após o recebimento da denúncia e até o início da instrução (até a data da audiência de instrução e julgamento?). Aqui, questiona-se se o pedido de aplicação imediata das penas pode ser feito por somente uma das partes, em especial, somente pela defesa. Da leitura do *caput*, é viável interpretar que o requerimento pode ser feito por só uma das partes. Contudo,

o §11 determina que se pressupõe a concordância de todas as partes para a celebração do acordo.

Aqui, a proposta precisa ser criticada. A realização do acordo penal deve ser orientada por critérios objetivos e previstos na Lei, controláveis pelo Poder Judiciário. Ou seja, o MP não pode fazer ou deixar de fazer o acordo por mera vontade ou simples discricionariedade.⁽⁶⁾ Nesse sentido, a recusa ao acordo pelo MP deve ser devidamente motivada, em razão do não cumprimento dos critérios fixados na Lei.⁽⁷⁾ E, a partir disso, o Poder Judiciário deve poder realizar um controle sobre tal fundamentação, de modo que, em caso de recusa ilegítima, o acordo deve ainda assim poder ser homologado para que se obtenha o benefício de redução de pena em troca da confissão.

Momento e controle da acusação:

É fundamental que a eventual realização do acordo ocorra em momento procedimental posterior ao recebimento da denúncia/queixa e, nesse ponto, vai bem o projeto (em termos semelhantes ao PLS 156/090). Contudo, isso não afasta completamente o risco de acusações infladas (*overcharging*), especialmente diante do cenário atual em que majoritariamente se aceita um questionável *in dubio pro societate* na decisão de recebimento da denúncia.

É necessário que o juízo sobre a acusação para abertura do processo seja feito de modo rigoroso e consistente pelo julgador, com a devida motivação e com o exercício prévio do contraditório. O ideal seria que o recebimento da denúncia e a eventual proposta de acordo ocorressem em audiência oral e pública, com o devido exercício do contraditório pelas partes, de modo a evitar acusações infundadas.⁽⁸⁾

“§ 1o São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz;

§ 2o As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.”

Benefícios:

Com relação aos benefícios previstos ao imputado, em troca de sua conformidade com a acusação e renúncia a direitos, pensa-se que o texto proposto é excessivamente aberto, ao passo que não regula critérios claros para a definição da pena em concreto. Nesse sentido, a versão original do PLS 156/09 era mais específica ao determinar que a pena seria definida em seu mínimo legal. Parece mais adequado fixar uma redução de pena determinada, ou uma margem mais estrita com frações reguladas.

Na proposta atual, há ampla margem para negociação, dentro dos parâmetros legais, havendo a possibilidade de redução até a metade, alteração de regime inicial e substituição por pena restritiva de direitos. O § 10 parece tentar regular critério para evitar tratamentos excessivamente lenientes, mas traz termos imprecisos e abertos, como “*elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*”, para possibilitar abrangência maior do que o conceito de “reincidência”.

Sugestão da pena e vinculação do juiz:

O texto proposto é confuso e omissivo com relação à fixação da pena pelo julgador. Ao passo que no § 1º, I, fala-se em “sugestão de penas em concreto ao juiz”, parece indicar que o julgador não estaria vinculado a tal sugestão. Não há como se aceitar que o acordo seja homologado com pena distinta da indicada pelas partes. Portanto, não se trata de sugestão, ao passo que o juiz fica vinculado aos termos do acordo apresentado pelas partes.⁽⁹⁾

“§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.”

Renúncias:

O projeto indica que as partes dispensarão qualquer produção probatória. Ou seja, toda a realização do acordo e seu posterior controle judicial se darão a partir dos elementos produzidos no inquérito policial (se houver). Depois, impõe-se a renúncia ao direito ao recurso. Trata-se de dispositivo claramente inconstitucional, que precisa ser reformado.⁽¹⁰⁾ Não se pode renunciar ao direito ao recurso antes de que a sentença condenatória seja proferida.⁽¹¹⁾ Como poderá haver controle de eventuais abusos e ilegalidades? É necessário que haja a possibilidade de recurso para correção de ilegalidades e para o controle dos atos praticados para realização do acordo penal.

“§ 7º 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.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.”

Controle judicial:

O acordo deverá ser submetido a controle judicial. Aqui há uma abertura exagerada ao controle de mérito da pena fixada

pelos partes, pois o juiz poderia não homologar o acordo se “*manifestamente desproporcional à infração*”. Pensa-se que tal controle não pode ser feito pelo julgador, sob pena de violação da imparcialidade e do sistema acusatório.⁽¹²⁾ O ideal seria estruturar mecanismos de controle interno ao Ministério Público, para se verificar a adequação dos acordos propostos pelos representantes em casos concretos. Nesse sentido, vale citar a sistemática adotada pela legislação nos acordos de leniência no âmbito do CADE, que, quando envolvem participação do MPF, são submetidos ao controle interno em Câmara especializada do próprio órgão.⁽¹³⁾

Além disso, determina que a homologação deve ser recusada se “*as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal*”. Em tal momento inicial do processo penal, antes da instrução (ou seja, sem provas produzidas), o julgador deve verificar se há elementos suficientes para fundamentar uma condenação, cujo *standard* probatório é o de “além da dúvida razoável”. Pensa-se que, em tal situação, o julgador pode inclusive absolver sumariamente o imputado, se houver prova de inocência.⁽¹⁴⁾

Ademais, em caso de não homologação por motivo não devido ao imputado, pensa-se que ele possui direito subjetivo à pena indicada por consenso das partes, de modo que, em caso de posterior condenação após o decurso normal do processo, a pena aplicada deverá ser limitada em seu máximo pelos termos do acordo não homologado.⁽¹⁵⁾

O §9º prevê o desentranhamento do acordo em caso de não homologação e a vedação a qualquer remissão a seus termos. Contudo, pensa-se que tal determinação é insuficiente para resguardar a imparcialidade. Como um juiz que viu interesse do imputado a aceitar acordo penal poderá julgá-lo posteriormente de modo imparcial? Em caso de não finalização do acordo, o julgador deve ser considerado impedido a continuar no processo, sendo substituído.

A redação do §9º parece ser confusa em seus termos finais, podendo dar a entender que o julgador poderá participar das negociações do acordo. Pensa-se que a atuação direta do magistrado na negociação acarreta violação à sua imparcialidade e à presunção de inocência do acusado em razão de discussões sobre o lastro probatório existente no momento inicial da instrução e da situação do réu no processo, além de intensificar o poder de coerção estatal para forçar a realização da barganha.⁽¹⁶⁾ Portanto, deveria ser prevista vedação de participação do julgador nas negociações, em termos semelhantes ao art. 4.º, § 6.º da Lei 12.850/2013.

Além desses comentários aos dispositivos propostos, há questões fundamentais que carecem de regulamentação e estão totalmente omissas no projeto.

1 Regras para negociações: Como, quando e onde ocorrerão as negociações? É fundamental que exista a determinação de que as negociações sejam devidamente gravadas,⁽¹⁷⁾ para eventual controle posterior de abusos, e, idealmente, o imputado deve estar presente em tal momento.⁽¹⁸⁾

2 Informação sobre direitos renunciados: É essencial que o julgador informe, claramente, os direitos que estão sendo renunciados pelo imputado na audiência de controle do acordo. Para tanto, a legislação poderia inclusive prever expressamente

um texto padrão com o “aviso” a ser lido pelo julgador.

3 Acesso aos autos da investigação: Um requisito fundamental para a realização do acordo penal e para que efetivamente haja voluntariedade na decisão do imputado é que exista a devida informação e entendimento de sua situação.⁽¹⁹⁾ Para tanto, o réu deve compreender a sua situação, as acusações que foram formuladas e os elementos probatórios que existem no sentido de sua incriminação. Portanto, fundamental inserir previsão de que, antes de firmar o acordo, a defesa deve ter acesso integral aos autos da investigação.⁽²⁰⁾

4 Conflito entre imputado e defensor técnico: O que ocorrerá se houver discordância entre advogado e cliente? A legislação deveria ser clara, para dar primazia à vontade do imputado.

5 Acordo em casos de concurso de agentes: O texto deve explicitar que, no caso de concurso de agentes, o acordo penal não depende da concordância de todos os corréus,⁽²¹⁾ e que não pode ser utilizado como prova contra os demais (pois isso dependeria de um acordo de colaboração premiada adicional).

Notas

- (1) FALAVIGNO, C. F.; VASCONCELLOS, V. G. O processo penal brasileiro e os mecanismos de barganha: o cenário do processo legislativo atual de reformas para expansão dos espaços de consenso. *Boletim IBCCrim*, v. 26, p. 2-3, 2018.
- (2) VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 143-200. Também em visão crítica: MALAN, Diogo Rudge. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº 156/09). *Boletim IBCCrim*, v. 17, n. 207, p. 2-3, São Paulo, fev. 2010; FREITAS, Jéssica O. F. de. PLS 156/09 e o acordo para aplicação da pena. Avanço ou retrocesso? In: PINTO, Felipe M.; GONÇALVES, Gláucio F. M. (coord.). *Processo & efetividade*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 2.
- (3) Apresentado ao Congresso Nacional em 19 de fevereiro de 2019, o projeto recebeu na Câmara de Deputados o número de PL 882/2019.
- (4) GALANTER, Marc. The vanishing trial: an examination of trial and related matters in federal and states courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 3, p. 459-570, nov. 2004; BURNS, Robert P. *The death of the american trial*. Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 1-7.
- (5) VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 125-142.
- (6) Sobre isso: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018. p. 92-95.
- (7) Nos termos da Orientação Conjunta Nº 1/2018 do MPF, “a proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado”.
- (8) “Acordos processuais devem, em suma, ser tornados públicos na audiência, de modo a que o seu conteúdo possa ser controlado por aqueles que neles participaram e eventualmente também pelo tribunal de recurso” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 72).
- (9) Sobre a vinculação do juiz aos termos de acordo de colaboração premiada homologado, decidiu o STF: “o acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil” (STF, QO na PET 7.074, Trib. Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.06.2017).
- (10) Cláusulas de renúncia ao direito ao recurso foram, inclusive, anuladas pelo Supremo Tribunal Federal em acordos de colaboração premiada submetidos à homologação, pois inconstitucionais ao violar o direito de acesso à justiça. Sobre isso: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018. p. 184-187.
- (11) “Em conclusão, à renúncia ao recurso no âmbito dos acordos processuais não parece estar subjacente qualquer interesse legítimo; e, pelo contrário, à sua pretendida eficácia poderiam ligar-se perigos duradouros para a subsistência de um processo penal adequado ao Estado de Direito” (DIAS, op. cit. p. 97).

- (12) Sobre isso, em relação à colaboração premiada: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018. p. 217-218.
- (13) Sobre isso: SOUZA, Mariana M. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 47-71. p. 64.
- (14) “Para proteger a independência dos juizes, a regulamentação legal da barganha impõe que, antes de aceitar o acordo, o julgador examine o lastro probatório para verificar a possibilidade de absolvição ao réu, ainda que ele tenha aceito a negociação” (PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 429-466, 2004. p. 443) (tradução livre).
- (15) De modo semelhante: ALSCHULER, Albert W. The defense attorney’s role in plea bargaining. *Yale Law Journal*, v. 84, n. 6, p. 1.179-1.314, maio 1975. p. 1.304. Em proposta direcionada ao procedimento da transação penal nos Juizados Especiais Criminais brasileiros, Geraldo Prado sustenta que, salvo se surgirem novas provas na instrução do processo, a proposta de transação oferecida pelo acusador público deve limitar a sanção penal determinada na sentença, mesmo se houver recusa do réu, visto que a manifestação do Ministério Público, em razão do sistema acusatório, limita o objeto do processo (PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 218-219). Em lógica semelhante, no sistema italiano de *patteggiamento*, o juiz analisa ao final do processo, no momento da prolação da sentença, se a negativa do acusador em aceitar o acordo foi injustificada e, se sim, fixa a pena nos termos propostos nas negociações anteriores. Sobre isso: VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, B. Barganha no Processo Penal Italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 435-453, 2015.
- (16) FORMMANN, Maik. Regulating plea-bargaining in Germany: can the italian. Approach serve as a model to guarantee the impartiality of. German Judges? *Hanse Law Review*, v. 5, n. 1, p. 197-220, 2009. p. 206-210.
- (17) SOUZA, Diego J. G. Colaboração premiada: a necessidade de controle dos atos de negociação. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 25, n. 290, jan. 2017. p. 12-13.
- (18) Ressaltando a importância da presença do acusado em todos os momentos da negociação, Albert Alschuler atesta que: “Um acusado que souber do resultado das negociações indiretamente nunca poderá ter a certeza de que seu advogado o representou adequadamente. Inclusive, o réu pode suspeitar que seu advogado tenha se omitido deliberadamente, especialmente quando for representado por defensor público” (ALSCHULER, Albert W. The trial judge’s role in plea bargaining, part I. *Columbia Law Review*, v. 76, n. 7, p. 1.059-1.154, nov. 1976. p. 1.135) (tradução livre).
- (19) Conforme a Orientação Conjunta Nº 1/2018 do MPF, “o membro do MPF oficiante deve empregar todos os esforços a fim de bem esclarecer ao interessado e ao seu defensor, desde o início do procedimento, suas tratativas e antes de qualquer ato de colaboração, em que consiste o instituto da colaboração premiada, o respectivo procedimento previsto em lei e nesta Orientação Normativa, os benefícios possíveis em abstrato, a necessidade de sigilo e outras informações pertinentes, em ordem a viabilizar o consentimento livre e informado”.
- (20) Conforme Mariana Lauand, “deverão, imputado colaborador e seu advogado, outrossim, ter ciência do inteiro teor dos autos antes de decidirem realizar a colaboração processual” (LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 114).
- (21) Evita-se, assim, a possibilidade de coerção estatal para a realização de “pacotes de acordos”, prática vedada no panorama estadunidense, em que a concretização da barganha com um réu fica condicionada ao convencimento dos demais (TURNER, Jenia I. *Plea bargaining across borders*. New York: Aspen, 2009. p. 36).

Vinicius Gomes de Vasconcellos

ueg.academia.edu/ViniciusVasconcellos

Pós-doutorando pela UFRJ. Doutor pela USP.

Mestre pela PUCRS. Editor-chefe da RBDPP e

editor assistente da RBCCRIM.

Professor da UEG e do IDP (mestrado/doutorado).

vinicius.vasconcellos@ueg.br

A economia política do pacote “anticrime”

João Guilherme Leal Roorda, Lucas Vianna Matos e
Ana Luisa Leão de Aquino Barreto

1 O pacote “anticrime” como “legislação sanguinária”

A literatura criminológica tem apontado como em momentos de regressão neoliberal a política de criminalização da “questão social”, velha estratégia de autopreservação do capitalismo, se intensifica. Nesses contextos de recrudescimento do Estado penal (WACQUANT, 2007), a pobreza e a desigualdade social, produtos necessários da acumulação capitalista (MARX, 2013), progressivamente deixam de ser adequadamente enfrentados por políticas sociais distributivas, passando a ser objeto de soluções criminais.

É exatamente esse o contexto de surgimento do pacote legislativo apresentado pelo atual Ministro da Justiça, que busca alterar aspectos estruturais do ordenamento jurídico-penal nacional.

O autodenominado Pacote “Anticrime”, subdividido após pressões da classe política em três projetos de lei, busca alterar 14 (catorze) leis nacionais, entre elas o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal. Análises preliminares produzidas por instituições de referência nos campos da pesquisa sobre o sistema de justiça penal e da atuação prática no âmbito do sistema prisional apontam para a natureza autoritária do projeto, e chamam atenção para os riscos que as alterações propostas representam para a já combalida democracia brasileira.

Nos últimos anos, o Congresso Nacional constitucionalizou as políticas de austeridade – ao congelar por vinte anos os gastos primários –, e promoveu uma reforma trabalhista sem precedentes, retirando uma série de garantias jurídicas e judiciais dos trabalhadores. Nos primeiros meses do governo de extrema direita de Jair Bolsonaro, além do próprio Pacote “Anticrime”, a prioridade dos Poderes Executivo e Legislativo é a Reforma da Previdência.⁽¹⁾

Essas medidas constituem aquilo que Virginia Fontes (2010, p. 54) denominou de *expropriações secundárias*, isto é, medidas de “cercamento parlamentares”, que retiram das massas trabalhadoras direitos sociais adquiridos com a finalidade de torná-las ainda mais dependentes da venda de sua força de trabalho, e, portanto, mais disponíveis ao mercado.

A constitucionalização das políticas de austeridade, através do congelamento das despesas primárias, reduz os recursos públicos disponíveis para políticas e serviços sociais. Em especial, os serviços públicos de educação e saúde enfrentam deteriorações que forçam parcela de seus usuários a procurarem alternativas no setor privado. Obrigado a consumir as mercadorias saúde e educação, o trabalhador passa a ser ainda mais dependente de conseguir vender – com menor capacidade de barganha – a única mercadoria de que dispõe: a força de trabalho.

As expropriações trabalhistas atuam diretamente na relação capital-trabalho assalariado, reduzindo as garantias e direitos dos trabalhadores. Medidas como a generalização da terceirização e a

instituição do contrato intermitente contribuem para a devastação do mercado de trabalho tradicional, com a emergência de um verdadeiro “privilégio da servidão” (ANTUNES, 2018).

A discussão em torno da Reforma da Previdência, por sua vez, gira fundamentalmente sobre o aumento da idade média da aposentadoria. Ao aumentar o tempo de contribuição e reduzir o valor da aposentadoria, o Estado obriga o trabalhador a se manter totalmente dependente da venda da sua força de trabalho para sua subsistência por mais tempo, uma vez que “a aposentadoria, que é um direito e não uma imposição, nada mais é do que o momento em que o trabalhador pode cessar a venda de sua força de trabalho” (FONTES, 2010, p. 56).

Esses movimentos de expropriação, portanto, acabam por tornar as massas mais disponíveis ao mercado de trabalho. Ainda que com diferenças qualitativamente importantes, esses movimentos são essencialmente uma repetição das antigas práticas de cercamento e expropriações violentas que formaram o nada idílico processo de acumulação primitiva.

Acumulação primitiva é o “processo histórico de separação entre produtor e meio de produção” (MARX, 2013, p. 786). Por meio de esbulhos, assassinatos e expropriações variadas, estabelece-se a libertação dupla dos trabalhadores: livres dos laços pré-capitalistas que o prendiam à terra e deles faziam meios de produção, assim como livres dos meios de produção e, portanto, livres para venderem sua força de trabalho, mas também livres das terras que lhes eram o meio de subsistência (MARX, 2013, p. 786). Sua liberdade aparente esconde a real necessidade que os domina.

Esse período de intensa expropriação foi acompanhado estrategicamente por uma “legislação sanguinária” que tratava a emergente massa trabalhadora liberada dos meios de produção “como delinquentes voluntários e supunha depender de sua boa vontade que eles continuassem a trabalhar sob as velhas condições, já inexistentes” (MARX, 2013, p. 806). Os expropriados viram-se “obrigados a se submeter, por meio de leis grotescas e terroristas, e por força de açoites, ferros em brasa e torturas, a uma disciplina necessária ao sistema de trabalho assalariado” (MARX, 2013, p. 808). De fato, a prisão moderna encontra a sua origem justamente nos problemas sociais causados pelo deslocamento em massa forçado pelo processo de acumulação primitiva (MELOSSI; PAVARINI, 2006)

Os repetidos processos de expropriação e precarização da força de trabalho são assim acompanhados por legislações punitivas que, ao fim, buscam ocultar ideologicamente o conflito social radicalizado e disciplinar as massas para a sua nova condição. O Pacote “Anticrime”, entre outras nuances, parece cumprir exatamente esse papel na atual conjuntura política brasileira. Se a nova regulação do mercado de trabalho não apenas brasileiro, mas mundial, é marcada pelo desmantelamento de redes de solidariedade e proteção social e pela precarização

do trabalho (DÖRRE, 2015, p. 582), a nova legislação traz disposições “grotescas e terroristas” que tendem à intensificação do processo de grande encarceramento e à legalização das penas de morte sem devido processo penal, disfarçadas de legítima defesa, por exemplo.

2 O pacote “anticrime” e a potência ideológica do punitivismo

A história de autopreservação do capitalismo, especialmente em sua manifestação colonial e escravista, demonstra a centralidade ideológica da distinção entre “bons” e “maus” pobres, acompanhada da ativação de processos intensos de criminalização.

É justamente no campo da ideologia que os argumentos da ordem do ético-político têm sido frequentemente rebatidos pelo autor do projeto e seus defensores, a partir de constatações pretensamente empíricas. Diante da dificuldade em rebater a inconstitucionalidade flagrante de diversas alterações propostas, os defensores do projeto apelam para uma espécie de “demanda dos fatos”. Nesse sentido, o pacote legislativo se transforma em uma resposta “necessária” para o combate à impunidade de membros de organizações criminosas, criminosos violentos e de colarinho branco. A operação ideológica é a naturalização de escolhas políticas, estratégia utilizada, igualmente, para justificar a “necessidade” da reforma da previdência.

Nesse contexto, ao apresentar o seu projeto para uma plateia de juristas, o Ministro da Justiça afirmou que “*o sistema judicial não existe para servir advogados, juízes ou promotores, mas o cidadão*”.⁽²⁾ O que parece estar por trás dessa fala é a compreensão da Constituição e do processo penal como óbices ao exercício naturalizado do poder punitivo.

É prudente destacar que a literatura crítica sobre o papel histórico desempenhado pelas agências do sistema penal no ocidente produziu a relativização da potência garantidora dos discursos jurídicos legitimadores do poder punitivo. Assim, a dogmática jurídico-penal e as garantias processuais podem ser pensadas, especialmente na periferia do capitalismo, como parte do conjunto de promessas não cumpridas da modernidade.

A questão, contudo, é que, na atual conjuntura de hegemonia do punitivismo, a centralidade política – material e simbólica – da ativação da violência estatal induz o reforço das fantasias de controle total e ilimitado, que constituem o imaginário de dominação das nossas elites colonialistas. Assim, o projeto apresentado por Sérgio Moro consubstancia o desprezo pelas garantias constitucionais e pela linguagem da dogmática penal, legitimando o exercício descontrolado do poder punitivo.

O projeto se organiza em vinte e quatro “medidas” contra o crime. O termo “medidas” parece resgatar ideias medicalizantes, tão caras ao positivismo criminológico. Além disso, a ideia de “medidas” tende à naturalização da ideia de “crime”, ou seja, do crime como algo “natural” – como uma doença – que pode ser “combatido” uma vez que se adotem determinadas “medidas”.⁽³⁾

A figura positivista do criminoso “habitual”, por sua vez, aparece seis vezes ao longo do texto – ressuscitando um conceito há muito em desuso na legislação brasileira – prevendo, inclusive, espécie de prisão processual obrigatória para o agente “*reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização*

criminosa” (art.310, §2º do Projeto). Esses conceitos, ainda que não o façam de maneira expressa, parecem resgatar a noção de “periculosidade” para os penalmente imputáveis.

A proposta do Ministro da Justiça ainda extrapola essa ideia ao prever uma prisão processual mandatória – atualmente inexistente no ordenamento jurídico brasileiro – para aqueles que pratiquem crimes de maneira “habitual” (novamente, uma naturalização do delito). A ideia é vender essa noção como uma “melhor opção técnica”, quando em realidade a noção de criminoso habitual – absolutamente anacrônica do ponto de vista criminológico –, mascara uma autorização normativa para a atuação historicamente racista das agências da ordem do país. A construção do “tipo criminoso” pelos criminólogos positivistas foi intensamente influenciada pelas teorias raciais, compromissadas com a hierarquização dos indivíduos e exclusão e neutralização daqueles fora dos padrões dos “grupos superiores” (DUARTE, 2016).

O reforço da cultura positivista se articula finamente com o dogma da pena de prisão. O projeto aposta na intensificação do encarceramento, negando o sistema prisional brasileiro como um problema. Assim, as novas hipóteses de prisão processual mandatória – acima discutido – e a positivação da execução provisória da pena após condenação em segunda instância – sepultando de vez a noção constitucional de “trânsito em julgado” – prometem alavancar o número de presos no Brasil.

Por outro lado, é importante destacar que o pacote é apresentado como uma política judicial contrasseletiva, uma vez que a presunção de inocência interpretada constitucionalmente só beneficiaria ricos e políticos, não alterando as dinâmicas massivas da justiça criminal e do sistema prisional. Os argumentos lançados, com a pretensão de respaldo na empiria, desafiam frontalmente a realidade operativa do sistema de justiça criminal, caracterizando o que **Thais Lima** (2016) chamou de “mercado das estatísticas”.

Em abril do ano de 2018, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, através do seu Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC), encaminhou ao Ministro Marco Aurélio Mello, relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44, uma instrutiva manifestação sobre os impactos da prisão após condenação na segunda instância no sistema prisional de São Paulo, Estado como o maior número de pessoas presas no país.

A referida manifestação, parte da atuação da DPE-SP como *amicus curiae* no citado procedimento, destaca o potencial da execução provisória da pena no incremento de expedições de mandados de prisão na justiça paulista, destacando a manutenção dos padrões históricos de seletividade. Segundo a manifestação da DPE-SP, após dois anos da flexibilização judicial do princípio da presunção de inocência foram expedidos 13.887 mandados de prisão no Tribunal de Justiça de São Paulo com base somente no HC 126.292.

Em outros termos, a pesquisa que fundamenta a manifestação sugere que o discurso de que a flexibilização da presunção de inocência atingiria especialmente criminosos de colarinho branco esbarra na operatividade estruturalmente seletiva (racista e classista) do poder punitivo no Brasil (DPE-SP, 2018).

A natureza “sanguinária” da proposta fica evidente, contudo, na proposta de alteração do artigo do Código Penal que trata da

legítima defesa. A violência estatal contra os setores populares é uma das grandes características da democracia formal no Brasil. Nesse contexto, o auto de resistência é a forma jurídica do extermínio (ZACCONE, 2015). O projeto, contudo, mobiliza o discurso de que os agentes da ordem não têm proteção jurídica, com o objetivo político de legalizar o extermínio.

O Projeto propõe, assim, a inclusão de um parágrafo e dois incisos no art.25 do Código Penal.⁽⁴⁾ Luis Greco (2019) destaca – não sem certo eufemismo – que as propostas do ponto de vista jurídico-penal podem ser consideradas supérfluas ou nocivas. Supérfluas porque se de fato forem observados os requisitos do *caput* – como aponta o parágrafo único –, elas não seriam mais que meros exemplos de certo modo até mesmo restritivos. Por outro lado, se não forem observados os requisitos – e os exemplos de “criatividade” punitiva do judiciário permitem sugerir que essa será a tendência escolhida – estarão ainda mais legitimadas as mortes pelas mãos dos agentes da ordem. É o reforço do que já apontava Vilma Reis (2015) ao discutir o lugar arriscado do jovem-homem-negro nas cidades brasileiras: “(..) quem não é preso, já foi morto”.

A divulgação de propostas como essas – em um contexto de hegemonia do punitivismo – produz grande impacto político. A pauta ultraliberalizante do governo depende de sua contraface punitiva, devido ao seu grande potencial aglutinador, diante das dificuldades da própria esquerda brasileira na compreensão do lugar da política criminal no movimento de regressão social. A questão, portanto, não é técnica, nem diz respeito somente ao campo jurídico.

3 O pacote “anticrime” e o disciplinamento das massas trabalhadoras

O novo disciplinamento das classes trabalhadoras, é claro, não se confunde com as práticas disciplinares que Foucault trabalhou. Não se trata mais de educar as massas para uma nascente indústria fabril. O intenso processo de desindustrialização brasileiro das últimas décadas veio acompanhado de outro intenso processo: o do grande encarceramento. Cárcere sem fábrica.

Uma nova morfologia do trabalho, no entanto, não significa o fim do trabalho. Pelo contrário, o trabalho continua tendo centralidade na organização da ordem econômica vigente; e os sistemas de justiça criminais permanecem sendo estruturas disciplinares por excelência, mesmo no regime precarizado e financeirizado do capital.

A penalidade neoliberal abriu mão de cumprir qualquer função sobre o criminalizado para além de sua incapacitação seletiva. Porém, mais do que o próprio penalizado, o principal alvo da punição são as distintas classes sociais (FROMM, 2000, p. 126). A punição reafirma a autoridade e garante adesão aos governos incapazes de promoverem efetiva melhora na condição de vida para a população em geral.

As medidas econômicas prometidas garantem ao governo Bolsonaro a adesão das classes capitalistas, porém são contrárias aos interesses das classes médias e trabalhadoras. O Projeto Moro possui a função de reafirmar a autoridade do Estado e do governo entre essas classes afetadas. Trata-se de uma tentativa de construção de hegemonia e ocultação dos conflitos de classe, através do exercício da força e da criação de inimigos comuns da sociedade.

Para as frações superiores da classe trabalhadora e para aqueles setores da classe média que se veem pressionados pela crise do capital, o Projeto e sua idealização de um inimigo comum, o bandido, possui uma função adicional, de dificultar materialmente formas alternativas de subsistência que não a venda de sua força de trabalho (WACQUANT, 2007, p. 17).

A punição formal e informal reforça os aspectos negativos do ser “bandido”, que aparece contraposto ao “trabalhador” ou, na linguagem neoliberal, do “colaborador” ou “empreendedor de si mesmo”. O encarceramento em massa e o genocídio, ambos potencializados com eventual aprovação do Pacote “Anticrime”, funcionam como um mecanismo de *less eligibility* (RUSCHE, 1978), reforçando para as classes trabalhadoras que a opção sujeito-trabalhador, portanto precarizado, é melhor que a opção de sujeito-bandido, logo matável.

O Pacote “Anticrime” aconselha as massas: é preciso escolher as amizades, os caminhos, não se envolver nos percursos fáceis. Disciplinar-se. Aceitar o subemprego e a precarização. Ser trabalhador.

Referências

- ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo, Boitempo, 2018.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Manifestação do Núcleo Especializado de Situação Carcerária e do Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.44*. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/manifesta%C3%A7%C3%A3o%20DPSP.pdf> Acesso em: 17 fev. 2019.
- DÖRRE, Klaus. A nova Landnahme: dinâmicas e limites do capitalismo financeiro. Trad. Carolina Alves Vestena e Iasmin Goes. *Direito e Práxis*, v. 06, n. 12, p. 536-603, 2015.
- DUARTE, Evandro. Criminologia e racismo: a construção discursiva da criminologia positiva brasileira e a negação da cidadania no Brasil. In: CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro P. *Criminologia do preconceito*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FONTES, Virginia. *O Brasil e o capital-imperialismo: teoria e história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed UFRJ, 2010.
- FROMM, Erich. The state as educator: on the psychology of criminal justice. In: ANDERSON, Kevin; QUINNEY, Richard (org.). *Erich Fromm and critical criminology: beyond the punitive society*. Chicago: University of Illinois Press, 2000.
- GRECO, Luis. *Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no ‘Projeto de Lei Anticrime’*. Jota, Brasília, fev. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/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: 26 fev. 2019.
- LIMA, Thais. Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas. Jota, Brasília, out. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/defesa-execucao-antecipada-da-pena-e-o-mercado-de-estatisticas-03102016>. Acesso em 01 ago. 2018.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital*; Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.
- RUSCHE, Georg. Labor Market and penal sanction: thoughts on the sociology of criminal justice. *Crime and social justice*, n. 10, p. 2-8, 1978.
- REIS, Vilma. Juristas negros e negras: por vida e liberdade no Brasil. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro et al (org.). *Discursos Negros*, Brasília, Brado Negro, 2015.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Sergio Lamarão, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.
- Zaccone, Orlando. *Indignos de vida – A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Notas

- (1) Os projetos anticrime e da reforma da previdência foram apresentados ao Congresso na mesma semana, iniciada no dia 18 de fevereiro.
- (2) Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/6108763/justica-nao-existe>

para-servir-advogados-mas-o-cidadao-diz-moro. Acesso em: 26 fev. 2019.

- (3) No mesmo sentido – e, certamente, a grande inspiração – se organizam as “10 medidas contra a corrupção” formuladas por membros do Ministério Público Federal.
- (4) Parágrafo único. Observados os requisitos do *caput*, considera-se em legítima defesa: 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.

João Guilherme Leal Roorda

Doutorando e mestre em Direito Penal pela UERJ.
Integrante do Laboratório de críticas e alternativas à prisão (UFF).
joalroorda@gmail.com

Lucas Vianna Matos

Doutorando em Sociologia e Direito pela UFF.
Mestre em Direito Penal pela UERJ.
Integrante do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisão.
lucasviannamatos@hotmail.com

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto

Doutoranda em Direito Penal pela UERJ.
Mestra em Direito pela UFRJ.
Integrante do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisão.
analuisalabarreto@gmail.com

A americanização do Direito Penal pode ser bem-vinda?

Thiago Baldani Gomes De Filippo e Ulisses Augusto Pascolati Junior

Fast food, car wash, rent-a-car, fake news, cross-fit e tantas outras expressões de língua inglesa fazem-se presentes em nosso cotidiano, indicando certa *americanização* da vida. A larga influência de valores apregoados pelos Estados Unidos em praticamente todos os setores da sociedade acabou por atingir o Direito. Aliás, o modelo de constitucionalismo praticado em quase todo o mundo ocidental segue, em linhas gerais, o padrão dos EUA, fundamentado na supremacia da Constituição, no controle de constitucionalidade (*judicial review*), no protagonismo do judiciário, reverberando no próprio ativismo judicial (*judicial activism*) e na proteção ativa dos direitos fundamentais (*fundamental rights*).⁽¹⁾

Ocorre que, na atualidade, ao menos na seara do Direito e do processo penal, as mais recentes utilizações de institutos norte-americanos têm suscitado alguns problemas fundamentais. Por um lado, frequentemente esses *pacotes tipo exportação* são adotados de maneira um tanto açodada, sem que existam reflexões que se fariam necessárias acerca de sua eventual harmonização ao ordenamento jurídico nacional. É como se houvesse o transplante de uma perna ou um braço em um corpo humano qualquer, sem que fosse precedido de quaisquer testes de compatibilidade genética. Guardadas as proporções, é o que ocorre, por exemplo, quando são ignoradas as definições legais do dolo (direto e eventual), previstas taxativamente no art. 18, I, Código Penal, ampliando-se as fronteiras do elemento volitivo ao equipará-lo à *desconsideração consciente de um risco substancial e injustificável* (“*consciously disregard of a substantial and unjustifiable risk*”), expressão própria da teoria americana da *Willful blindness*.⁽²⁾

A importação de institutos norte-americanos costuma ocorrer pela metade, apenas na parte que tende a recrudescer o tratamento penal sobre diversos temas, deixando-se de fazê-las acompanhar das respectivas garantias e tornando o modelo *made in the U.S.A.* mais severo do que as próprias leis domésticas

daquele país. Bom exemplo do movimento de se buscarem institutos que possam facilitar punições, desacompanhado de quaisquer preocupações em torno das garantias individuais, pode ser encontrado na pretensão de se importar ao Brasil o *plea bargain*, que, em síntese, nada mais reflete do que as diversas maneiras de negociação de penas entre a acusação e a defesa. Nos EUA, esses acordos podem ser amplamente celebrados e, como regra, vinculam a corte, que não poderá deixar de homologá-los, conforme dispõe a Seção 11(c)(1)(C) do *Federal Rules of Criminal Procedure*.⁽³⁾

Pretende-se, assim, importar um instituto utilitarista, típico de países anglo-saxões, apenas com os olhos voltados a uma maior eficiência do Direito Penal e Processual Penal, sem que se leve em consideração a realidade político-jurídica característica da sociedade norte-americana. Considerações à parte sobre o reconhecimento ou não da culpa, o que realmente se pretende é, por meio dos acordos, reduzir o custo do processo, da carga de trabalho e os esforços levados a cabo pelos atores judiciais; isso tudo, em prejuízo de garantias constitucionais duramente conquistadas ao longo dos séculos.

Inicialmente, cumpre salientar que esse principal meio de solução de conflitos no Direito norte-americano tem como figura central o papel exercido pelo Ministério Público, o qual possui ampla margem de discricionariedade para ofertar ou não o acordo ao sujeito investigado.⁽⁴⁾ Essa ampla margem é justificável, e até mesmo exigida, uma vez que o membro do Ministério Público é eleito democraticamente pela população local. Assim, sendo o Ministério Público importante no exercício da política criminal local, sua atuação é cobrada pelos eleitores durante o mandato. Logo, não satisfazendo os anseios locais, a “pena” para uma má atuação é, em primeiro lugar, a não recondução e, em segundo, eventual responsabilização de cunho pessoal. Esta sistemática é pensada para o sujeito que exerce função política decorrente de exercício de mandato, o que não é o caso, na realidade

brasileira, do membro do Ministério Público; aqui, este, além de ser estritamente vinculado à lei e ter atuação delimitada por ela, é investido num cargo que lhe atribui garantias, como a vitaliciedade e inamovibilidade. Ora, se o acusador exercerá uma função que lhe demanda discricionariedade quase plena, até em detrimento à indisponibilidade da ação penal pública, também a responsabilidade deve ser no campo discricionário-político. Não faz sentido uma atuação altamente discricionário-política com isenção de responsabilidades na atuação do cargo revestido por garantias.

Por outro lado, para se falar na eficiência penal e na redução de volume de trabalho, na relação custo/benefício, o acusado, ao confessar o delito, aceitará a imposição de pena acordada, e o processo será dispensado.⁽⁵⁾ Ora veja, em primeiro lugar, cumpre salientar a grande possibilidade de assunção de acordos por pessoas que se consideram inocentes apenas e tão somente para não terem que enfrentar um sistema de justiça do qual a própria sociedade desconfia.⁽⁶⁾ Em segundo lugar, somente para não ter que enfrentar o trâmite processual e possivelmente gastos futuros, o acusado acaba aceitando a imposição de pena que lhe gerará efeitos tanto penais quanto extrapenais. Nessa linha, a aceitação desse tipo de acordo, baseado no cálculo de custo/ benefício, fundamentado na confissão e na não produção de provas, além de injusto, ofende as garantias da presunção de inocência e do direito de não produzir provas contra si próprio, além da ampla defesa (ao menos a oportunidade de exercê-la), a qual, na sistemática processual brasileira, é indispensável. Anote-se que não se busca um sistema processual que seja totalmente isento de falhas, até porque, por ser operado por seres humanos, tal é praticamente impossível, mas sim, como é da tradição continental romano-germânica, um sistema que seja o menos imperfeito possível e, nesse sentido, assegure direitos individuais.

Ainda a despeito da atuação do Ministério Público, que se verá agigantada, a atuação do juiz, por outro lado, será amesquinhada. O magistrado, que possui a função precípua – jurisdicional – de aplicar a lei ao caso concreto, solucionando a pretensão acusatória do Estado, passará a ser mero homologador de acordos judiciais, o que não se espera de um Judiciário formatado dentro de um Estado Democrático, garantidor de direitos.

Por outro lado, a par de outras questões dogmáticas de relevo, sendo inexorável a implantação desse instituto, até para atendimento da atual política criminal governamental, sem adaptação à realidade brasileira e importado sem a consideração da realidade político-criminal norte-americana, como conter e controlar a atuação do Ministério Público?

Anote-se, de início, como premissa, que, ressalvada a aplicação das súmulas vinculantes, é tradição do Judiciário não seguir ou atender às orientações jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, ou, em outras palavras, julgar de acordo com precedentes.

Assim, no que toca à justiça negociada anglo-saxã, ainda que os juízes tenham reduzido poder para a rejeição dessas negociações, podendo fazê-lo em hipóteses muito restritas, basicamente vinculadas à sensível discrepância entre os fatos imputados ao réu e seus registros criminais, de um lado, e a quantidade ou natureza de pena, de outro,⁽⁷⁾ as partes costumam transacionar as penas a partir dos precedentes judiciais que

regulamentam as questões jurídicas da causa. A atenção dispensada às posições jurisprudenciais consolidadas sobre os mais diversos temas é absolutamente natural no sistema jurídico dos EUA, porque ele é predominantemente de *Common law*; e uma de suas características fundamentais é a observância do *stare decisis*, que redundará na aplicação das regras consolidadas, extraídas de julgamentos de instâncias superiores,⁽⁸⁾ acarretando grande estabilidade ao ordenamento jurídico.

No Brasil, o recém-anunciado “Pacote Anticrime” do atual governo, dentre diversas alterações conformadoras de discursos punitivistas, pretende instituir o *plea bargain* tupiniquim. Essa proposta inicial estabelece que o juiz poderá deixar de homologar o acordo “se a proposta de penas formuladas pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal”.

Não obstante as margens legais e a possibilidade de antecipação de entendimento por parte do magistrado, não estabeleceu o legislador um método eficaz de controle da acusação, até porque o termo “manifestamente” deixa no limbo diversas situações que culminariam em absolvições; mas, por conta da redação da lei e da proposta de acordo, fica o juiz de mãos atadas.

Assim, se o discurso é em prol da *americanização*, a proposta perdeu excelente hora para a reafirmação do respeito às posições jurisprudenciais consolidadas, ao aclarar que o magistrado poderia deixar de proceder à homologação quando a solução desatendesse às orientações consolidadas por meio de súmulas e teses de jurisprudência, principalmente à luz da possibilidade de ser estabelecida outra condição indicada pela acusação, ao lado das demais condições taxativamente elencadas na lei.

A deferência às posições jurisprudenciais sedimentadas acarretaria maior previsibilidade das decisões judiciais, além de sensíveis ganhos em coerência, harmonia e segurança do sistema jurídico. Obviamente que sempre haveria o risco de ondas punitivistas encampadas principalmente por tribunais superiores maximizarem injustiças, mas esse perigo é mais tolerável do que aquele que surge da ampla discricionariedade atomizada de cada magistrado, potencializada por um Ministério Público também com atuação discricionária, que poderá gerar as mais diferentes decisões para casos idênticos ou muito semelhantes.

De todo modo, se o discurso da contemporaneidade é afinado a uma aproximação com institutos de *Common law*, há uma gama de regras penais e processuais penais dos Estados Unidos, de matizes liberais, que poderiam ao menos fomentar discussões para o melhoramento do ordenamento jurídico-penal nacional. No âmbito do processual, sem embargo das críticas de **Schünemann**, que acidamente denomina o modelo dos Estados Unidos de *simulacro* de processo penal,⁽⁹⁾ é interessante a maneira pela qual se modula o princípio da presunção de inocência naquele país, por meio da regra da *beyond a reasonable doubt*, que exige que os veredictos condenatórios demandem sempre unanimidade dos votos dos jurados, diferentemente dos casos cíveis, cujas condenações contentam-se com a maioria simples, diante da regra da *preponderance of evidence*.⁽¹⁰⁾

Entretanto, nenhum dos institutos de garantia parece interessar o legislador penal, transmitindo-se a impressão, infelizmente real, de que a proteção de garantias individuais possa ser algo *démodé*. Um observador atento somente aos institutos norte-americanos que vêm sendo alardeados no ordenamento jurídico nacional pode chegar à conclusão de que não há qualquer resquício de proteção às garantias individuais naquele país. No entanto, ainda que o Direito dos EUA esteja longe de representar um modelo a se seguir cegamente, uma pesquisa mais próxima das regras aplicáveis naquele país pode revelar soluções surpreendentes em prol dos direitos fundamentais, que poderiam colaborar com o aperfeiçoamento de nossas próprias leis de matizes europeias continentais.

Porém, para que esse amálgama entre *Civil law e Common law* resulte em ganhos ao sistema jurídico brasileiro, tornando-o mais eficiente sem vilipendiar direitos e garantias fundamentais, alguns pontos devem ser necessariamente destacados, o que se faz à guisa de conclusão: (1) quaisquer institutos jurídicos norte-americanos devem se submeter ao *filtro de conformidade constitucional*, o que implica contrastá-los não apenas com o princípio da estrita legalidade penal, mas com todos os demais princípios penais de lastro constitucional. Por isso, deve haver um enorme cuidado para o seu reconhecimento apenas por via jurisdicional, para que não se atalhem os necessários debates parlamentares sobre essas matérias; (2) *os institutos jurídicos não podem ser fatiados*: a sua análise deve ser global, considerando-se todas as suas implicações. Somente assim se poderá compreender o instituto a partir de sua cultura jurídica original e realidade político-criminal, atingindo-se o necessário equilíbrio; (3) não há se falar em *plea bargain* se não se considera o necessário acatamento ao panorama precedencial; e (3) se a *americanização* da vida é inevitável, o Direito dos EUA pode apresentar ricas contribuições ao Direito brasileiro, mas a maioria delas, por razões mais ou menos conhecidas, não é trazida para o lado de cá!

Notas

- (1) BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-345, p. 309.
- (2) MARCUS, Jonathan L. *Model penal code section 2.02(7) and willful blindness*. *The Yale Law Journal*, v. 102, n. 8, p. 2231-2257, 1993.
- (3) Disponível em: http://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf. Acesso em 19.02.2019. As regras vigoram apenas para a cortes federais, mas as legislações estaduais possuem disposições semelhantes.
- (4) Não se desconsidera que no §11 da proposta da lei anticrime é expresso que o Ministério Público poderá deixar de celebrar o acordo fundamentado na “gravidade” e “circunstancias da infração penal”.
- (5) Art. 395-A, §1º, inc. III: “a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso”.
- (6) Em pesquisa realizada pela FGV – Fundação Getúlio Vargas, o índice de confiança no Judiciário (ICJ Brasil 2017) foi de 24%, enquanto o do Ministério Público, de 28%. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>. Acesso em: 28.02.19.
- (7) Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/can-the-judge-reject-plea-deal.html>. Acesso em: 19 fev. 2019.
- (8) Segundo Cole, *stare decisis* é o instituto que demanda que as cortes subordinadas à corte de apelação que estabeleceu o precedente sigam-no e “não abalem o ponto estabelecido” (COLE, Charles D. *Comparative constitutional law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandepias Publishing, 2008. p. 14).
- (9) SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual norte-americano. Trad. Danielle Soares Delgado Campos. In: GRECO, Luís (coord). *Estudos...* p. 240-261, p. 243.
- (10) VARAT, Jonathan; AMAR, Vikram e COHEN, William. *Constitutional law cases and materials*. 13. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2009. p. 356. No Brasil, diferentemente, em se tratando de julgamentos de crimes dolosos contra a vida, afigura-se suficiente a maioria simples, nos termos do art. 489 do Código de Processo Penal.

Thiago Baldani Gomes de Filippo

Doutorando em Direito Penal pela USP.

Juiz de Direito.

tfilippo@tjsp.jus.br

Ulisses Augusto Pascolati Junior

Doutorando em Direito Penal pela USP. Juiz de Direito.

upascolatijr@tjsp.jus.br

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

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

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhão Bechtluft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami e Erica do Amaral Matos.

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

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Bruno Tadeu Palmieri Buonicore (Universidade de Frankfurt - Alemanha), Cristiano Falk Fragoso (UERJ - Rio de Janeiro/RJ), Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR - Curitiba/PR), Guilherme Siqueira Vieira (FATEC - Curitiba/PR), Gustavo Noronha de Ávila (PUCRS - Porto Alegre/RS), Gustavo Tozzi Coelho (PUCRS - Porto Alegre/RS), Luís Carlos Valois (USP - São Paulo/SP), Márcio Soares Berclaz (UFPR - Curitiba/PR), Maria Eduarda Azambuja Amaral (UFRGS - Porto Alegre/RS), Mariana Chies Santiago Santos (UFRGS - Porto Alegre/RS), Pablo Rodrigo Alfien (PUCRS - Porto Alegre/RS), Ruiz Ritter (PUCRS - Porto Alegre/RS), Thais Del Monte Buzato (PUCSP - São Paulo/SP), Thiago Miranda Minagé (UNESA - Rio de Janeiro/RJ), Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa (UFC - Fortaleza/CE), Vinicius Vasconcelos (UEG - Anápolis/GO).

CORPO DE PARECERISTAS:

Alvíno 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 Falavigno, Christiane Heloisa Kalb, Cristiano Falk Fragoso, Christiany Pegorari Conte, Clara Moura Masiero, Cloves Augusto Alves Cabral Ferreira, Cristiano de Barros Santos Silva, Criziany 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, Emília 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 Gouvea de Figueiredo, Guilherme Siqueira Vieira, Gustavo Britta Scandelari, Gustavo Noronha de Ávila, Gustavo Tozzi Coelho, Indaiã Lima Mota, Isabela Albuquerque Mustafa, Iverson Kech Ferreira, Jacqueline do Prado Valles, Jacqueline 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 Alfien, Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues, Pedro Augusto Simões da Conceição, Plínio Leite Nunes, Rafael Secury Nogueira, Renan Barboza de Faria, Renata Macedo, Ruiz Ritter, Sérgio Salomão Shecaira, Thadeu Augimeri de Goes Lima, Thais Del Monte Buzato, Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Thiago Baldani Gomes De Filippo, Thiago Miranda Minagé, Tomás Grings Machado, Túlio Felipe Xavier Januário, Vanessa Aparecida de Souza Fontana, Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa, Vinicius Gomes de Vasconcelos, 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 Cid, 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, Greyce 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 Stefanno Leone Louveira, Luana Oliveira, Ludmila Belo, 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 Mamoru 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 Biazi.

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 (trunco-chave)
www.ibccrim.org.br

IBCCRIM – COIMBRA



• 7º EDIÇÃO •

CURSO INTERNACIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROCESSO CONSTITUCIONAL

AULAS PRESENCIAIS E À DISTÂNCIA



INSCRIÇÕES

a partir de abril de 2019



PERÍODO DAS AULAS

de maio a agosto de 2019



LOCAL

Auditório do IASP:

Av. Paulista, 1294 - São Paulo (SP)

Ou pela internet (Modalidade à distância)

O curso destina-se a profissionais da área jurídica ou que detenham diploma de nível superior e estudantes de graduação com previsão de conclusão de curso até dezembro de 2019.



Docentes brasileiros

- Ana Luisa Zago De Moraes
- Cassio Scarpinella Bueno
- Claudia Perrone Moises
- Daniel Sarmento
- Eduardo Saad-Diniz
- Geraldo Prado
- Marcel Leonardi
- Marcelo José Magalhães Bonizzi
- Marcelo Neves
- Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
- Paula Brasil
- Raquel da Cruz Lima
- Ricardo de Barros Leonel
- Sérgio Salomão Shecaira
- Susana Henriques da Costa
- Yuri Felix



Docentes internacionais

- Eduardo Malheiro De Magalhães
- João Nogueira De Almeida
- Paula Veiga
- Rui Cunha Martins

INSCRIÇÕES EM
www.ibccrim.org.br/direitosfundamentais2019

REALIZAÇÃO

