

EDITORIAL

A (evidente) inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal: o que está em debate no Supremo e a persistência do paradigma proibicionista

Em novembro de 2018, a ONU e suas agências, entre as quais o Escritório para Drogas e Crime (UNODC) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), adotaram uma posição comum intitulada “Apoiando a implementação do controle internacional das drogas por meio de cooperação efetiva interagências”, com o objetivo de assegurar uma abordagem mais balanceada, baseada em evidências científicas e que proporcione políticas que coloquem as pessoas, a saúde e os direitos humanos no centro. Nesse documento, a ONU exorta os países a mudarem suas leis, políticas e práticas no sentido da promoção de alternativas à punição, incluindo a descriminalização da posse de drogas para uso pessoal.⁽¹⁾

O Brasil é um dos últimos países da região latino-americana que ainda incrimina a posse de drogas para uso pessoal. Demonstrando a contrariedade entre uma política de drogas cientificamente orientada e reconhecida internacionalmente e a insistência do Brasil no proibicionismo e na guerra às drogas, o Senado Federal aprovou o PLC 37, de autoria do agora ministro da Cidadania, Osmar Terra. O projeto, que segue para sanção presidencial, agrava a punição do tráfico de drogas, consolida a presença das comunidades terapêuticas e favorece a transferência de recursos públicos, sem licitação, para acolhimento de pessoas que fazem uso problemático de drogas, a despeito das graves denúncias de violação de direitos humanos e baixa eficácia dessa forma de intervenção. Ademais, amplia o prazo da internação involuntária para até 90 dias, sem o devido cuidado para que esse dispositivo não seja utilizado para o recolhimento em massa da população em situação de rua.⁽²⁾ Contudo, o

art. 28 da Lei de Drogas, que veicula o crime de posse de drogas para uso pessoal, não foi alterado pelo referido projeto, de modo que o julgamento do RE 635.659, cuja retomada está prevista para o próximo dia 5 de junho, em nada foi afetado.

O debate a respeito da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, a partir dos votos já prolatados até aqui, passa pelos seguintes temas: a) a descriminalização pela “administrativização” do art. 28 da Lei 11.343/06; b) a adoção de critérios objetivos baseados em quantidades de substâncias para diferenciar as figuras jurídicas da posse para uso próprio e do tráfico de drogas; c) a descriminalização da posse para uso próprio de todas as drogas ou apenas da *cannabis*.

Para o relator, ministro Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas deve ser reconhecida, sem redução de texto, de forma a preservar a aplicação na esfera administrativa e cível das sanções previstas para o usuário, como advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a curso educativo. Segundo o relator, os efeitos não penais do artigo 28 deveriam continuar em vigor, na medida do possível, como medida de transição, enquanto não forem estabelecidas novas regras. Ainda, buscando evitar que usuários sejam presos preventivamente, o relator estabeleceu que, nos casos de flagrante por tráfico de drogas, o autor seja apresentado imediatamente à presença do juiz, de modo que este possa avaliar se a hipótese é de uso ou de tráfico. Gilmar Mendes também invalida a conhecida tentativa de responsabilizar o usuário por “financiar” o tráfico: diz não ser possível acusar quem usa drogas pelos “malefícios

| Caderno de Doutrina

Ainda uma vez, drogas
Vera Malaguti Batista 3

Cannabis: entre a padronização
farmacêutica e o autocuidado
Virgínia Martins Carvalho 4

O que a política de guerra às drogas
sustenta? A hipótese descriminalizadora
frente à violência institucional genocida
Salo de Carvalho e Adrian Barbosa e Silva 8

Novas iniciativas, velhos vícios: a
necessidade de avaliações prévias de
impacto carcerário como pressuposto
para a racionalização da política legislativa
penal brasileira
Marcelo Buttelli Ramos 11

Entre o populismo e o elitismo penal: os
desafios de fazer política criminal
Gabriel Santos Elias e Samuel Silva Borges 13

A imunização dos agentes de segurança
pública e a questão sociorracial no Brasil
Cleíson Dias Pereira e
Isaane Sodré de Oliveira dos Santos 16

Análise do projeto de lei 4.373/2016: a lei
de responsabilidade político-criminal
Igor Damous 19

Remição pela leitura da Bíblia:
constitucionalidade e aspectos práticos de
sua regulamentação
Leonardo Dantas Costa 22

Lei Anticrime e (in)constitucionalidade
do pretenso parágrafo único ao artigo 59
do código penal brasileiro
Lara Ferreira Lorenzoni 24

Projeto de Lei Anticrime: entre
o punitivismo e o desprezo pelo
conhecimento acadêmico
Alexandre Almeida de Arruda e
Giovane Santin 26

| Caderno de Jurisprudência

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS
DECISÕES COMENTADAS

Um convite a pensar as Ciências
Criminais a partir de uma
perspectiva de direitos humanos
*Isabel Penido de Campos Machado e
Surrailly Fernandes Youssef* 2189

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal 2190
Superior Tribunal de Justiça 2192
Tribunal Regional Federal da
1ª Região 2196
Tribunal de Justiça do Estado do
Rio de Janeiro 2196

coletivos decorrentes da atividade ilícita”, pois “esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário”. Por isso, “esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante”. O voto do relator afirma que a criminalização da posse de drogas desrespeita “a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde”, mas registra não enxergar “um direito a se entorpecer irrestritamente”, sendo “perfeitamente válida a imposição de condições e restrições ao uso de determinadas substâncias, não havendo que se falar, portanto, nesse caso, em direito subjetivo irrestrito”.

Uma das mais graves distorções decorrentes da aplicação prática da Lei 11.343/2006 é a inversão do ônus da prova,⁽³⁾ que obriga a pessoa flagrada com drogas a provar que não é traficante. Por conta dessa interpretação desconforme à Constituição, muitos usuários são condenados como se traficantes fossem, o que ajuda a compreender o fenômeno do superencarceramento que transformou o Brasil na terceira maior população prisional do planeta.

A esse respeito, Gilmar Mendes aponta que a “presunção de não culpabilidade, artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, não tolera que a finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida”.

Os votos dos ministros Edson Fachin e Roberto Barroso restringem a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas apenas ao porte de *cannabis*. Para Fachin, critérios objetivos são bem-vindos, mas apenas o Congresso Nacional pode defini-los. Já para Barroso, o próprio STF pode definir critérios objetivos e sugere a adoção do seguinte parâmetro: 25 gramas de *cannabis* em flor e até seis plantas fêmeas.

A retomada do julgamento permitirá o aprofundamento desse debate.

Se ao Estado falece legitimidade para realizar a educação moral de pessoas adultas por meio da lei penal, faz sentido “administrativizar” a proibição da posse de drogas para uso pessoal? A escolha pela manutenção da proibição do porte de drogas, ainda que sem a estigmatização decorrente do tratamento penal da questão, em vez da opção pela regulamentação da posse e do comércio de drogas, persiste no paradigma proibicionista, que favorece a manutenção e o fortalecimento de mercados marginais. Assim, além dos obstáculos jurídicos, há que se ter em conta os aspectos práticos da persistência do proibicionismo, ainda que pela via “administrativa”, especialmente porque são os agentes de segurança pública, que lidam com a questão na ponta, que terão a atribuição para realizar o controle social pela

via do Direito Administrativo.

O estabelecimento de critérios quantitativos objetivos para diferenciação de traficantes e usuários é normalmente apontado como via para combater a “presunção de tráfico” que vigora na prática judiciária nativa. A experiência mexicana, contudo, na qual se adotaram quantidades reduzidas para definir uso e tráfico, e na qual os índices de encarceramento aumentaram, ensina que a definição de critérios objetivos, a depender da forma de implementação, pode trazer resultados indesejados.⁽⁴⁾ A aposta no discurso diferenciador – que milita pela descriminalização do uso em detrimento da demonização do comércio de drogas – pode produzir ainda mais danos sociais.

Por fim, acerca dos principais pontos que estão sendo debatidos no bojo do RE 635.659, deve-se asseverar que a restrição da declaração de inconstitucionalidade apenas à posse para consumo pessoal de *cannabis*, constante dos votos dos ministros Fachin e Barroso, é um casuísmo que não faz sentido juridicamente, diante do argumento central acerca da inconstitucionalidade da criminalização da autolesão.

A declaração de inconstitucionalidade do tratamento penal da posse de drogas para uso pessoal, em suma, não se afigura como solução isolada para os trágicos efeitos da persistência da política de guerra às drogas no Brasil. Contudo, a procedência do RE 635.659 seria inegavelmente um avanço no que tange ao abandono do obscurantismo moralista que marca a política proibicionista. A retomada do julgamento do RE 635.659 pela Suprema Corte, para além do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, deveria proporcionar um debate racional a respeito da política de drogas brasileira, longe de fanatismos e crenças carentes de evidências científicas. Basta de terraplanismo!

Notas

- (1) CEB/2018/2. Chief Executives Board for Coordination. Distr.: General. 18 January 2019. Original: English. 19-00904 (E) 220219.
- (2) Para mais informações, vide “Nota pública sobre a tramitação do PLC 37/2013: pela retomada do diálogo democrático, contra o retrocesso das políticas de drogas”
- (3) Uma espécie de “cegueira hermenêutica deliberada”, cf. MARONNA, Cristiano. Apontamentos a respeito do debate sobre a descriminalização da posse de drogas para uso pessoal no Brasil. In: FIGUEIREDO, Regina *et al* (org). *Drogas & sociedade contemporânea: perspectivas para além do proibicionismo*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2017. p. 222.
- (4) Disponível em: http://fileservidor.idpc.net/library/Condenados-por-los-numeros_cantidades-umbral-en-politicas-de-drogas.pdf.



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.º Secretário: Luís Carlos Valois
1.º Tesoureiro: Gabriel de Freitas Queiroz
2.º Tesoureiro: Yuri Felix
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

Atvino Augusto de Sá
Cristiano Avila Maronna
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Geraldo Prado
Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

Ainda uma vez, drogas

Vera Malaguti Batista

A guerra contra as drogas foi imposta à realidade brasileira há mais de quarenta anos, no período mais duro da ditadura. Travestida de política criminal, essa guerra começou num movimento geopolítico estadunidense na saída da retumbante derrota para o Vietnã e na tentativa de neutralizar os intensos movimentos sociais em torno de 1968. Ela foi concebida para aplacar seu “inimigo interno”, mas também para produzir na América Latina um deslocamento do seu “inimigo interno”: do subversivo ao traficante. Ao sul dos Estados Unidos estaria todo o perigo, através da fórmula: vitimização do mercado consumidor e demonização dos países produtores das substâncias alcançadas pelo proibicionismo. Apesar de não termos na ocasião nenhum problema sanitário urgente com relação ao uso dessas substâncias, o proibicionismo adentrou o país reconfigurando desde então todo o sistema de segurança pública na direção do paradigma bélico. Olhando hoje, à distância, podemos perceber com essa guerra foi funcional para a transição democrática que se daria a partir dos anos oitenta. O deslocamento do inimigo interno serviu para manter e expandir os historicamente truculentos aparelhos policiais brasileiros. O apoio maciço dos meios de comunicação cristalizou nas subjetividades a ideia de que o traficante (jovem preto e pobre, morador de favelas) seria o novo alvo legítimo das políticas letais de enfrentamento. Começava ali o maior encarceramento da nossa história e também os maiores índices de homicídio e de extermínio pelas forças do Estado.

Importante mencionar que os argumentos sobre a inconstitucionalidade dessa política já produziam uma resistência jurídica intensa. Por exemplo, nos anos oitenta, **Nilo Batista** discutia “*de que maneira o Código Penal... regula e disciplina o prazer?*”⁽¹⁾ Questionando a associação entre maconha e criminalidade, ele produziu alguns argumentos em favor da descriminalização do uso de maconha. O primeiro por tratar-se de assunto da área de saúde pública e não de justiça criminal. O segundo sobre a impertinência da criminalização da autolesão, e o terceiro por considerar inconstitucional a incriminação do uso a partir das convenções internacionais firmadas pelo Brasil, que nelas se comprometia a ministrar tratamento aos usuários de drogas. Em mais de quarenta anos dessa política criminal, o que vemos é uma escandalosa desproporção entre os gastos com a guerra e as possibilidades de atendimento nos sistemas públicos de saúde. Na verdade, uma demonização: a truculência e o extermínio fazem com que o usuário problemático de substâncias ilícitas seja o paciente com maiores dificuldades para se apresentar ao sistema público de saúde.

No começo dos anos noventa, **Maria Lucia Karam** argumentava sobre a inadmissibilidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal por tratar-se de conduta privada, observando que essa conduta privada não constitui ofensa à saúde pública pela ausência de expansibilidade do perigo. Para ela, não haveria ofensa ao bem jurídico ofendido, não havendo fato típico. A autora faz uma advertência, comprovada historicamente, de que essa política criminal constituiria “*uma perigosa adesão ao direito penal do autor*”.⁽²⁾

Ainda nos noventa **Salvo de Carvalho** criticava a legislação penal sobre drogas com seus dispositivos vagos e indeterminados e uso abusivo de normas penais em branco, que “*acabaram por legitimar sistemas de total violação de garantias individuais*”. Para ele, esse modelo jurídico-político incorporou os postulados da

doutrina de Segurança Nacional dentro das categorias desenvolvidas pelos teóricos da ditadura (geopolítica, bipolaridade, guerra total e inimigo interno).⁽³⁾ Esses são alguns dos muitos argumentos que ecoam dos anos oitenta até os dias de hoje nesses mais de quarenta anos de barbárie.

Mas o que assistimos de lá para cá seria a “*via crucis da autolesão criminalizada*”.⁽⁴⁾ Ao longo desses anos, assistimos a uma curiosa perversão em termos de política pública. Nossa política criminal de drogas é e sempre foi um retumbante fracasso em todos os seus objetivos declarados: não conseguiu diminuir nem o consumo, nem a produção e nem a sua comercialização. O mistério é o estranho apego a uma política tão derrotada em sua prática. Este fracasso talvez encubra seu principal sucesso: legitimar uma guerra milionária que se localiza nas favelas e periferias de todo o país. A propaganda da guerra às drogas fez com que passássemos da resistência à truculência policial na saída da ditadura para sua naturalização e agora ao seu aplauso. Esta banalização produz figuras políticas no Executivo que participam pessoalmente em operações de “abate” em áreas pobres. É este o vetor fundamental do processo que denominamos de *constituição do sujeito matável*. **Zaffaroni** demonstra como nossos massacres a conta-gotas, que acabam configurando genocídio, só são possíveis pela hegemonia dos discursos legitimantes do extermínio.

Em pesquisa realizada há mais de vinte anos, constatamos como a criminalização dos anos setenta do século XX produziu o problema: só a partir de sua promulgação o problema “drogas” se torna palpável. A intensa criminalização que engendrou produziu uma seletividade penal com discurso binário: aos jovens brancos de classe média aplicava-se o estereótipo médico; e aos jovens pobres, o estereótipo criminal.⁽⁵⁾ Esse fenômeno não se deu somente no Brasil. **Michelle Alexander** denunciou como a guerra às drogas atingiu a comunidade afrodescendente dos Estados Unidos de uma maneira tão expressiva quanto as políticas de *apartheid*.⁽⁶⁾

Para entender a sobrevivência de uma política criminal tão aparentemente fracassada, teríamos que refletir sobre a importância dessa economia de guerra no capitalismo contemporâneo. **Marildo Menegat** analisa as impossibilidades do Estado de bem-estar social nesse período regressivo da acumulação capitalista.⁽⁷⁾ O Rio de Janeiro passou e passa por uma grande crise econômica, mas o que observamos é um decréscimo nos investimentos em saúde e educação e uma concentração crescente e milionária em segurança pública. Mas talvez o mais assustador seja constatar que a alternância de governos à direita e à esquerda não tenha mudado nada substancialmente nessa política criminal com derramamento de sangue. A lei 11.343/2006 foi uma grande oportunidade perdida de virar o jogo e tirar o Brasil de uma das posições mais atrasadas em relação à América Latina e ao mundo em geral. O efeito de uma má compreensão da questão criminal e da geopolítica das drogas fez com que as reformas legislativas produzissem uma escalada vertiginosa de encarceramento e um aumento aterrador da letalidade policial. Os governos de esquerda banalizaram também o uso das Forças Armadas na segurança pública, abrindo espaço para os perigos já visíveis de sua policização. No ano de 2018, a intervenção das Forças Armadas no Rio de Janeiro produziu 1500 mortes em confronto.

É impressionante que aquela discussão sobre a constitucionalidade da política criminal de drogas quanto à posse para uso pessoal ainda não tenha avançado no sentido jurídico-institucional. Vale a pena tentar passar um pouco à frente desses limites impostos ao debate pela obstinada cegueira da classe política. Entre os paradoxos presentes está a esquizofrenia entre a liberação do uso e a manutenção da proibição à venda. Como pode uma substância ser usada, porém não vendida? Em torno da aprovação da lei 11.343/2006 houve um debate entre parlamentares do PT que apoiaram o projeto e nós do Instituto Carioca de Criminologia na ALERJ. Naquela ocasião, chamamos a atenção para os perigos desse contraponto perverso entre a criminalização da oferta e a descriminalização da demanda. Na época, **Maria Lúcia Karam** apresentou um projeto alternativo que tentava mitigar esse antagonismo diferenciado pelo tamanho de sua economia. Era uma proposta redutora de danos que a própria autora considerava tímida, mas possível. O governo federal optou pelo texto do projeto aprovado. Nossas críticas de então foram comprovadas nesses últimos anos com o aumento exponencial do encarceramento e a nossa guerra mortal de todos os dias.

As técnicas de neutralização da propaganda da guerra às drogas criaram uma opinião pública educada para aplaudir a letalidade policial. Atingiu também grande parte do Ministério Público e do Judiciário, produzindo “combatentes da ordem” no lugar de guardiões da Constituição. Os conceitos fantasmáticos de narcotráfico e organização criminosa servem para nos afastar cada vez mais da solução de problema tão fundamental no dia a dia dos brasileiros. **Rosa del Olmo**, ainda nos anos noventa, nos ensinou a origem geopolítica da expressão “narcotráfico”, num continente que não produz narcóticos, mas basicamente coca e *cannabis*.⁽⁸⁾ Raúl Zaffaroni, também nos noventa, analisou a ideia de “crime organizado” como uma categorização frustrada.⁽⁹⁾

Qualquer problema de segurança pública hoje, no Brasil, é magicamente explicado pela associação dessas duas expressões contemporâneas, repetidas à exaustão. Rebeliões nos presídios? Narcotráfico e crime organizado... Aumento dos índices de homicídios? Narcotráfico e crime organizado... Letalidade policial maior do mundo? Combate ao narcotráfico e ao crime organizado... Dar um passo à frente impõe que saíamos desse círculo vicioso e passemos a trabalhar com uma utensilagem teórica mais além desse senso comum derrotado pela sua própria prática. Enfim, brasileiros, coragem, se quereis ser republicanos!

Notas

- (1) BATISTA, Nilo. A penalização do prazer. In: SABINA, Maria (org). *Maconha em debate*. São Paulo: Brasiliense, 1986., p. 108.
- (2) KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luamed, 1991. p. 136.
- (3) CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 10.
- (4) BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- (5) BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- (6) ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- (7) MENEGAT, Marildo. *A crítica do capitalismo em tempos de catástrofe: o giro dos ponteiros do relógio no pulso de um morto*. Rio de Janeiro: Consequência, 2019.
- (8) OLMO, Rosa del. Geopolítica de las drogas. *Revista Análisis*, Medellín, jun.1998.
- (9) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime organizado”: uma categorização frustrada. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, ano 1, n. 1, 1º semestre 1996.

Vera Malaguti Batista

Professora Adjunta de Criminologia da UERJ. Secretária
Executiva do Instituto Carioca de Criminologia.
criminologia@icc-rio.org.br

Cannabis: entre a padronização farmacêutica e o autocuidado⁽¹⁾

Virgínia Martins Carvalho

1 Cannabis como planta medicinal

Cannabis é um gênero da família *Cannabaceae* cujas flores de espécimes pistilados (fêmeas) são abundantes em fármacos da classe dos canabinóides e terpenos. O Escritório de Drogas e Crimes da Organização das Nações Unidas (UNODC) adota classificação monoespecífica *Cannabis sativa* L. com inúmeras subespécies (*C. sativa* subsp. *sativa*, *C. sativa* subsp. *indica*, *C. sativa* subsp. *ruderalis*, *C. sativa* subsp. *spontanea*, *C. sativa* subsp. *Kafiristanca*).⁽²⁾ Além das subespécies há inúmeras variedades obtidas pelo cruzamento de subespécies cujas sementes são comercializadas em sites internacionais, tais como, *Cannatonic*, *White Widow*, *Amnesia Haze*, *Skunk Lemon Haze*, *Og Kush*, etc. Seja qual for a subespécie ou variedade, a identificação química da *Cannabis* é realizada pela detecção dos canabinóides, sendo os majoritários o ácido tetrahydrocannabinólico (THCA), teores 0,1 e 25%, e o ácido canabidiólico (CBD), teores entre 0,1 e 8%. Os ácidos são descarboxilados quando aquecidos, isto é, perdem CO₂ e se tornam neutros, formando o Δ9-tetrahydrocannabinol (THC) e o

canabidiol (CBD). O THC também pode ser convertido a canabinol (CBN) por degradação térmica. Outros canabinóides minoritários são canabigerol (CBG), teores entre 0,03 e 1%, canabicromeno (CBC), teores entre 0 e 0,7, tetrahydrocannabivarina (THCV), teores entre 0 e 1%, etc.⁽³⁾ Já foram descritos uma centena de canabinóides, mas os produtos medicinais utilizados na atualidade são padronizados em relação aos teores de THC e CBD. Outra classe de fármacos que contribuem para o efeito farmacológico são os terpenos, teores abaixo de 1%; esses óleos essenciais conferem o aroma característico da planta.⁽⁴⁾ A interação dos canabinóides e terpenos teoricamente confere efeitos sinérgicos, denominados *efeito comitiva* ou *entourage effect*, teoricamente impossíveis de serem alcançados com o canabinóide isolado.

A classificação por quimiotipo originou as denominações cânhamo (*hemp*) e maconha (*marijuana*). O termo *hemp* é adotado na América do Norte e Europa para variedades que apresentam teores de CBD superiores ao de THC; e a regulamentação determina teores de THC ≤ 0,3% para matéria prima vegetal destinada a

produção têxtil, de suplementos alimentares e cosméticos. O UNODC adota a relação THC/CBD > 1 para classificar a *Cannabis* como *marijuana/drug type* e a relação THC/CBD < 1 para *hemp/fiber type*¹. Mas a regulamentação dos EUA não faz distinção dos teores de THC e CBD para definir se a planta é medicinal, THC e CBD são fármacos indicados para diferentes enfermidades; e a definição *Cannabis medicinal* está relacionada com o padrão de uso e não com sua composição.⁽⁵⁾

O que diferencia uma planta medicinal de uma ornamental são as evidências de eficácia descritas em literatura científica ou o uso tradicional no controle de quadros patológicos. Algumas plantas medicinais contêm substâncias psicotrópicas que por vezes são buscadas sem prescrição médica com a finalidade de alcançar estados alterados de consciência; o uso nesse contexto é chamado *social* ou *recreativo*. Os canabinóides majoritários THC e CBD apresentam efeitos farmacológicos paradoxais no sistema nervoso central (SNC), enquanto o THC apresenta efeito euforizante, psicótico e ansiogênico, o CBD apresenta efeito depressor do SNC e narcótico. O THC ainda atua como analgésico, antiemético, antiespasmódico e estimulante do apetite; enquanto o CBD, como antipsicótico, ansiolítico, anticonvulsivante e anti-inflamatório. Vários produtos vêm sendo regulamentados e empregados no tratamento de enfermidades neurológicas (epilepsia, esclerose múltipla, dor neuropática, Parkinson, etc.) e no controle de reações adversas aos quimioterápicos. Foi demonstrado o potencial farmacológico dos canabinóides no tratamento de Parkinson,⁽⁶⁾ esquizofrenia,^{(7),(8)} Alzheimer,^{(9),(10),(11)} dor neuropática e espasticidade da esclerose múltipla,⁽¹²⁾ artrite reumatóide⁽¹³⁾ e epilepsia.^{(14),(15),(16)}

O primeiro estudo clínico mostrando a eficácia do CBD no controle de convulsões em pacientes epiléticos foi publicado em 1980, por colaboração científica entre pesquisadores brasileiros e israelenses,⁽¹⁷⁾ mas o uso médico no tratamento de epilepsias refratárias só se tornou realidade mais de 30 anos depois, quando foi divulgado o tratamento de uma criança portadora da síndrome de Dravet com extrato de cânhamo rico em CBD, que reduziu significativamente a frequência das convulsões⁽¹⁸⁾ no Colorado, EUA, efeito confirmado em estudo clínico posterior.⁽¹⁹⁾

2 A regulação sanitária nacional da *Cannabis* e seus derivados

É atribuição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) a regulação sanitária de substâncias e medicamentos que ofereçam risco à saúde pública, tais como substâncias psicotrópicas. A Portaria 344/98 estabelece o regulamento técnico e lista as substâncias sujeitas a controle especial; a *Cannabis* sp. está na Lista E junto com outras plantas proscritas (proibidas) que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas, assim como todos os sais e isômeros das substâncias obtidas a partir das plantas elencadas. O THC está na Lista F (substâncias proscritas), apesar de o dronabinol (THC sintético de estrutura química idêntica ao fitocannabinóide THC) ter sido incluído na Lista A3 (mesma do metilfenidato/Ritalina® indicado para o transtorno do déficit de atenção e hiperatividade) pela RDC 98/2000. Assim, a regulação sanitária brasileira manteve por quase 20 anos duas substâncias químicas idênticas com status de “permitida” e “proibida” simultaneamente. O *Food and Drug Administration* (FDA) aprovou o registro do THC sintético denominado dronabinol sob o nome Marinol® em 1985. Esse medicamento é indicado como antiemético (controle de náuseas e vômitos) e analgésico para pacientes sob quimioterapia e como estimulante de apetite para pacientes portadores de HIV, mas no Brasil nenhuma indústria propôs registro de medicamento à base

de THC ou CBD até 2014, quando a Beafour Ipsen Farmacêutica Ltda solicitou o registro do Mevatyl® concedido em 2017; esse medicamento é registrado internacionalmente sob a denominação Sativex®, pela GW Pharmaceuticals, comercializado no Reino Unido desde o ano 2000. O Mevatyl® indicado para o controle da espasticidade na esclerose múltipla é um extrato padronizado da *Cannabis sativa* L., contendo 27 mg/mL de THC e 25 mg/mL de CBD, além de outros canabinóides minoritários e terpenos, contraindicado para menores de 18 anos e para o tratamento da epilepsia devido ao alto teor de THC.

Em maio de 2017 a ANVISA incluiu a *Cannabis sativa* L. como planta medicinal no rol de Denominações Comuns Brasileiras, RDC 156/2017, facilitando futuros registros de medicamentos derivados da planta.

O clamor social, especialmente o de mães que passaram a importar ilegalmente extratos à base de CBD dos EUA, parece ter influenciado o Conselho Federal de Medicina (CFM) a publicar no final de 2014 a Resolução RE 2.113/2014, permitindo aos médicos das especialidades de neurologia, psiquiatria e neurocirurgia prescreverem compassivamente o CBD para pacientes portadores de epilepsia até 18 anos. O uso compassivo normatizado pela Resolução RDC 38/2013 se caracteriza pela tentativa de controle da enfermidade quando nenhum tratamento reconhecido tenha surtido efeito; assim, é permitido o uso compassivo e acesso expandido de medicamento novo e promissor sem registro na ANVISA desde agosto de 2013. Com base na RDC 38/2013, médicos de outras especialidades não especificadas na RE 2.113/2014 do CFM têm prescrito extratos de *Cannabis* para diversas enfermidades e perfis de pacientes.

Para atender a RE 2.113/2014 do CFM, a ANVISA publicou a RDC 03/2015, incluindo o CBD na Lista C1 (mesma lista onde estão alocados os anticonvulsivantes ácido valpróico e carbamazepina) e regulamentou sua importação através da RDC 17/2015, ocasião em que determinou que os teores de CBD deveriam ser superiores ao de THC. Um ano depois, a ANVISA publicou a RDC 66/2016, permitindo a importação para uso médico pessoal da planta *Cannabis sativa* L., partes da planta e de seus compostos, inclusive o THC, desde que os mesmos apresentassem registro sanitário; e, depois, a RDC 130/2016 incluiu na Lista A3 os medicamentos registrados na ANVISA que possuam em sua formulação derivados de *Cannabis sativa* em concentração de no máximo 30 mg/mL de THC e 30 mg/mL de CBD, isentando-os do controle referente à Lista E.

Apesar do registro do Mevatyl®, os pacientes pediátricos portadores de epilepsia refratária ainda ficam sujeitos à importação de extratos ricos em CBD registrados nos EUA, Canadá e Europa como suplementos alimentares. O único produto à base de CBD indicado para controle de epilepsia registrado como medicamento pelo FDA foi o Epidiolex® em 2018, produzido pela GW Pharmaceuticals. Os produtos ricos em CBD autorizados na RDC 17/2015 e suas atualizações são todos registrados internacionalmente como suplementos alimentares e, dessa forma, não possuem avaliação de eficácia e segurança e tampouco são exigidos padrões farmacêuticos de fabricação e rotulagem.

Diante do alto custo e da burocracia de importação, pacientes, responsáveis de pacientes e Organizações Não Governamentais (ONGs) vêm recorrendo ao judiciário para obterem autorização de cultivo de plantas do gênero *Cannabis* e produção de extratos medicinais. Responsáveis de pacientes e pacientes portadores de diferentes enfermidades vêm obtendo *Habeas corpus* preventivo para cultivar *Cannabis*; e uma única ONG localizada no Estado da

Paraíba obteve liminar judicial para fornecer extratos de *Cannabis* para mais de uma centena de pacientes associados. Se, por um lado, a liminar judicial não garante a qualidade sanitária dos extratos produzidos, por outro, a morosidade na regulamentação do cultivo e a falta de acesso estimulam os pacientes a recorrerem às ONGs e aos produtores ilegais que carecem de qualificação técnica para elaboração de produtos farmacêuticos.

Como exposto, o potencial terapêutico de plantas do gênero *Cannabis* no controle de diversas enfermidades as torna recurso farmacêutico estratégico. Mas a criminalização da planta e a regulação sanitária nacional ainda constituem a maior barreira à pesquisa e ao acesso do tratamento.

3 Avaliação farmacêutica do uso medicinal de extratos de *Cannabis*

Apesar das propriedades farmacológicas da *Cannabis* e seus derivados serem cientificamente demonstrados, as considerações sobre o direito ao uso medicinal se mescla ao direito do uso social/recreativo gerando acaloradas discussões sobre qual seria a fronteira entre o uso social e medicinal. Nesse contexto, o termo “bem-estar terapêutico” é adotado para se referir à diminuição do estresse e ansiedade decorrente da vida cotidiana, assemelhando-se ao uso de outras substâncias psicotrópicas lícitas como o álcool e tabaco. É fato que, para a Organização Mundial da Saúde, a definição de saúde é ampla, não representando apenas ausência de doença, mas bem-estar físico, mental e social. Por outro lado, o uso de medicamento⁽²⁰⁾ é uma intervenção com finalidade curativa ou paliativa quando existe doença e/ou distúrbio reconhecido pelo Código Internacional de Doenças (CID) e/ou Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM). Assim, o uso de extratos de *Cannabis* e seus derivados com finalidade curativa e paliativa é tratado pela farmácia de forma independente do uso social/recreativo, principalmente porque certas enfermidades exigem que haja controle estrito de doses.

Até 2016 os pacientes ignoravam a composição dos extratos artesanais. Apesar de filmes, reportagens, eventos acadêmicos e movimentos ativistas discutirem o tema geralmente com base em estudos científicos, pouco ou nada se sabia a respeito da composição química das plantas de *Cannabis* e seus derivados consumidos por pacientes no Brasil. Era preciso ir além da verbalização, levar essas amostras para a bancada do laboratório e iniciar a avaliação de segurança dos tratamentos. Assim foi estruturado o projeto de extensão universitária Farmacannabis no Laboratório de Análises Toxicológicas da Faculdade de Farmácia da Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ (Projeto aprovado pelo Comitê de Ética do Hospital Universitário Clementino Fraga Filho, CAAE 82021817.0.0000.5257).⁽²¹⁾ Entre 2017 e 2018, foram determinados os teores de canabinóides em 118 amostras de extratos de *Cannabis* artesanais (n=82) e importados (n=36). O perfil dos extratos oleosos artesanais mostrou que 48% continham THC como canabinóide majoritário (0,7 a 44,9 mg/mL) e baixos teores de CBD (0,0 a 2,3 mg/mL); 35% eram negativos ou continham apenas traços de CBD (0,0 a 0,3 mg/mL) e THC (0,0 a 0,9 mg/mL) e apenas 16% continham CBD como canabinóide majoritário (0,0 a 5,69 mg/mL) e baixos teores de THC (0,0 a 0,5 mg/mL). Curiosamente, todas as amostras rotuladas e referidas por pacientes como sendo da única ONG localizada no Estado da Paraíba autorizada pela justiça a produzir e fornecer extratos de *Cannabis* apresentaram perfil negativo ou apenas traços de canabinóides.

Além dos extratos em veículo oleoso, foram analisadas resinas de *Cannabis* comercializadas em seringas. Todas as resinas nacionais apresentaram altos teores de THC (entre 194,4 e 348,5

mg/g) e baixos de CBD (entre 10,8 e 17,0 mg/g). Ao contrário, todas as resinas importadas apresentaram altos teores de CBD (105,0 a 189,30 mg/g) e baixos de THC (0,9 a 8,2 mg/g). Todos os extratos importados em veículos oleosos apresentaram como canabinóide majoritário o CBD (13,2 a 284,9 mg/mL) e baixos teores de THC (0,0 a 4,3 mg/mL). Em relação ao rótulo, 44% e 15% dos produtos importados apresentaram teores de CBD, respectivamente, baixo e acima dos valores rotulados, com variações superiores a 15%,⁽²²⁾ confirmando a falta de padronização farmacêutica desses suplementos alimentares.

Esse cenário carente de padronização farmacêutica não é exclusivo do Brasil. Estudo recente realizado numa comunidade da Austrália mostrou uma alta variabilidade na composição e teores de canabinóides nos produtos não regulados administrados a crianças portadoras de epilepsia. A maioria apresentou perfil predominante de THC e continha muito menos CBD do que a expectativa dos responsáveis; o estudo mostrou ainda que não havia diferenças significantes na composição dos produtos percebidos como eficazes ou ineficazes pelos cuidadores.⁽²³⁾

Além dos produtos adquiridos no mercado não regulado, foi monitorada a preparação artesanal de extratos de *Cannabis* por famílias e ONGs no Rio de Janeiro. O método de preparação empregado era a decocção em óleo. As flores de *Cannabis* eram secas e introduzidas junto com gelo seco em bolsas (*Cannabis bags*) com fundo perfurado, semelhante a uma peneira. O gelo seco confere aspecto quebradiço ao vegetal; por agitação, ocorre a trituração, e o material finamente pulverizado, denominado pelos preparadores de *kief*, é recolhido. Via de regra, esse processo gerou material particulado que se espalhava pelo local de preparação, havendo grande desperdício de matéria-prima. O material pulverizado (*kief*) era misturado com óleo (óleo de soja e coco) em uma panela elétrica dotada de misturador (comercializada nos EUA para preparação de manteiga de *Cannabis*) e o conteúdo aquecido (104°C) e homogeneizado periodicamente por 4 horas. As 11 preparações monitoradas apresentaram médias de teores de 0,8 ± 1,2 mg/mL para CBD e 1,4 ± 1,1 mg/mL para THC, enquanto para os canabinóides ácidos foram 1,5 ± 1,8 mg/mL para CBDA e 1,6 ± 1,6 mg/mL para THCA. Após a observação dos baixos rendimentos e da predominância dos canabinóides ácidos, foi orientada a descarboxilação dos canabinóides por aquecimento, seguida de extração com etanol, evaporação e diluição da resina em veículo oleoso. Os teores, após a orientação em 8 preparações, foram 4,1 ± 3,8 mg/mL para CBD e 3,8 ± 4,2 mg/mL para THC; enquanto para os canabinóides ácidos foram 0,4 ± 0,7 mg/mL para CBDA e 0,5 ± 1,0 mg/mL para THCA.

Diferentes variedades de plantas do gênero *Cannabis* foram analisadas no projeto Farmacannabis. São elas *Amnesia Haze*, *Cannatonic*, *Northern Light*, *Caetano Veloso*, *OG Kush*, *24K Gold*, *Cinderella*, *Tolomelli*, *Harle-Tsu* e *Medikit CBD*. Dessas 10 variedades, apenas 2 (*Harle-Tsu* e *Medikit CBD*) apresentaram perfil de cânhamo e vêm sendo cultivadas por responsáveis de pacientes portadores de epilepsia e autismo.

Seria lógico supor que, em países onde nunca se regulamentou o uso do cânhamo, o cultivo de variedades de *Cannabis* ficaria restrito ao mercado social/recreativo e, portanto, à produção de maconha. Nas últimas décadas, os teores de THC na maconha aumentaram 2 a 3 vezes, enquanto a relação THC/CBD diminuiu.⁽²⁴⁾ Variedades com alto teor de THC e baixo de CBD oferecem maior risco de efeitos colaterais e adversos, tais como, surtos psicóticos, taquicardia, diminuição da concentração e lapsos de memória que dificultam a adesão ao tratamento.

Os resultados analíticos mostram a falta de disponibilidade de cânhamo no mercado nacional e, conseqüentemente, de extratos ricos em CBD, o que impacta na vulnerabilidade de pacientes portadores de epilepsia refratária ou outras enfermidades tratáveis com CBD que não têm seu direito ao tratamento garantido nem mesmo por medidas judiciais que autorizem a produção por ONGs.

O cultivo individual, apesar de trabalhoso, dispendioso e demorado (4 a 6 meses para colheita) pode ser uma alternativa viável para alguns pacientes quando estes recebem auxílio técnico adequado. No projeto Farmacannabis, alguns cultivos estão sendo monitorados e estudados, assim como a produção do extrato em colaboração com os responsáveis que cultivam. Essa sistemática de trabalho permitiu a produção de extratos padronizados com teores de CBD compatíveis com os importados (entre 20 e 40 mg/mL), e a possibilidade de os responsáveis, conjuntamente com seus médicos assistentes, planejarem tratamentos variando os teores de CBD e THC.

Importante ressaltar que a padronização do medicamento não afasta a possibilidade do autocuidado. Essa prática reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS)⁽²⁵⁾ representa a autonomia dos indivíduos em cuidar de si mesmos. Nesse sentido, hábitos de vida saudável e o uso racional de medicamentos, plantas medicinais ou outro recurso terapêutico fazem parte desse ato soberano. Mas o exercício do autocuidado requer educação em saúde para prevenir que medicamentos sintéticos ou fitoterápicos sejam utilizados como bens de consumo e possam vir a agravar o quadro patológico.

4 Conclusão

O cultivo de *Cannabis* e produção de extratos medicinais para uso próprio, no contexto do autocuidado, podem constituir prática segura desde que exista educação em saúde e o paciente tenha orientação farmacêutica na sua preparação. Essa prática não deverá ser regulada pela ANVISA, uma vez que essa agência trata de riscos coletivos e não individuais. Por outro lado, a produção e fornecimento por ONGs requerem regulação sanitária para que sejam seguras, de forma a prevenir intoxicações e/ou infecções fúngicas ou bacterianas com impacto na saúde pública.

O risco de efeitos adversos e colaterais causados por extratos ricos em CBD é baixo quando comparado aos extratos ricos em THC. Em dezembro de 2017, a OMS recomendou a retirada do CBD da Lista de substâncias controladas com base em seu baixo risco, justificando assim regulação sanitária nacional diferenciada para cânhamo e maconha, semelhante às já adotadas na América do Norte e Europa.

Notas

- (1) Este trabalho contou com suporte financeiro do Instituto Serrapilheira (Processo Nº Serra-1709-18891), do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Processo Nº 426406/2018-4), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio de Janeiro (Processo Nº E-26/010.000230/2017), do Parque Tecnológico da UFRJ e de 815 pessoas da sociedade civil que doaram através de financiamento coletivo.
- (2) UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Recommended methods for the identification and analysis of cannabis and cannabis products*. (2012). doi: ISBN 978-92-1-148242-3.
- (3) RICHINS, R. D.; RODRIGUEZ-URIBE, L.; LOWE, K.; FERRAL, R.; O'CONNELL, M. A. Accumulation of bioactive metabolites in cultivated medical Cannabis. *PLOS ONE*, São Francisco, n.13, p. 1–20, 2018.
- (4) GIESE, M. W.; LEWIS, M. A.; GIESE, L.; SMITH, K. M. Development and validation of a reliable and robust method for the analysis of cannabinoids and terpenes in cannabis. *Journal of the Association of Official Analytical Chemists*, Rockville, n.98, p. 1503-1522, 2015.
- (5) MEAD, A. The legal status of cannabis (marijuana) and cannabidiol (CBD) under U.S. law. *Epilepsy Behavior*, Estados Unidos da América, n. 70, p. 288–291, 2017.
- (6) ZUARDI, A.W.; CRIPPA, J.A.S.; HALLAK, J. E.C.; PINTO, J. P.; CHAGAS, M. H. N.; RODRIGUES, G. G. R.; DURSUN, S. M.; TUMAS, V. Cannabidiol for the treatment of psychosis in Parkinsons disease. *Journal of Psychopharmacology*, Los Angeles, n.

- 23, p. 979–983, 2009.
- (7) ZUARDI, A.W.; HALLAK, J. E.C.; DURSUN, S. M.; MORAIS, S. L.; SANCHES, R. F.; MUSTY, R. E.; CRIPPA, J.A.S. Cannabidiol monotherapy for treatment-resistant schizophrenia. *Journal of Psychopharmacology*, Los Angeles, n. 20, p. 683–686, 2006.
- (8) LEWEKE, F. M.; PIOMELLI, D.; PAHLISCH, F.; MUHL, D.; GERTH, C.W.; HOYER, C.; KLOSTERKÖTTER, J.; HELLMICH, M.; KOETHE, D. Cannabidiol enhances anandamide signaling and alleviates psychotic symptoms of schizophrenia. *Translational Psychiatry*, Londres, n. 2, p. 1-7, 2012.
- (9) IUVONE, T.; ESPOSITO, G.; ESPOSITO, R.; SANTAMARIA, R.; DI ROSA, M.; IZZO, A. A. Neuroprotective effect of cannabidiol, a non-psychoactive component from Cannabis sativa, on β -amyloid-induced toxicity in PC12 cells. *Journal of Neurochemistry*, Windermere, n. 89, p. 134–141, 2004.
- (10) ESPOSITO, G.; DE FILIPPIS, D.; MAIURI, M. C.; DE STEFANO, D.; CARNUCCIO, R.; IUVONE, T. Cannabidiol inhibits inducible nitric oxide synthase protein expression and nitric oxide production in β -amyloid stimulated PC12 neurons through p38 MAP kinase and NF- κ B involvement. *Neuroscience Letters*, Shannon, n. 399, p. 91–95, 2006.
- (11) ESPOSITO, G.; SCUDERI, C.; SAVANI, C.; STEARDO JR, L.; DE FILIPPIS, D.; COTTONE, P.; IUVONE, T.; CUOMO, V.; STEARDO, L. Cannabidiol in vivo blunts β -amyloid induced neuroinflammation by suppressing IL-1 β and iNOS expression. *British Journal of Pharmacology*, Londres, n. 151, 1272–1279, 2007.
- (12) WHITING, P. F.; WOLFF, R. F.; DESHPANDE, S.; DI NISIO, M.; DUFFY, S.; HERNANDEZ, A. V.; KEURENTJES, C.; LANG, S.; MISSO, K.; RYDER, S.; SCH,IDLKOFER, S.; WESTWOOD, M.; KLEIJNEN, J. Cannabinoids for medical use: A systematic review and meta-analysis. *Journal of American Medical Association*, Chicago, n. 313, p. 2456–2473, 2015.
- (13) BLAKE, D. R.; ROBSON, P.; HO, M.; JUBB, R. W.; MCCABE, C. S. Preliminary assessment of the efficacy, tolerability and safety of a cannabis-based medicine (Sativex) in the treatment of pain caused by rheumatoid arthritis. *Rheumatology*, Oxford, n. 45, p. 50–52, 2006.
- (14) HILL, A. J.; WILLIAMS, C. M.; WHALLEY, B. J.; STEPHENS, G. J. Phytocannabinoids as novel therapeutic agents in CNS disorders. *Pharmacology & Therapeutics*. Atlanta, n. 133, p. 79–97, 2012.
- (15) HUSSAIN, S. A.; ZHOU, R.; JACOBSON, C.; WENG, J.; CHENG, E.; LAY, J.; HUNG, P.; LERNER, J. T.; SANKAR, R. Perceived efficacy of cannabidiol-enriched cannabis extracts for treatment of pediatric epilepsy: A potential role for infantile spasms and Lennox-Gastaut syndrome. *Epilepsy Behaviour*, Atlanta, n. 47, p. 138–141, 2015.
- (16) TZADOK, M.; ULIEL-SIBONI, S.; LINDER, I.; KRAMER, U.; EPSTEIN, O.; MENASCU, S.; NISSENKORN, A.; YOUSEF, O. B.; HYMAN, E.; GRANOT, D.; DOR, M.; LERMAN-SAGIE, T.; BEN-ZEEV, B. CBD-enriched medical cannabis for intractable pediatric epilepsy: The current Israeli experience. *Seizure*, Atlanta, n. 35, p. 41–44, 2016.
- (17) CUNHA, J. M.; CARLINI, E. A.; PEREIRA, A. E.; RAMOS, O. L.; PIMENTEL, C.; GAGLIARDI, R.; SANVITO, W. L.; LANDER, N.; MECHOUAM, R. Chronic Administration of Cannabidiol to Healthy Volunteers Epilepsy. *Pharmacology*, Basel, n. 21, p. 175–185, 1980.
- (18) MCCALL, C. Momentum grows for medical use of cannabis. *The Lancet*, New York, n. 386, p. 1615–1616, 2015.
- (19) TZADOK, M.; ULIEL-SIBONI, S.; LINDER, I.; KRAMER, U.; EPSTEIN, O.; MENASCU, S.; NISSENKORN, A.; YOUSEF, O. B.; HYMAN, E.; GRANOT, D.; DOR, M.; LERMAN-SAGIE, T.; BEN-ZEEV, B. CBD-enriched medical cannabis for intractable pediatric epilepsy: The current Israeli experience. *Seizure*, Atlanta, n. 35, p. 41–44, 2016.
- (20) Fármaco inserido em forma farmacêutica, ou seja, produto farmacêutico tecnicamente obtido ou elaborado com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico.
- (21) CARVALHO, V. M. Farmacannabis-UFRJ: The first laboratory in Brazil to analyze therapeutic products derived from Cannabis. *Brazilian Journal of Analytical Chemistry*, São Paulo, n. 4, p. 44–49, 2017.
- (22) Variação adotada na Instrução Normativa Nº 4/2014, Guia de orientação e registro de medicamento fitoterápico e registro e notificação de produto tradicional fitoterápico.
- (23) SURAEV, A.; LINTZERIS, N.; STUART, J.; KEVIN, R. C.; BLACKBURN, R.; RICHARDS, E.; ARNOLD, J. C.; IRELANDS, C.; TODD, L.; ALLSOP, D. J.; MACGREGOR, I. S. Composition and use of cannabis extracts for childhood epilepsy in the Australian community. *Scientific Reports*, London, n. 8, p. 1–14, 2018.
- (24) ELSOHLY, M. A.; MEHMEIC, Z.; FOSTER, S.; GON, C.; CHANDRA, S.; CHURCH, J. C. Changes in cannabis potency over the last 2 decades (1995-2014): Analysis of current data in the United States. *Biological Psychiatry*, Atlanta, n. 79, p. 613–619, 2016.
- (25) WORLD HEALTH ORGANISATION, R. O. for S.-E. A. Self care for health: A handbook for community health workers & volunteers. World Health Organization, New Delhi, 160 p., 2013.

Virgínia Martins Carvalho

Pós-doutorado em Toxicologia Experimental pela Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da USP.
Doutora e mestra em Toxicologia e Análises Toxicológicas pela Faculdade de Ciências Farmacêuticas da USP.
Professora Adjunta e Coordenadora do Laboratório de Análises Toxicológicas da Faculdade de Farmácia da UFRJ.
Graduada em Farmácia pela UNG.
virginiamc@pharma.ufrj.br

O que a política de guerra às drogas sustenta? A hipótese descriminalizadora frente à violência institucional genocida

Salo de Carvalho e Adrian Barbosa e Silva

“Da pele para dentro inicia minha exclusiva jurisdição. Apenas eu elejo aquilo que pode ou não cruzar esta fronteira. Sou um estado soberano e as fronteiras da minha pele são mais sagradas que os confins políticos de qualquer nação.”⁽¹⁾

1. Em novembro, tropas da Marinha e do Exército, em conjunto com as Polícias Militar e Federal, ocuparam sete morros cariocas nos complexos do Dendê e da Mangueira. Conforme comunicado do Ministério do Exército, do Comando Militar do Leste e da Central de Comunicação Social e Defesa Civil, o objetivo da ação foi a “*significativa redução do nível de violência, resultante do restabelecimento da presença do poder público na área e a consequente tranquilidade que a comunidade local voltará a desfrutar.*” Segundo o informe, “*nessas ações, conduzidas de forma meticulosa, estão sendo cumpridos todos os dispositivos legais, com o cuidado de que no curso das mesmas seja preservada a integridade física da população ordeira do local.*” Nesse sentido, a Coordenação da Operação “*apela à população em geral para uma atitude de cooperação com as ações desenvolvidas, bem como a compreensão e a tolerância com os eventuais transtornos que venham a ser causados nas regiões envolvidas nas operações.*”⁽²⁾

Após trinta e seis horas da primeira ofensiva na Mangueira, a coordenação conjunta referiu ter sido a ação plenamente exitosa, o que levou as Forças Armadas a afirmar a “*libertação da favela.*” Segundo o porta-voz da operação, Cel. Ivan Cardoso, a Mangueira tornara-se “*uma área limpa do crime organizado*”, pois o “*Exército fez o trabalho de pacificação (...).*”⁽³⁾ Após a imprensa divulgar uma série de violações aos direitos dos moradores das comunidades (violências físicas, detenções ilegais, busca e apreensões sem autorização judicial), o Gen. Câmara Senna, comandante da operação, afirmou: “*infelizmente alguns direitos constitucionais estão sendo prejudicados. Eu reconheço que está havendo um cerceamento das liberdades. Nós não somos um batalhão de assistentes sociais. É impossível evitar um ou outro excesso. É preciso às vezes ser duro, ríspido, na ponta da linha.*”⁽⁴⁾

As reportagens, as notas oficiais e as manifestações dos envolvidos na ocupação descrita acima poderiam ter sido extraídas das manchetes dos principais periódicos nacionais do ano passado, quando foram noticiados abusos cometidos por agentes de segurança pública logo depois do início da intervenção militar no Rio de Janeiro, instituída pelo Decreto 9.288/18. No entanto, conforme o leitor perceberá nas referências, trata-se de relatos dos primeiros dias da *Operação Rio*, deflagrada em 2014, com o objetivo de controlar o tráfico de drogas e de pacificar as comunidades cariocas.

A pergunta que entendemos fundamental, neste momento em que o STF irá retomar o debate sobre a (in)constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, é relativa à funcionalidade da política de *war on drugs*: o que esse modelo de intervenção sustenta para que os seus fundamentos (discursos) e os seus métodos (ações) se mantenham inabalados após décadas de aparente fracasso?

O jornalista **Mario Magalhães**, ao analisar a intervenção em 2018, alertava que ninguém deveria se surpreender com os caminhos (e os resultados) da operação: “*basta olhar para trás e observar a Operação Rio, desenvolvida nos dois derradeiros meses de 1994. Governos, circunstâncias e protocolos mudaram, mas não discursos, métodos e encenações.*”⁽⁵⁾

Se o saldo da guerra às drogas é negativo em relação aos seus objetivos declarados, visto que nenhuma pesquisa séria é capaz de demonstrar que a intervenção punitiva provoca redução da oferta e diminuição do consumo, é fundamental indagar qual a funcionalidade dessa política. Qual o saldo positivo não revelado que mantém esse tipo de intervenção? E, em outra dimensão: o que essa política sustenta? Quais as funções reais dessa guerra às drogas que permitem a sua manutenção apesar da sua incontestável falência quanto aos objetivos declarados?

Na última década, aliados a inúmeras pesquisas, os próprios organismos internacionais têm recomendado uma mudança radical no rumo, enfatizando políticas públicas de prevenção em detrimento da obsessão repressiva: “*desde 1988, quando foi estabelecida a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas, que criminalizou o comércio ilegal em escala global, países buscaram soluções na instituição de penas mais severas e na consolidação dos sistemas criminais. O cenário atual, porém, revela que a ‘guerra às drogas’, em especial no Ocidente geopolítico, não obteve resultados convincentes.*”⁽⁶⁾ Dentre as estratégias para mudança de paradigma, de substituição do enfoque político-criminal repressivo por políticas de saúde preventivas, a *descriminalização* ganha centralidade.⁽⁷⁾

2. Conforme destacado em outro momento, uma das marcas da tradução da política de guerra às drogas no Brasil foi a do controle militarizado orientado por uma tríplice dimensão ideológica: (a) defesa social, (b) lei e ordem e (c) segurança nacional.⁽⁸⁾ Mas se a ideologia de defesa social e os movimentos *law and order* são marcadores comuns na política global, nenhuma análise séria da política criminal local pode ignorar a lógica militarista, legado de 1964, que orienta a ação das nossas instituições de segurança pública. O deslocamento dos sujeitos a serem combatidos, no período pós-redemocratização, reconfigurou a atuação das agências. A substituição, em um primeiro momento, do inimigo político (subversivo) pelo traficante, realinhou a política de segurança pública. No entanto, em um segundo momento, a expansão da racionalidade militarizada conduziu ao controle bélico sobre os territórios, notadamente as periferias dos grandes centros urbanos, caracterizando aquilo que **Marielle Franco** identificou como *militarização da favela.*⁽⁹⁾

Sob a justificativa do combate aos narcotraficantes foi consolidada uma política criminal sacrificialista, baseada na ação militarizada das polícias, na qual se destaca o elemento racista da intervenção: “*a continuidade de uma lógica racista de ocupação dos presídios por negros e pobres, adicionada do elemento de descartar uma parte da população ao direito da*

cidade, continua marcando a segurança pública (...).⁽¹⁰⁾

A guerra às drogas é o carro-chefe da política criminal nacional e sustenta duas patologias que constituem o fluxo das ações das nossas agências punitivas: a letalidade da violência policial e a seletividade do encarceramento. O encarceramento situa-se em uma etapa posterior à do extermínio de grupos sociais. Por mais que seja trágico afirmar, os encarcerados no Brasil são aqueles “corpos matáveis” que sobreviveram ao massacre que ocorre cotidianamente nas periferias. Por isso a criminologia negra brasileira não hesita em afirmar, de forma muito precisa, tratar-se de um “*genocídio perpetrado contra a juventude negra pelas forças oficiais de Segurança Pública*”.⁽¹¹⁾ A prisão é a etapa final da intervenção iniciada pela ação letal da polícia. Uma política criminal regida pelo racismo sistêmico, estrutural. O diagnóstico de **Vilma Reis** é tão preciso quanto assustador: “*quem não é preso, já foi morto*”.⁽¹²⁾

Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2017, foram registradas 63.895 mortes violentas intencionais: 55.900 classificadas como homicídios; 5.159 mortos em intervenções policiais (14 mortes por dia); 367 policiais mortos em operações (ao menos 1 morte por dia).⁽¹³⁾ A taxa de homicídios de negros cresceu 23,1% no decênio 2006-2016. Nesse contexto que interliga as disputas subterrâneas por mercados e o arbítrio policial, são vitimizados os três personagens arquetípicos da política de guerra às drogas: (a) os varejistas do comércio ilegal rotulados como inimigos; (b) os policiais das forças de combate estatal; e (c) a população civil moradora das áreas de conflito.⁽¹⁴⁾

3. A revisão da atual política de drogas é urgente porque a programação repressiva dinamizada pela Lei 11.343/06 é a força motriz da expansão da violência que se materializa no encarceramento em massa e no extermínio. E pensar na descriminalização do porte para consumo, a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, é o primeiro passo na direção de uma política que priorize a proteção da vida e a saúde das pessoas.

Garland caracteriza o encarceramento em massa não apenas pelo aumento da população carcerária em relação ao seu padrão histórico, mas também pela concentração social dos efeitos da prisão.⁽¹⁵⁾ Assim, a partir do momento em que o cárcere mecaniza estratégias de controle de determinados grupos, é possível afirmar a íntima conexão entre o volume da massa carcerária e o proibicionismo; entre o número de vítimas da ação letal das polícias na periferia e a política brasileira de guerra às drogas.

Especificamente em relação à seletividade do encarceramento, a experiência da Lei 11.343/06 demonstrou os efeitos perversos decorrentes (a) da ausência de critérios normativos objetivos para distinguir as situações de consumo e de comércio de drogas ilícitas e (b) do endurecimento das penas. A Lei de Drogas apresenta vazios e dobras de legalidade que legitimam o aprisionamento massivo e permitem amplo poder criminalizador às agências da persecução criminal. São estruturas legais abertas, contraditórias ou complexas, que criam zonas dúbias imediatamente ocupadas pela lógica punitivista: das dobras de legalidade associadas à proliferação de condutas idênticas nos tipos penais dos art. 28 e 33 aos vazios relacionados aos parâmetros instáveis para identificação da destinação para o consumo (art. 28, § 2º).

Não por outra razão, de 2005 a 2016, o número de presos no Brasil duplicou (de 361,4 para 726,7 mil) e os delitos relacionados às drogas foram responsáveis por 28% do encarceramento, conforme os dados do DEPEN.⁽¹⁶⁾ Um processo de prisionalização que atinge a população negra (64%), jovem (55% entre 18 e 29) e de baixa escolaridade (51% com ensino fundamental incompleto),

mas que possui uma dimensão de gênero muito particular: 62% das presas respondem por delitos associados ao tráfico de drogas.⁽¹⁷⁾

Na perspectiva proposta por **Vera Malaguti Batista**, percebe-se, portanto, que o problema central que envolve o tema não diz respeito aos efeitos da droga em si, mas ao tipo de controle (punitivo) que é dado aos sujeitos alvo da política repressiva.⁽¹⁸⁾ Assim, dada a complexidade fenomênica da questão, se o que realmente importasse na elaboração de políticas públicas fossem as evidências, os estudos de **Howard Becker**, nos Estados Unidos (*Outsiders*, 1961), e **Gilberto Velho**, no Brasil (*Desvio e Divergência*, 1974; *Nobres & Anjos*, 1998), seriam suficientes para comprovar que, ao contrário da perspectiva oficial que opera em direção à patologização dos usuários, não há causalidade entre o contato com substâncias psicoativas e a dependência. Na realidade, são diversas interações sociais, processos de aprendizado e relações hierárquicas e econômicas que envolvem o consumo de drogas. Exatamente por isso, “*os tóxicos são utilizados e reprimidos de forma bastante diferenciada, basicamente em função de classe social, estrato ou grupo de status a que pertença o consumidor*”.⁽¹⁹⁾

4. O contexto de violência extrema que demarca o tema e as dinâmicas institucionais que a política de guerra às drogas sustenta (letalidade policial e seletividade prisional) não podem, portanto, ser dissociados do debate dogmático que a Suprema Corte enfrenta. Discutir a (in)constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, e a consequente (des)criminalização judicial das suas condutas típicas, implica mergulhar na concretude dos efeitos históricos da política criminal de drogas, sob pena de a discussão judicial restar alienada da realidade que a envolve.

Os argumentos jurídicos derivados da interpretação dos princípios da lesividade e da intimidade, expressões ótimas da secularização do direito penal nos Estados democráticos, são razoáveis e eficazes para que a Suprema Corte realize a necessária filtragem constitucional da Lei de Drogas. A doutrina e a jurisprudência nacionais já fornecem, há décadas, argumentos irrefutáveis da ilegitimidade da intervenção penal na vida privada e a insustentabilidade jurídica da criminalização do consumo de drogas.⁽²⁰⁾ Não há traço mais evidente de paternalismo penal do que a proibição de que pessoas adultas decidam livremente as substâncias que ingerem. Não há elemento mais revelador de um poder político autoritário do que o não reconhecimento de que o indivíduo, da pele para dentro, constitui um território soberano.

Juarez Tavares demonstra exaustivamente como a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é estranha à estrutura de um direito penal do fato que autoriza a ingerência penal apenas nos casos em que a lesão de bem jurídico se evidencie como algo intolerável. Não por outra razão, as condutas de perigo abstrato, como são aquelas previstas no art. 28 da Lei 11.343/06, que não se pode concretamente dimensionar a alteração na realidade empírica, devem estar fora do horizonte do direito penal. No entanto, o autor não limita sua análise às incongruências internas que a criminalização do porte para consumo de drogas produz no sistema jurídico. Ciente das consequências concretas que o proibicionismo produz, argumenta que a guerra às drogas, “*(...) além de não apresentar qualquer solução quanto ao seu comércio e consumo, só acarreta mais sofrimento às populações carentes, que são os objetos prioritários dessa política*”.⁽²¹⁾ Nesse ponto, **Tavares** realiza uma importante intersecção entre a criminologia e o direito penal, demonstrando, a partir da política de drogas, a falácia da função preventiva do direito penal. A inexistência de verificabilidade empírica de que a ameaça penal impede o consumo igualmente desfaz

o argumento legal da legitimidade da proibição de condutas de perigo presumido, isto é, de que a criminalização é necessária em razão da possibilidade de expansão do uso abusivo.

Os resultados negativos obtidos nas últimas décadas, decorrentes da adesão das agências do sistema penal brasileiro ao proibicionismo belicista, permitem perceber que as finalidades reais estão distantes do discurso de prevenção do uso abusivo e da dependência (funções declaradas). Em realidade, o que se percebe é o uso retórico da “tutela da saúde pública” como mecanismo de expansão do poder punitivo para reafirmar a “segurança pública”, em uma conversão autoritária do próprio aparato estatal em bem jurídico. Um modelo de intervenção punitiva no qual o Estado não é um meio para alcançar os fins estabelecidos pela sociedade civil, mas é um fim em si mesmo.

Outrossim, além da necessidade de reconhecer a ilegitimidade da criminalização das condutas relacionadas ao consumo, é igualmente fundamental destacar a urgência de uma revisão radical em relação à criminalização da produção e do comércio de drogas. As recentes experiências internacionais do Colorado (EUA) e do Uruguai – para ficar apenas em dois exemplos – atestam a eficácia da regulamentação para reduzir a clandestinidade do mercado e as suas violências derivadas.

5. O que se depreende, portanto, é que, ao apostar no controle institucional ostensivo, fortemente militarizado, no qual as polícias se destacam por realizar não apenas o patrulhamento do território, mas o combate armado,⁽²²⁾ as agências do Estado (a) abdicam de quaisquer esforços para minimizar os problemas primários relacionados ao consumo abusivo de drogas e (b) potencializam uma série de problemas secundários derivada da própria política de controle.⁽²³⁾

Em uma sociedade narcotizada pelo punitivismo, expor os custos humanos da política genocida de guerra às drogas provavelmente não sensibilize. Infelizmente os argumentos de cunho humanitário parecem não conseguir ultrapassar as múltiplas camadas de autoritarismo que, ao longo dos anos, cimentam essa política criminal delirante como um fenômeno da natureza. Nesse cenário, é possível que somente o apelo ao utilitarismo possa reduzir as resistências. Se o discurso racional não comove, talvez a demonstração da irracionalidade dos custos econômicos desta “política criminal com derramamento de sangue” (Nilo Batista) possa chamar as pessoas à realidade. Os gastos orçamentários da *war on drugs* são astronômicos e inversamente proporcionais aos ganhos sociais que são mínimos.

No ponto, o estudo sobre o impacto econômico da legalização das drogas no Brasil (controle-regulação do mercado), realizado por **Luciana Teixeira**, fornece importantes elementos ao antiproibicionismo. Segundo a autora, os efeitos imediatos da mudança no rumo da política de drogas seriam (a) geração de novos empregos; (b) aumento da arrecadação tributária; e (c) redução de gastos com sistema prisional, repressão policial e processamento judicial.⁽²⁴⁾ Em paralelo, o impacto na cadeia de ilicitude, sobretudo no tráfico de armas, provocaria (d) redução no nível extremo de violências, além de proporcionar (e) abertura de novas perspectivas de pesquisa com reflexos diretos para a saúde.

Se as pesquisas indicam inúmeras vantagens da descriminalização, opondo os custos sociais, econômicos e humanos do proibicionismo, a indagação inicial permanece em forma de alerta: o que a política de guerra às drogas sustenta?

Cabe ao Supremo, no julgamento da (in)constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, explorar o questionamento e, quem sabe, indicar a mudança do paradigma bélico por um modelo humanista, constitucionalmente conformado, de valorização da vida e da saúde das pessoas.

Notas

- (1) Epígrafe do livro *Aprediendo de las drogas*, de Escototado, aforisma atribuído a um autor anônimo (ESCOHOTADO, Antônio. *Aprediendo de las drogas*. Madrid: Anagrama, 2006, p. 4.
- (2) CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 45-46.
- (3) RODRIGUES, Fernando. Militares cobram ação do Estado nos morros. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. 8, 21 nov. 1994.
- (4) Idem. Direitos são ‘prejudicados’, afirma general a vereadores. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. 5, 23 nov. 1994.
- (5) MAGALHÃES, Mário. Intervenção militar de 2018 reencena e radicaliza Operação Rio de 1994. *The Intercept*, 21 fev. 2018.
- (6) ONU BRASIL. ‘Guerra às drogas’: novas soluções anunciam fim da repressão ao consumo no Ocidente, destaca ONU in *Nações Unidas Brasil*, 05 nov. 2015.
- (7) ONU BRASIL. ONU lança diretrizes internacionais para políticas de drogas baseadas em direitos humanos in *Nações Unidas Brasil*, 20 mar. 2019.
- (8) CARVALHO, op. cit., p. 71-90.
- (9) FRANCO, Marielle. *UPP – a redução da favela a três letras: uma análise da política de segurança pública do Estado do Rio De Janeiro*. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014, pp. 91-111.
- (10) Idem, ibidem, p. 126.
- (11) PIRES, Thula. *Criminalização do racismo: entre a política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros*. Brasília: Brado Negro, 2016, p. 58.
- (12) REIS, Vilma. Juristas negros e negras por vida e liberdade no Brasil. *Discursos Negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015, p. 05.
- (13) FBPS. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018*. São Paulo: FBSP, 2018, p. 06.
- (14) SILVA, Adrian Barbosa e. Droghe tra carcere e sangue: breve sguardo agli effetti reali dell’esperienza proibizionista brasiliana. *Studi sulla Questione Criminale*, 22 mar. 2019. No mesmo sentido, SILVA, Adrian Barbosa e. Horizonte de projeção da criminologia crítica na política de drogas no Brasil. In: ÁVILA, Gustavo N.; CARVALHO, Érika M. (org.). *10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, pp. 215-242.
- (15) GARLAND, David. *Mass imprisonment: social causes and consequences*. London: Sage, 2001. pp. 01-02.
- (16) DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2017, p. 09.
- (17) DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2018, p. 53.
- (18) BATISTA, Vera Malaguti. As tragédias dos bairros onde moram. *Transversos: Revista de História*, n. 12, pp. 157-158, 2018.
- (19) VELHO, Gilberto. *Nobres & Anjos: um estudo de tóxicos e hierarquia*. 2. ed. São Paulo: FGV, 2008, p. 204.
- (20) Neste sentido, exemplificativamente, conferir CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 339-347; CARVALHO, Salo et al. #DescriminalizaSTF: um manifesto antiproibicionista ancorado no empírico. *Revista de Estudos Criminais*, n. 46, pp. 135-155, 2012.
- (21) TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 78.
- (22) SABODIO, Sebastian. Conoscenza del territorio tra guerra e controllo di polizia. *Lo Squaderno: Explorations in Space and Society*, n. 39, p. 48, 2016.
- (23) HULSMAN, Louk; VAN RANSBEEK, Hilde. Evaluation critique de la politique des drogues. *Déviance et Société*, v. 7, n. 3, p. 272, 1983.
- (24) “Os maiores gastos com a política de repressão às drogas no Brasil, em 2014, foram com o sistema prisional. Os custos de manutenção dos presos por crimes de tráfico de drogas somaram mais de R\$ 3,3 bilhões em 2014. Como não foram contabilizados os custos da fase policial e durante a instrução e o julgamento na esfera judicial, bem como custos privados da família do preso, entre outros, espera-se que o custo total do preso seja superior ao calculado neste estudo.” (TEIXEIRA, Luciana da Silva. *Impacto econômico da legalização das drogas no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016, p. 51.)

Salo de Carvalho

Doutor (UFPR) e mestre (UFSC) em Direito.
Professor Adjunto de Direito Penal e
Criminologia da Faculdade Nacional de Direito/UFRJ.
Professor do mestrado em Direito da Unilasalle/RS.

Adrian Barbosa e Silva

Doutorando e mestre em Direito (UFPA).
Professor de Direito Penal do Centro Universitário do Pará
(CESUPA) e da Faculdade Estácio do Pará (FAP).
Visiting Scholar na Università di Bologna (UNIBO).
adrian_abs26@hotmail.com

Novas iniciativas, velhos vícios: a necessidade de avaliações prévias de impacto carcerário como pressuposto para a racionalização da política legislativa penal brasileira

Marcelo Buttelli Ramos

Em 04.02.19 a comunidade jurídica brasileira recebeu, não sem alguma surpresa, a notícia de que o Ministério da Justiça havia encaminhado ao Congresso Nacional conjunto de proposições legislativas destinadas à reforma dos campos do Direito Penal, do Processo Penal e da Execução Penal.

Referida iniciativa, operacionalizada a partir da chamada Lei Anticrime (PL Anticrime), vem sendo submetida a um amplo escrutínio público, tendo passado a receber inúmeras críticas, sobretudo por parte da academia e de conhecidos institutos e associações representativas da advocacia nacional.

Parte das críticas apresentadas – ao menos aquelas que interessa analisar neste artigo – faz referência ao apelo punitivista das alterações relacionadas às atuais sistemáticas da prisão preventiva e do regime inicial de cumprimento de pena, duas questões extremamente sensíveis e intimamente ligadas ao número total de pessoas submetidas à custódia do Estado brasileiro.

Nesse cenário, dois pontos parecem ser dignos de nota. O primeiro concerne à proposta de inserção de novo parágrafo no artigo 310 do Código de Processo Penal (§2º do art. 310). Por intermédio desse dispositivo soma-se nova hipótese de constricção cautelar ao rol constante do art. 312 Código de Processo Penal. Trata-se, no ponto, da consagração legislativa da hipótese de *prisão cautelar automática*. Na esteira do referido dispositivo de Lei e ao arropio do juízo de proporcionalidade exigido pelo §6º do art. 282 do Código de Processo Penal, “[s]e o juiz verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização criminosa, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, salvo se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo as condutas”.

O segundo diz respeito ao acréscimo do §5º ao artigo 33 do Código Penal brasileiro. À primeira vista, os termos empregados na redação do referido parágrafo sugerem ser a regra ali contida, *mutatis mutandis*, uma espécie de sucessora espiritual do malfadado §1º do art. 2º da Lei 8.072/1990.⁽¹⁾ Extrai-se da leitura desse parágrafo que “[n]o caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo”.

No entendimento do Ministério da Justiça, ambas as modificações teriam por escopo o endurecimento do tratamento penal destinado às práticas criminosas consideradas – a despeito de qualquer rigor conceitual – violentas, habituais e/ou profissionais. Tal finalidade, operacionalizada a partir da estruturação de medidas

que buscam tanto o incremento da severidade do processo de cumprimento de penas no Brasil quanto a criação de obstáculos à soltura de determinados criminosos, representaria, pois, a viga mestra de uma estratégia em princípio inédita de combate à corrupção, ao crime organizado e à criminalidade violenta.⁽²⁾

Apesar das boas intenções veiculadas pelo Ministério da Justiça, parece-nos correto afirmar que tais alterações demonstram ser, no mínimo, contraproduzidas à luz de uma política legislativa penal⁽³⁾ que aspira ser reputada minimamente racional⁽⁴⁾.

Nesse particular, causa estranheza que o Ministério da Justiça tenha aceitado operar, no que concerne a sua estratégia de política legislativa, a partir daquilo que, na falta de expressão mais adequada, foi chamado de ponto cego legislativo (*legislative blindspot*),⁽⁵⁾ situação caracterizada pela absoluta falta de compromisso por parte dos Poderes instituídos para com a apresentação de propostas legislativas que, em atenção aos direitos fundamentais positivados nos incisos XLVII, alínea “b”, e XLIX do artigo 5º da Constituição Federal, induzam ou revertam melhorias efetivas para o sistema carcerário nacional: não somente através da disponibilização de um maior volume de recursos para a construção de vagas junto ao sistema carcerário, mas também através do investimento em iniciativas, de natureza não punitiva, que tenham o condão de concretizar a política penitenciária que subjaz o objetivo que estampa a segunda parte do art. 1º da Lei de Execução Penal.

À toda evidência, o PL Anticrime parece incorrer no mesmo erro de cálculo que ensejou a aprovação da Lei dos Crimes Hediondos (LCH), que, a despeito de qualquer avaliação prognóstica acerca do papel das suas normas na prevenção da criminalidade e do seu impacto no cotidiano carcerário, prometia, à semelhança da proposição legislativa em comento, reduzir os indicadores relacionados ao cometimento de crimes violentos. Não se pode olvidar que a análise das estatísticas criminais reunidas nos anos que se seguiram à aprovação da LCH demonstrou a completa inaptidão daquele diploma legal para reduzir/prevenir a criminalidade reputada “hedionda”.⁽⁶⁾ Daí porque parece ser razoável concluir que o PL Anticrime, ao alargar as possibilidades de ingresso (*inputs*) (§2º do art. 310 do Código de Processo Penal) e estreitar as possibilidades de saída (*outputs*) (§5º do artigo 33 do Código Penal) do sistema prisional brasileiro, acaba por incorrer nos mesmos equívocos verificados durante o processo legislativo que culminou na aprovação da LCH, razão pela qual é lícito supor que ostentará, na eventual hipótese de sua aprovação, a marca da inocuidade (em relação à realização dos fins pretendidos pelo Ministério da Justiça).

Nesse sentido, não é aceitável que o país que conta com a terceira maior população carcerária do mundo⁽⁷⁾ continue a legislar, sobretudo em matéria penal, de modo tão inconsequente, sem atentar para aquilo que **José Luis Díez Ripollés**⁽⁸⁾ chama de *princípio da correspondência com a realidade*,⁽⁹⁾ ou seja, sem considerar a inevitabilidade de um maior contato empírico com as determinações não determinantes dos fenômenos sociais que se busca regular.⁽¹⁰⁾ Com efeito, chama-se atenção para o fato de que a necessidade de uma nova proposição legislativa deve ser verificada a partir de um prévio e amplo processo de discussão baseado em informações de tipo empírico.

A título de exemplo, os dados que faltam ao PL Anticrime poderiam ser obtidos através da realização de um trabalho de investigação orientado, em perspectiva prognóstica⁽¹¹⁾, ao enfrentamento de questões importantes, tais como aquelas que figuram no Anexo do Decreto n.º 9.191/2017, que, por sua vez, trata da elaboração de projetos de atos normativos de competência do Poder Executivo Federal.

No tocante ao diagnóstico do problema a ser enfrentado por essa classe específica de atos normativos (aí incluídas as proposições legislativas elaboradas no âmbito do Poder Executivo Federal), despontam, no âmbito do referido Decreto, indagações como as seguintes: “[n]este momento, como se apresenta a situação no plano fático e no plano jurídico?” (1.3). Já em relação à análise das alternativas a serem adotadas frente aos problemas identificados, emergem questionamentos do tipo: “Qual foi o resultado da análise do problema? Onde se situam as causas do problema? Sobre quais causas pode incidir a ação que se pretende executar?” (2.1). Finalmente, quanto à verificação da oportunidade/conveniência do ato normativo, colocam-se as seguintes perguntas: “[q]uais são as situações-problema e os outros contextos correlatos que devem ainda ser considerados e pesquisados? Por que, então, deve ser tomada alguma providência neste momento?” (8.1); “[p]or que não podem ser aguardadas outras alterações necessárias, que se possam prever, para que sejam contempladas em um mesmo ato normativo” (8.2).⁽¹²⁾ Vê-se, portanto, que os questionamentos elencados representam, se bem compreendidos, verdadeiras coordenadas para um programa de pesquisa que nenhum projeto de lei endossado pelo Poder Executivo federal poderia deixar de observar.

O fato de nenhuma dessas questões ter sido efetivamente levada em consideração permite afirmar que o PL Anticrime, apesar de ter sido apresentado como uma novíssima iniciativa político-criminal em relação ao enfrentamento da criminalidade organizada, padece de velhos vícios que terminam por obscurecer suas vantagens e relegar seus méritos ao campo da intencionalidade de seus defensores.

Resta-nos agora, diante da atual conjuntura, dialogar com os membros do Congresso Nacional a fim de chamar a sua atenção para o provável, e desde logo previsível, impacto carcerário decorrente da aprovação de uma proposição legislativa cujos fundamentos remetem mais a argumentos de autoridade (v. g. necessidade de importação de técnicas redacionais e institutos jurídicos consagrados em outros países) e menos a dados empíricos extraídos da *própria realidade prisional brasileira*.

Notas

- (1) Ao desafiar abertamente o projeto político-criminal delineado pelo art. 1º Lei de Execução Penal, a regra em questão encarnou como nenhuma outra, enquanto

vigiu, o espírito da Lei dos Crimes Hediondos, diploma legal que, como observado por Salo de Carvalho, representou “o marco simbólico do ingresso do Brasil no cenário internacional do grande encarceramento”. Cf. CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. In: *Revista da Faculdade de Direito - UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, p. 631, jul./dez. 2015.

- (2) A propósito das justificativas e dos objetivos do PL Anticrime, conferir: <http://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549457294.68/view>. Acesso em: 11.02.2019.
- (3) Distinguímos os conceitos de política criminal e política legislativa penal. O primeiro alude a um “conjunto de procedimentos por meio dos quais o corpo social organiza respostas ao fenômeno criminal [e] o Estado reage ao crime”. Cf. DELMAS-MARTY, Meireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004. p. 42-43. O segundo conceito, por sua vez, trata, de uma maneira mais específica, de um campo de investigação que tem por objetivo “a racionalização dos processos de tomada de decisão no âmbito da [produção] legislação penal” e por objeto “a análise do processo de elaboração penal” (*trad. nossa*). Cf. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; MUÑOZ, José Becerra. Editorial: a política legislativa penal como campo de estudo: algumas ideias para seguir avançando. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 147, ano 26, p. 19-25.
- (4) O sentido que emprestamos, neste texto, à ideia de racionalidade condensa os conceitos de racionalidade jurídico-formal, racionalidade pragmática e racionalidade teleológica, todos preconizados por Díez Ripollés. Para o autor, as racionalidades em questão confrontam leis que: introduzem ou deixam de resolver, de modo injustificado, incoerências no ramo do Direito ao qual se vinculam; são insuscetíveis de cumprimento por parte dos operadores do Direito; cujos objetivos não tenham sido estabelecidos à luz daquilo que o autor, claramente rendendo homenagens à teoria discursiva de Jürgen Habermas, chama de *critério democrático*, que, por sua vez, estaria a exigir dos legisladores, ainda durante a fase pré-legislativa, o levantamento e a ponderação dos entendimentos majoritários e minoritários existentes acerca de uma decisão político-criminal controvertida. Cf. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 95.
- (5) PLENÁRIO, Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9. 9. 2015, 2015, p. 15.
- (6) A propósito do tema, indispensável a referência ao ainda hoje pertinente relatório de pesquisa intitulado “Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal” (2005), elaborado a pedido do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes (ILANUD). Cf. ILANUD. *Relatório final de pesquisa: A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal*. Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes – ILANUD/Brasil, 2005. Disponível em: www.ilanud.or.cr.
- (7) Projeção extraída de *database* organizado e mantido pelo *Institute for Criminal Policy Research* da Universidade de Birkbeck, Londres. Disponível em: www.prisonstudies.org.
- (8) Uma explanação clara acerca do modelo analítico proposto pelo autor pode ser encontrada em: Cf. FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura; AMARAL MACHADO, Érica Babini Lapa do. Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 147, p. 27-65, 2018.
- (9) DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis...*, p. 139-140.
- (10) Nesse sentido, desponta a sempre pertinente lembrar que é altamente questionável a hipótese que sugere a existência de uma relação de tipo causal entre a intensificação legislativa dos rigores da tutela penal e a redução efetiva dos índices de criminalidade.
- (11) Um estudo compreensivo acerca dos modelos prognósticos de avaliação de proposições legislativas pode ser encontrado em: SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 122 e ss.
- (12) Este último questionamento demonstra o açodamento do PL Anticrime, que, a nosso juízo, acaba por violar o princípio do devido processo legislativo ao pretender disciplinar questões que já contam com propostas de regulamentação em tramitação no âmbito do Congresso Nacional. É o que ocorre quando o PL em comento avança sobre questões que já são objeto de discussão nos Projetos de Lei que tratam das reformas dos Códigos Penal e Processual Penal.

Marcelo Buttelli Ramos

Doutorando e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.

Advogado.

mbuttelliramos@hotmail.com

Entre o populismo e o elitismo penal: os desafios de fazer política criminal

Gabriel Santos Elias e Samuel Silva Borges

Populismo é um conceito frequentemente utilizado na política contemporânea, embora sua definição seja uma das menos consensuais na teoria política atual. Nas últimas eleições dos Estados Unidos, tanto o candidato de esquerda das primárias do Partido Democrata, Bernie Sanders, quanto o de direita do Partido Republicano, Donald Trump, foram taxados como populistas. Da mesma forma na França, com Marine Le Pen e Jean-Luc Mélenchon, e atualmente na Espanha, com os partidos “Podemos” e “Vox”. No México, o presidente recentemente eleito, López Obrador, foi classificado como representante da linhagem política populista.

No Brasil, Jair Bolsonaro se elegeu com um discurso que também pode ser considerado populista, ao anunciar o resgate do Brasil que havia sido usurpado por uma elite corrupta, que defendia bandidos e desvirtuava as tradições do povo. O discurso do candidato eleito rendeu comparações com figuras como Rodrigo Duterte, presidente das Filipinas, por colocar o combate à criminalidade como um dos eixos centrais de seu discurso populista. Esse seria um tipo específico do populismo, o populismo penal, que, como vamos observar, tem um enraizamento teórico na disciplina de criminologia e que dialoga pouco com as teorias sobre populismo próprias da Ciência Política.

Este ensaio analisa de forma breve e introdutória as relações entre os conceitos de populismo e populismo penal nas literaturas da ciência política e da criminologia, as críticas ao populismo penal e ao seu fenômeno oposto, o elitismo penal. Como possível solução para esse problema, indicamos, baseados na literatura internacional sobre o tema, um desafio à construção de política criminal que busca por uma nova forma de ver o lugar do povo na construção da política criminal, apostando no diálogo formal com a população através de métodos participativos abertos.

Populismo

Cass Mudde (2004) usa a característica diversa do conceito para definir populismo como um tipo de ideologia tênue (*thin ideology*). Para ele, populismo é “uma ideologia que considera a sociedade como separada em dois grupos homogêneos e antagônicos, o ‘povo puro’ versus a ‘elite corrupta’, e que argumenta que a política deveria ser a expressão da vontade geral do povo” (**MUDDE**, 2004, p. 543).

Embora seja considerada uma ideologia, o autor reconhece que ela não é uma ideologia tão consistente como o socialismo ou o liberalismo; e por isso mesmo é uma ideologia frequentemente associada a outras. Uma das diferenças que caracterizam o populismo é que, ao contrário das outras ideologias, o populismo é uma ideologia moral e não programática. O populismo opera de forma maniqueísta a realidade. A distinção entre elite e povo não é necessariamente mensurável empiricamente. É uma distinção normativa. Quem se opõe ao populismo não é apenas alguém com outros valores ou crenças, são pessoas más (Idem, 2004, p. 544).

Embora alguns atores políticos e analistas tenham identificado o populismo como a autêntica democracia – aquela que realmente

é responsiva ao povo – ou uma patologia causada por cidadãos que se movem mais pela emoção do que pela razão, **Jan-Werner Müller** (2016) afirma que populismo não é nem uma coisa nem outra. Populismo é uma “sombra permanente da política representativa” (**MÜLLER**, 2016, p. 8). Ao identificar o problema de representação na democracia, o populista não quer mudar a democracia representativa, mas se apresentar como o legítimo representante.

A crítica à elite é uma marca do populismo, mas nem todo mundo que critica a elite é populista. Uma característica distintiva do populismo, para **Müller**, é o fato de ser, além de antielitista, antipluralista. Somente os líderes populistas poderiam representar o povo de forma legítima. Não há outra liderança ou grupo legítimo para essa tarefa. Assim como apontou **Mudde**, a demanda pela defesa do bem comum é impossível de medir empiricamente; logo, é apenas um recurso discursivo que leva à sustentação da ideia de que apenas aquela parcela da população é legítima para governar. **Müller** concorda que, embora sejam vistos como algo bem diferente da solução para os problemas da democracia liberal, os populistas podem trazer algo de positivo ao apontar as deficiências do sistema representativo e ajudá-lo, por fora, a se reformar (2016, p. 20).

Para **Laclau**, populismo é um meio discursivo pelo qual, com a mobilização de afetos, se preenche um significativo vazio que conecta as demandas da população não atendidas por uma elite política vista como distante do povo. O povo é visto como a representação, ou construção social, da parcela legítima da sociedade; e por isso o não atendimento de suas demandas pela elite política é tido como uma deturpação da democracia. Além da oposição às elites políticas, há sempre uma oposição a algum outro grupo social; e é isso que vai determinar o conteúdo do populismo enquanto estratégia política. Se o povo é a parte legítima da democracia, os outros são a parte ilegítima, que sequestra a elite política para a defesa de seus próprios interesses e subverte a democracia. Os outros podem ser a elite econômica ou estrangeiros, minorias sexuais, religiosas ou étnicas, bem como criminosos ou perversos (**REINERMAN et al.** apud **ENGESSER et al.**, 2017).

Para **Engesser et al.** (2017), o populismo como forma de comunicação tem três características principais: simplificação, emotivação e negatividade. Entre os componentes do caráter emocional do modo de fazer política populista está o apelo a sentimentos como medo, raiva e ressentimento (**CAIANI; GRAZIANO**, 2016, p. 260; **HAMELEERS; BOS; DE VREESE**, 2016, p. 7 apud **ENGESSER et al.**, 2017). **Engesser et al.** completa que há também um componente emocional de esperança, que é direcionado ao líder carismático populista.

Paolo Gerbaudo (2018) destaca um novo cenário que se desenha para o populismo no século XXI: a política na internet. Ele chama de afinidade eletiva a relação entre populismo e mídias sociais. Para ele, as mídias sociais e as múltiplas culturas e formas de experiência de uso associadas a elas parecem ter providenciado

um terreno fértil para o discurso populista de povo *versus* elite. Também para **Engesser et al.** (2017), a retórica populista encontrou terreno fértil nas mídias sociais ao enfatizar quatro aspectos relevantes: a soberania do povo; o ataque às elites; o ataque aos outros; o recurso à ideia da pátria mãe.

No entanto, **Gerbaudo** aponta uma contradição a respeito da relação entre mídias sociais e populismo. Essas ferramentas foram criadas em um ambiente de oposição à mídia tradicional, mas levava consigo princípios hiperindividualistas. Como o hiperindividualismo favoreceu o surgimento de movimentos populistas? O autor aponta que o modelo de negócios das ferramentas de mídias sociais, baseadas na publicidade direcionada aos usuários com base em dados coletados pelo seu uso, formou massas sociais agregadas por interesses e orientações políticas. Esse fenômeno é crucial para a formação do que **Gerbaudo** chama de público populista no que ele classifica como populismo 2.0.

Populismo penal

Embora pouco consensual e até conceitualmente frágil, podemos dizer que o conceito de populismo é objeto de um debate já relativamente tradicional na academia. O conceito de populismo penal, por outro lado, é muito mais recente. **Pratt** (2007) identifica sua origem no trabalho de **Antony Bottoms**, em 1995, que inicialmente era tratado como punitivismo populista (*populist punitiveness*). Para **Bottoms**, o punitivismo populista seria o ato de políticos utilizarem para seus próprios objetivos o que eles acreditavam ser a posição política do público em geral sobre a punição a crimes (**BOTTOMS**, 1995, p. 40). De forma similar, **Roberts et al.** (2003) afirma que populismo penal é a ação política que permite que a vantagem eleitoral de uma política criminal tenha precedência sobre sua efetividade na repressão ao crime.

As literaturas que tratam de populismo e de populismo penal não conversam muito entre si, ficando o segundo muito mais restrito ao debate da disciplina de criminologia do que em diálogo com como o conceito é usado na ciência política. Mas mesmo assim ambos os conceitos trazem elementos coincidentes.

Assim como os teóricos do populismo apontaram, a conjuntura propícia para a ascensão do populismo penal é de uma crise da democracia liberal e de seu pilar da legitimidade dos representantes, com forte queda de deferência às autoridades políticas, principalmente de especialistas entendidos como uma elite descompromissada com os interesses do povo. Assim, o populista penal busca mobilizar tal sentimento de insatisfação apontando bodes expiatórios da ansiedade social, como o “bandido” construído socialmente, promovendo uma visão de futuro menos ameaçada pela insegurança e incerteza (**PRATT**, 2007, p. 36-39). Nesse sentido, no populismo penal o sentimento do povo é muito mais retratado pela intuição a respeito das emoções do que por meios quantificáveis (**PRATT**, 2007, p. 12-15). Da mesma forma, os dados e resultados verificáveis são deixados em segundo plano, para ressaltar a experiência das pessoas, de forma que as anedotas ou experiências individuais particulares passam a ser tratadas como a experiência geral das pessoas.

Aqui é importante ressaltar a figura simbólica que o papel da vítima cumpre na retórica populista penal. Se no populismo o antagonismo se dá entre o povo contra uma elite corrupta, no populismo penal a figura da vítima passa a ser representativa do

povo, que sofre com o funcionamento do sistema de justiça que garante privilégios não só para a elite (corrupta), mas também para as pessoas que cometem crimes. Na linha antipluralista do populismo, o populismo penal classifica uma parcela da população como ilegítima para o exercício da cidadania. Como afirma **David Garland** (2001, p. 144), a figura simbólica da vítima ganhou vida própria e assume papel chave na discussão política. A vítima de um crime não é mais um cidadão ou uma cidadã desafortunada que sofreu algum dano ou perda do objeto de uma ação criminal. Ao invés disso, a vítima passou a ser uma personagem representativa, cuja experiência é percebida como sendo comum e coletiva, ao invés de individual e atípica.

O jornalista **John Judis** (2016) fez uma diferenciação útil entre o populismo de esquerda e o populismo de direita. Para ele, enquanto o populismo de esquerda é bilateral, mobilizando o povo contra a elite, que é ela mesma detentora do poder político, econômico e de seus privilégios, o populismo de direita é trilateral, mobilizando o povo contra a elite, acusando-a de servir aos interesses de uma terceira parte: imigrantes, grupos religiosos ou minorias. De acordo com a divisão oferecida por **Judis**, o populismo penal seria mais propenso a ser utilizado por forças políticas de direita. Embora quem acompanhe a política cotidiana observe essa realidade, forças políticas de esquerda foram importantes para o fortalecimento do punitivismo tanto no Brasil, como observou **Maria Lucia Karam** (1996), quanto no Reino Unido, onde **Pratt** observa que a política elitista do novo trabalhismo (*new labour*) foi fundamental para o fortalecimento dessa perspectiva.

Elitismo penal

As preocupações recentes com o populismo penal ou o punitivismo populista trouxeram atenção de alguns especialistas para o outro lado do espectro também: o elitismo penal. Esses autores concordam com a crítica ao populismo penal, mas acreditam que afastar o povo da tomada de decisão não é eficaz como política criminal; e apontam diversas soluções para envolver o povo, de fato, na tomada de decisão.

Victor Shammas (2016), analisando esse fenômeno, identifica três características principais. O elitismo penal, segundo o autor, acredita que profissionais burocráticos teriam mais condições de tomar decisões a respeito de política criminal. Isso aconteceria porque a população seria naturalmente punitivista e guiada pelas emoções na hora de tomar decisões. Por isso, a solução seria despoliticizar a política criminal, apontando para uma política tecnocrática.

Shammas desconstrói essa perspectiva, mostrando que burocratas não são menos punitivistas que a população em geral e que, mesmo as decisões burocráticas tomadas para diminuir a seletividade penal, por exemplo, contribuíram para o aumento no encarceramento. Da mesma forma, o autor refuta a tese de que o povo é necessariamente mais punitivista que a elite política e burocrática, apontando o papel de políticos e burocratas do sistema de justiça criminal na incitação ao medo e à ansiedade, que aumenta seu apoio a políticas punitivas. Por fim, **Shammas** afirma que, ao contrário de despoliticizar a política criminal, a solução seria justamente a oposta, que é usar as emoções e estratégias políticas para convencer a população do erro de políticas punitivistas para resolver o problema da violência. Não há divisão entre emoção e razão, uma faz parte do diálogo com a outra no processo de tomada de decisões. Tentar afastar qualquer uma não é nada mais que uma medida retórica artificial.

De forma semelhante, **Ian Loader** (2010), ao defender uma “moderação penal”, identifica duas formas de garantir esse tipo de política criminal: a “moderação por dissimulação” e a “moderação como política”. Segundo ele, a dissimulação pode ser operada pelo uso retórico da defesa da política punitivista, escondendo uma política penal moderada, que se realiza, na prática, pelo uso de argumentos laterais na defesa de uma política moderada – como a crítica ao gasto com o sistema prisional em um contexto em que se defende mais punição; e até mesmo pela exclusão da população, buscando-se o insulamento de burocratas e oficiais do sistema penal do calor das opiniões públicas. A moderação por dissimulação é, portanto, o meio pelo qual o elitismo penal opera para a moderação penal, afastando o povo da decisão através da desinformação. Já a moderação como política significa enfrentar e tentar mudar a opinião pública sobre o papel da punição na sociedade. Enquanto a moderação pela política traz riscos de agravamento da polarização e a dificuldade de apresentar resultados de curto prazo, ela também traz objetivos mais ambiciosos, que é de “encontrar maneiras de ancorar a moderação nas instituições públicas e na cultura, ao invés de tratar a moderação penal como uma conquista frágil e precária das elites” (**LOADER**, 2010, p. 363).

Concordando com o diagnóstico a respeito da crítica simultânea ao populismo e ao elitismo punitivista, **Gerry Johnstone** (2015) propõe uma política efetivamente participativa para se contrapor às duas outras propostas. Segundo o autor, a participação tem efeito educativo e seria a única maneira de se diminuir o apoio a políticas punitivistas na sociedade. Apoiado em **Carole Pateman** (1970), o autor também aponta que a participação gera interesse no bem comum, afastando de soluções que beneficiam apenas a uma ou outra parte do tema em discussão. Ao participar, as pessoas passam a conhecer melhor os problemas e a dificuldade de solucioná-los, diminuindo o apoio a propostas radicais que prometem solucionar por completo os problemas. No entanto, o autor ressalta que, para essa política participativa funcionar, é preciso começar pelos níveis mais baixos de decisão, onde os problemas estejam mais próximos da realidade que as/os participantes conheçam.

É importante perceber que a base social que é homogeneizada como um “povo” por políticos populistas penais é marcada por um complexo de sentidos não lineares, por vezes contraditórios, fluídos e flutuantes. Quer dizer, ainda que políticos populistas penais se coloquem como representantes legítimos da vontade popular – que seria evidentemente punitivista⁽¹⁾ –, o que as pesquisas empíricas mais recentes sobre isso demonstram é um conjunto de posicionamentos não enraizados e sedimentados.

No Brasil, uma pesquisa sobre a presença do medo do crime e sua relação com apoio a medidas autoritárias foi conduzida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em 2017, formulando um Índice de Propensão ao Apoio a posições autoritárias. Ela foi realizada com um questionário adaptado, com 17 assertivas, mensurando três dimensões de apoio ao autoritarismo: submissão à autoridade, agressividade autoritária e convencionalismo; inspirada na já clássica metodologia da pesquisa liderada por **Theodor Adorno** sobre personalidade autoritária. Essa pesquisa foi complementada por um contrafactual medindo um Índice de Propensão ao Apoio à Agenda de Direitos Cívicos, Humanos e Sociais; mensurou a concordância com assertivas que abrangiam gênero, raça, pobreza e desigualdade, laicidade do Estado e condições prisionais. Os resultados de ambas as pesquisas mostraram elevada pontuação: o índice de

autoritarismo pontuou 8,10; e o pró-direitos pontuou 7,83. Tais resultados captam não uma anulação mútua, mas a incidência de discursos e valores contraditórios que estão em acirrada disputa política (FBSP, 2017, p. 24-5, 35).

Nesse mesmo ano, uma pesquisa do Centro de Estudos sobre Segurança e Cidadania (CESEC), circunscrita ao Rio de Janeiro, combinando métodos quantitativos e qualitativos, buscou medir a adesão do carioca a chavões do discurso punitivo conhecido como “bandido bom é bandido morto”. O resultado também trouxe uma série de posições “contraditórias”, em que coexistem o apoio a posições punitivas e autoritárias assim como favoráveis a políticas sociais não repressivas e garantidoras de direitos e críticas da violência do Estado, percebida pelos respondentes como seletiva. Como exemplos desses elementos, pode-se citar que as notas sobre a confiança em instituições do Sistema de Justiça Criminal foram muito baixas: de 0 a 10, se atribuiu 5,8 à Polícia Civil, 4,9 à Polícia Militar e 3,5 ao Judiciário. Quanto à letalidade policial, 62% afirmaram que a polícia carioca mata demais; e 70% discordou da noção de que a criminalidade diminuiria com uma “carta branca para matar” para as polícias. Ainda mais: 75% acreditam que a polícia é mais violenta na favela do que no asfalto; e 66%, que ela é mais violenta contra negros do que contra brancos (**LEMGRUBER et. al.**, 2017, p. 10, 13).

Essas pesquisas demonstram que o discurso punitivo que permeia o senso comum é menos hegemônico e intransponível do que se poderia imaginar; e que há um núcleo de posições progressistas com quem o campo garantista e antipunitivista pode dialogar. Sobretudo, serve para rechaçar as posições mais elitistas nesse campo. Não se deve temer chamar a população para debater a política criminal, assumindo como dado as próprias afirmações dos populistas penais de que são os tradutores da vontade popular. Concordando com a proposta feita por **Victor Shammas**, acreditamos que há espaço para dialogar com a população sobre os efeitos da política punitivista abordando as emoções decorrentes dos efeitos de como o Estado lida com o problema. Muito além dos estereótipos da massa irracional, é preciso assumir o caráter pedagógico da participação política, como propõe **Johnstone**, e os ganhos que a inserção da população em instâncias consultivas e deliberativas acrescentam no que se refere à necessidade de ancorar a prática política na efetiva melhoria da segurança pública.

No fundo, se trata tanto de uma opção de estratégia política como de uma concepção de democracia. Quer dizer, acreditamos que não devemos deixar a disputa de hegemonia das políticas criminais restritas aos espaços privilegiados, em que elites progressistas e reacionárias utilizam-se de dados e da pretensa vontade popular para legitimar suas posições. Devemos ampliar tais espaços para incluir aqueles que são mais afetados tanto pela violência criminal quanto pela estatal. Devemos incluir a maioria, de perfil sociodemográfico negro, pobre, moradores de zonas periféricas, que constam como as principais vítimas de mortes violentas intencionais, da letalidade policial e do hiperencarceramento. Não se trata de idealizar uma “iluminação espontânea” do povo, mas de entender que em sua heterogeneidade existe uma acirrada disputa de sentidos sobre as melhores alternativas para a melhoria de suas condições de vida, que apenas por discursos preconceituosos são entendidas como mais “ignorantes” e propensas ao punitivismo desumano que temos como regra no Brasil.

Referências

- BOTTOMS, Anthony. The philosophy and politics of punishment and sentencing. In: CLARKSON, C.; MORGAN, R. (eds.). *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon, 1995.
- ENGESSER, Sven; FAWZI, Nayla; LARSSON, Anders Olof. *Populist online communication: introduction to the special issue*. Information, Communication & Society. London: Sage Publications, v. 20:9, p. 1279-1292. 2017.
- F BSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). *Medo da violência e o apoio ao autoritarismo no Brasil: Índice de Propensão de Apoio a Posições Autoritárias*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.
- GARLAND, David. The culture of control. New York: Oxford University Press, 2001.
- GERBAUDO, Paolo. *Social media and populism: an elective affinity?* Media, Culture & Society. London: Sage Publications, v. 40 n. 5, p. 745-753. 2018.
- JOHNSTONE, Gerry. Penal policy making: elitist, populist or participatory? *Punishment and Society*, London: Sage Publications, v. 2 n. 2, p. 161-180, 2015.
- JUDIS, John. Us v Them: the birth of populism. London: *The Guardian*. Oct 2016.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, jan-jun. 1996.
- LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- LEMGRUBER, Julita; CANO, Ignácio; MUSUMECI, Leonarda. Olho por olho? O que pensam os cariocas sobre “bandido bom é bandido morto”. Rio de Janeiro: CESeC, 2017.
- LOADER, Ian. For penal moderation: notes towards a public philosophy of punishment. *Theoretical Criminology*. London: Sage Publications, v. 14, n. 3, p. 349-367, 2010
- MUDEDE, Cass. The populist Zeitgeist. *Government and Opposition*. Cambridge: Cambridge University Press, 39(4), p. 542-563, 2004.
- MUDEDE, C.; ROVIRA KALTWASSER, C. Populism and (liberal) democracy: A framework for analysis. In: MUDEDE C.; ROVIRA KALTWASSER, C. (eds.). *Populism in Europe and the Americas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.
- PRATT, John. *Penal populism*. London: Routledge, 2007.
- ROBERTS, J.V.; STALANS, L.; INDERMAUR, D.; HOUGH, M. *Penal populism and public*

opinion. New York: Oxford University Press, 2003.

SHAMMAS, V. L. Who's afraid of penal populism? Technocracy and “the people” in the sociology of punishment. *Contemporary Justice Review*. London: Routledge, 19(3), p. 325-346, 2016.

Nota

- (1) Como transparece neste trecho da entrevista do Deputado Federal Waldir Soares, com grifo próprio: “Com 274.625 votos, o delegado Waldir Soares (PSDB) foi eleito deputado federal por Goiás e comemora a marca de mais bem votado na história do estado. Com a campanha voltada ao tema da segurança pública, ele atribui a vitória a sua experiência profissional e a proximidade com os eleitores. ‘Isso é uma resposta à crise política e de segurança que vivemos. As pessoas me conhecem, sabem do meu trabalho, e sabem que vou representá-las. Eu traduzo o que o povo pensa’, disse o delegado em entrevista”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/eleicoes/2014/noticia/2014/10/resposta-cri-se-deseguranca-diz-waldir-soares-sobre-recorde-de-votos.html>>. Acesso em: 27 nov. 2018

Gabriel Santos Elias

Doutorando em Ciência Política pela Universidade de Brasília.
Secretário da Comissão de Direitos Humanos da
Câmara Legislativa do Distrito Federal.
Coordenador de Relações Institucionais da
Plataforma Brasileira de Política de Drogas.
gabriel.santelli@gmail.com

Samuel Silva Borges

Doutorando em Sociologia pela Universidade de Brasília.
Mestre em Sociologia. Cientista Político.
samuelsilvafb@gmail.com

A imunização dos agentes de segurança pública e a questão sociorracial no Brasil

16

Cleifson Dias Pereira e Isaane Sodré de Oliveira dos Santos

1 Introdução

No último dia 04 de fevereiro do ano corrente, o ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, apresentou um “pacote” de leis “anticrime”. Com efeito, sob a justificativa da necessidade de adequar a legisla o   realidade, o projeto estabelece medidas contra a corrup o, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Dentre as altera es propostas, destacam-se as altera es nas chamadas causas de justifica o de natureza legal, com a amplia o das hipóteses fáticas das excludentes de ilicitude, mais notadamente no que se refere às escusas (art. 23, do CP, proposto no Projeto), com destaque para a legítima defesa quando os fatos forem cometidos por agentes de segurança pública (art. 25, do CP, proposto no Projeto).

Vale ressaltar, almejamos que este não seja um texto escrito apenas para especialistas. O momento presente pede a atua o política de todas as pessoas. Em verdade, acredita-se que os especialistas em geral conseguirão formar um juízo de valor acerca da proposta em exame, que deverá se alinhar ao que exporemos aqui, independentemente de diálogos externos.

Por último, os vários movimentos sociais e organismos de defesa dos direitos humanos vêm se manifestando contrários

ao Pacote por motivos que se alinham aos argumentos aqui defendidos e, não raro, os ultrapassam; assim, o presente texto visa contribuir e ampliar as trincheiras das lutas contra as medidas autoritárias e antidemocráticas do já citado Pacote.

2 A es que excluem a ilicitude de certos fatos e seus efeitos

Diz-se da antijuridicidade ser elemento necessário e incontornável na análise e determina o do fato punível. Se, outrora, as causas de justifica o – esse elemento definidor do ilícito penal –, foram discutidas quanto a sua relevância, após o advento do princípio da presun o de inocência (art. 5 , LVII, CF/88), a mera tipifica o de determinado fenômeno, que d  início   criminaliza o de certa conduta, se mostrou insuficiente para a condu o até a análise da culpabilidade e consequente punibilidade do agente. Faz-se necessário a busca por justificantes, que, uma vez ausentes, ter-se- , então, determinada a ilicitude do fato (TAVARES, 2018, p. 318).

Uma discussão relevante, que dará no o do grau de discricionariedade do julgador no momento da determina o do ilícito,   a diferença entre antijuridicidade formal e material. A primeira reside no conflito entre o fato e a norma, resultando numa contrariedade ao mandamento legal e, conseqüentemente,

à ordem jurídica. Teremos então configurado o injusto penal. A antijuridicidade material é definida pela “*contradição entre fato e as condições sociais de existência, ou seja, uma ação materialmente antijurídica seria uma ação antissocial ou socialmente neutra*” (TAVARES, 2018, p. 315).

Essa natureza da antijuridicidade pode ser utilizada de três formas, segundo **Roxin**: para “*estabelecer uma graduação do injusto, elucidar acerca da extensão dos respectivos tipos e fundamentar as causas supraleais de justificação*” (TAVARES, 2018, p. 316). Ou seja, estabelece condições interpretativas ao fenômeno a ser analisado, a partir de critérios legais na sua relação com a ordem social instituída. O que se deseja, então, com o incremento das escusas do art. 23, do CP?

As causas legais de justificação são encontradas no art. 23, do CP, quais sejam: estado de necessidade; legítima defesa; e estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito. Além disso, estabelece o citado dispositivo que o excesso será punível, em consonância com o que preconiza a Constituição Federal no seu art. 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo”. O incremento se dá justamente aqui, quando cria uma figura simbólica e perturbadora ao equilíbrio do atual instituto, para dizer da diminuição de pena ou mesmo da sua completa inaplicabilidade, ante escusas por “*medo, surpresa ou violenta emoção*”.

A dimensão psicológica ou subjetiva das escusas, que se quer inserir, já se encontra contemplada no Código Penal, no §1º, do art. 20, que dispõe: “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Também na aplicação da pena, momento em que se apresentam circunstâncias que deverão atenuar a pena do agente, se for o caso, conforme o art. 65, inciso III, “a” e “c”, *in verbis*: “*cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral*” e “*(...) sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima*”, respectivamente. E, por derradeiro, temos ainda a amplíssima disposição do art. 66, que diz: “*a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*”.

E é no sentido do parágrafo anterior que a questão se impõe: se o Código Penal, com a sua redação atual, já contempla critérios subjetivos suficientes, para a interpretação do julgador quando na observação do comportamento do agente de determinado fato típico, o que quer o Pacote do governo com o incremento subjetivo do dispositivo em exame?

Com efeito, seguindo os ensinamentos de **Eugênio Raul Zaffaroni** acerca da criminologia, podemos dizer que o Direito Penal, enquanto instância de produção do discurso punitivo, é, sobretudo, o saber e a arte de construir discursos “perigosistas”. A pretensão do governo ao incrementar as causas legais de justificação nos parece evidente, qual seja: criar um escudo de imunização para certos grupos sociais que serão nomeados no dispositivo seguinte, em mais um incremento desnecessário, mas, sobretudo, simbólico e instrumental para o aperfeiçoamento das estratégias sócio-históricas de controle da população, em especial da população negra.

3 A questão da legítima defesa

Como visto, atualmente o art. 23 do Código Penal Brasileiro prevê a legítima defesa como uma das causas de exclusão da ilicitude, sendo definida no art. 25 como a situação em que uma

pessoa, agente público ou não, “*usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*”.

Assim, a legítima defesa consiste em um direito de autodefender-se diante de ataques ilícitos a bens jurídicos individuais, sendo o perigo concreto e imediato (QUEIROZ, 2018, p. 358). Ademais, deve-se observar a proporcionalidade entre a ação, ou seja, a agressão injusta, e a reação (a defesa), pois o que ultrapassa essa dimensão e gera um resultado mais grave do que o necessário é considerado excesso, portanto, punível.

O projeto de lei prevê, na nova redação do art. 25 do Código Penal, que será considerada legítima defesa a ação do agente de segurança pública que atuando “*em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado*” pretenda *prevenir* injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem, e que, ainda “*durante a prática de crime*”, aja de igual forma frente a “*agressão ou risco de agressão a vítima*”. Mas não só. Combina ainda com a previsão trazida pelo §2º, do novo art. 23, que o juiz poderá “*reduzir a pena até a metade*” ou mesmo deixar de aplicá-la, caso “*o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção*”, como já dissemos.

Com efeito, o projeto insere novos elementos subjetivos para análise da excludente de ilicitude, tornando por vezes impossível a necessária prova material. Trata-se de “risco”, “prevenção”, “medo”, “surpresa”, elementos cuja aferição será objetivamente difícil, quando não irrealizável. Some-se a isso o fato de, ao se repetirem desnecessariamente no art. 23 elementos constantes das atenuantes genéricas, e mesmo de causa específica de diminuição de pena (veja-se arts. 65, III, 66 e 121, §1º), essa redação *in looping* no ordenamento jurídico penal cria uma espécie de juízo *a priori* quanto à legalidade do assassinato de pessoas por agentes de segurança pública, os quais, gozando de “fé pública” e valendo-se das hipóteses legais, restarão imunes. É o que tudo nos leva a crer, imunização que se verificará mesmo diante da prática de excessos.

Em apertada síntese, o Pacote “anticrime” consagra a possibilidade de absolvição de agentes de segurança pública que cometerem abusos. É possível prever que os efeitos após as mudanças tenderão a um aumento da violência policial, principalmente, nos casos classificados como “autos de resistência”, visto que os crimes cometidos por agentes da segurança pública não serão objeto de responsabilização – atualmente, os autos são feitos à margem da lei; com a aprovação do projeto, serão produzidos com suporte legal. Assim, o próprio Estado passará a legitimar e amparar condutas violentas e muitas vezes letais.

Com efeito, exemplo notório da afirmação realizada acima, encontraremos em acontecimentos ao redor do mundo, desde o início da década de 1990, quando do advento das políticas de “tolerância zero”. Tais políticas consistiram, tal qual se propõe hoje no Brasil, no incremento de mais leis penais e no recrudescimento das já existentes, além da criação de forças policiais especiais e na ampliação da discricionariedade da sua atuação, fato já havido no Brasil (WACQUANT, 2011, p. 39). E quais as consequências?

Conforme narrativa do sociólogo francês **Loïc Wacquant** (2011, p. 43), no contexto das chamadas políticas de “tolerância zero”, em Nova Iorque dos anos 1990, após diversos episódios de violência policial, em que se registraram ações letais, especialmente contra jovens negros e latinos, desencadeou-se

uma campanha de desobediência civil em face de tais atos. A partir de então, a principal tropa de choque da polícia, composta por 380 homens, quase todos brancos, passou a ser objeto de diversos inquéritos administrativos e processos judiciais, “*sob suspeita de proceder a prisões ‘pelo aspecto’ (racial profiling) e de zombar sistematicamente dos direitos constitucionais de seus alvos*”.

Outro aspecto relevante, e merecedor de destaque, era a forma de atuação desse grupamento, que era considerado “*a ponta de lança*” da citada política de segurança na cidade de Nova Iorque, que envolvia não somente o uso excessivo da força, mas também a atuação em viaturas descaracterizadas e agentes à paisana, resultando assim numa forma de incremento do arbítrio, em atuação incoerente, supostamente a favor da segurança.

Nesse contexto, segundo o autor (WACQUANT, 2011, p. 43), essa brigada, em dois anos, “*deteve e revistou na rua 45.000 pessoas sob mera suspeita baseada no vestuário, aparência, comportamento e – acima de qualquer outro indício – a cor da pele*”. No entanto, apenas uma a cada 11 abordagens, ou seja, cerca de 4.000 dessas ações policiais, foram consideradas justificadas; as demais se mostraram nulas e inválidas pelos tribunais.

Portanto, não se trata de afirmar uma natureza perversa ou corrompida dos agentes de segurança pública, mas tão somente de reconhecer as suas naturezas humanas diante da pressão típica do trabalho e verificar como esses fatos se sucederam em outras partes do mundo.

4 A necessária análise sociorracial de dados sobre a letalidade da atividade policial

O pacote anticrime amplia vulnerabilidades. Assim, é imprescindível avaliar os desdobramentos dessas propostas no que tange à população negra, sobretudo aos jovens negros.

Dados do Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência provam que o fator racial é preponderante para se analisar como a violência no Brasil é manifestamente desigual; prova disso é que, em 2017, a taxa de mortalidade de jovens negros foi de 86,34 para cada 100 mil jovens negros na população, contra 31,89 para jovens brancos. Além disso, de acordo com o Índice, no universo de mortes calculadas no período de 2015 a 2016, 78% dos homicídios decorreram de intervenção da polícia; sendo que 76,2% desses mortos eram negros. Ou seja, o risco de um jovem negro morrer por ação policial é muito maior que o de um jovem branco.

Por sua vez, o Atlas da Violência, publicado pelo IPEA em 2018, traz dados alarmantes sobre a quantidade de homicídios no Brasil que destacam a desigualdade racial. No que diz respeito à violência letal, quando calculados dentro de grupos populacionais, de negros (pretos e pardos) e não negros (brancos, amarelos e indígenas), há uma grande disparidade; o próprio relatório afirma que os dados parecem ser de países completamente diferentes.

Os números revelam que jovens negros sofrem na pele os resquícios do colonialismo ainda vigente, tendo em seus corpos “*a carne mais barata do mercado*” (FLAUZINA, 2006, p. 89) e, portanto, a mais desvalorizada. Há uma seletividade, que coloca o jovem negro na mira do sistema penal. Em muitos casos, o assassinato desse grupo está diretamente relacionado à violência policial. Trata-se de um verdadeiro genocídio de jovens negros periféricos, baseado em um esquema em que o racismo passa a legitimar “o direito” de matar do Estado, através de seus agentes.

Segundo o relatório da CPI do Senado sobre o Assassinato

de Jovens (2016) – que pretendeu investigar o panorama de um país nocivo aos jovens, em especial àqueles que pertencem à população negra e residente das favelas brasileiras –, os assassinatos de jovens negros estão diretamente relacionados à ação e omissão do Estado. Por um lado, se devem à ausência do Estado e da efetivação de direitos nas comunidades, inclusive falta de segurança pública; por outro, à violência policial contra jovens negros, sob a justificativa de autos de resistência.

Diante do exposto, não se pode continuar ignorando a desigualdade racial refletida na violência que atinge muitos homens jovens negros no Brasil. É desse grupo o perfil que mais morre por homicídios no país; são predominantemente as vítimas da violência decorrente de intervenção militar.

5 Conclusão

As propostas de criação de escusas que afastam a antijuridicidade de determinadas condutas e a ampliação das hipóteses de legítima defesa no pacote “anticrime” corroboram uma espécie de imunização dos agentes de segurança pública e possibilitam o aumento do extermínio da população negra. Essa é uma realidade muitas vezes negada pela sociedade brasileira, que não concorda com o argumento de que o racismo reverbera nas relações de poder do Estado sobre as vidas da população negra, principalmente aquela que vive em zonas periféricas.

No contexto atual do Brasil, não é possível se omitir da análise dos desdobramentos da imunização da atuação policial na sua relação com a população negra, por ser esta a mais afetada pela violência dos agentes de segurança pública. Ademais, diante das questões suscitadas, compreende-se que o projeto de lei amplia vulnerabilidades e desvaloriza a vida humana. Portanto, é imprescindível concluir que entre os bens jurídicos em jogo – vida em face de segurança pública –, tal ponderação é desnecessária, pois não é possível instrumentalizarmos a vida.

Referências

- BRASIL. *Constituição* (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *Atlas da violência*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BRASIL. Senado Federal. *CPI do assassinato de jovens*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 89.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 358-363.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

Cleifson Dias Pereira

Mestre em Direito pela UFBA. Professor de Direito Penal do Centro Universitário UniRuy Wyden – UniRuy. Advogado. cleifsondias@hotmail.com

Isaane Sodré de Oliveira dos Santos

Graduanda em Direito pela UFBA. Membro do Núcleo de Estudos Sobre Sanção Penal – NESP. isaasodre@gmail.com

Análise do projeto de lei 4373/2016: a lei de responsabilidade político-criminal

Igor Damous

Recentemente a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou integralmente o Projeto de Lei 4373/2016,⁽¹⁾ denominado Lei de Responsabilidade Político-Criminal.

O argumento base para a iniciativa tomada – aquele que norteou a discussão do Projeto de Lei na supracitada Comissão, bem como nas Comissões anteriormente consultadas – fora a suposta ausência de conhecimento específico necessário à apreciação de Projetos de Lei que tenham temática penal. Esse argumento indica, ou ao menos sugere, que o Projeto de Lei em questão fora produzido sob o mais amplo e profundo conhecimento acerca da referida temática.

É baseado nessa pressuposição que este trabalho se voltará a analisar o Projeto de Lei 4373/2016, buscando-se, como clamam os deputados subscreventes, racionalidade e apego científico também na análise das motivações do Projeto de Lei em comento, visando, assim, contribuir de alguma forma com a discussão iniciada pela propositura do referido Projeto de Lei.

Primeiramente, cabe ressaltar que o referido projeto possui como proposta prática referencial a criação do Conselho de Análise de Impacto Social e Orçamentário de Propostas Penais no âmbito da Câmara dos Deputados, com a função de emitir pareceres com análises, sociais e econômicas, de projetos de lei que venham a versar sobre matérias de cunho penal.

Deve-se, antes de qualquer análise, indicar que o referido Projeto de Lei vincula a necessidade de elaboração de pareceres por parte do novel Conselho somente aos casos de leis penais que i) criem tipos penais ii) aumentem penas cominadas e/ou iii) tornem mais rigorosa a execução penal.⁽²⁾

Assim, não trata este Projeto de Lei, de nenhuma forma, da criação, modificação ou revogação de leis que digam respeito à matéria fundamentalmente processual penal, de modo que, propostos Projetos de Lei no sentido das supracitadas situações, não haveria movimentação alguma do Conselho de Análise de Impacto Social e Orçamentário de Propostas Penais.

Da mesma forma, quando delimita a necessidade em caso de “criação de novos tipos penais”, o referido Projeto de Lei dispensa a apresentação de pareceres do Conselho em leis que porventura i) extingam tipos penais ou ii) diminuam a abrangência de tipos penais. Essas conclusões provavelmente eram esperadas pelos deputados subscreventes e se coadunam com as motivações explicitadas no referido instrumento legislativo.

Há, no entanto, dois grupos de situações que provavelmente escaparam às vistas dos postulantes do referido Projeto de Lei: i) há situações em que são “criados novos tipos penais” que efetivamente não criam novos tipos penais e ii) há outras formas de criar tipos penais que não sejam através da “criação de tipos penais”.

No primeiro caso, temos as situações em que são criados novos tipos penais somente com função de técnica legislativa. Um exemplo é a Lei 13.008/14 que, apesar de ter criado um novo tipo penal – o de contrabando, descrito no artigo 334-A do Código Penal –, em verdade só separou duas condutas já anteriormente criminalizadas que se encontravam no mesmo dispositivo penal pertencente ao Código Penal.

Em relação ao segundo ponto, criminalização de condutas que não seja através da criação de novos tipos penais, temos três hipóteses diferentes, que escapam aos pressupostos do referido Projeto de Lei: i) no caso de tipos mistos alternativos, a inserção de novos verbos relacionados a conduta criminalizada ii) a substituição de conceitos delimitadores por conceitos de abertura semântica, fazendo com que o tipo penal abarque novas condutas iii) a ampliação de normas que complementem leis penais em branco, seja pela ampliação do rol taxativo (como é o caso das Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial da ANVISA, que se relacionam com os limites da Lei 11.343/06), seja através da retirada de requisitos que permitam a imputação de tipos penais (como, por exemplo, era o antigo rol do crime de lavagem de capitais⁽³⁾).

Em relação ao aumento de penas cominadas, pontuado pelo referido Projeto de Lei, há também uma falha na conceituação referida para os fins pretendidos pelos deputados subscreventes. O termo “pena cominada” utilizado no Projeto de Lei em questão se refere unicamente ao preceito secundário de norma penal. Sendo assim, se encontra fora dos limites de abrangência do Projeto de Lei estudado qualquer tipo de modificação legislativa que aumente os limites de metrificacão de pena na segunda e terceira fases da dosimetria da pena.⁽⁴⁾ Além disso, como já era de se esperar, há também a dispensa do referido parecer quando na presença de lei penal que diminua pena cominada.

Além de todas essas hipóteses, o Projeto de Lei em questão também se eximiria de modificações na Parte Geral do Código Penal, o que, dependendo do dispositivo normativo, também poderia influir nas penas e na forma de se interpretar os tipos penais constantes na Parte Especial.

Quanto à hipótese de propostas legislativas que tornem mais rigorosa a execução penal, não tratará este artigo de seu estudo, devido à amplitude da matéria e da abertura semântica do termo “rigorosa”. No mais, resta imperioso consignar a preocupação com a utilização de tal termo em tal norma.

Seguindo com a análise do Projeto de Lei, de acordo com este, as situações supracitadas vinculariam a necessidade da elaboração de pareceres do Conselho, baseando-se os mesmos nos seguintes aspectos: i) impacto social e ii) impacto orçamentário.

De acordo o Projeto de Lei, o “impacto social”, o qual se buscaria analisar no parecer, deveria “*ter como referência o número de novos processos de conhecimento e de execução no Poder Judiciário, o número de vagas necessárias no sistema prisional e as implicações que a criminalização e os aumentos de pena provocarão na vida coletiva*”.⁽⁵⁾

Já sobre a definição de “impacto orçamentário”, o Projeto de Lei define “*que terá como referência os custos estimados da criação de novas vagas no sistema prisional e quanto a demanda de novos processos para o Poder Judiciário*”.⁽⁶⁾

Os pareceres, segundo o Projeto de Lei estudado, não vinculariam as decisões legislativas, tendo como finalidade precípua a leitura dos mesmos em momento anterior aos debates, para “*qualificar as discussões quando do tratamento destes projetos de lei e, quem*

sabe, trazer de volta a racionalidade no debate sobre o direito e processo penal”.⁽⁷⁾

Primeiramente, analisando sob o prisma da coerência interna, deve-se atentar a que os deputados subscreventes se utilizaram por diversas vezes da superlotação carcerária como fundamentação para o Projeto de Lei. No entanto, dentro do mesmo projeto encontra-se passagem que indica o percentual de 41% do efetivo carcerário como composto por presos provisórios. Se um percentual tão grande da população carcerária é composto por prisões de cunho eminentemente processual, um Projeto de Lei que verse unicamente sobre controle de matéria penal não poderia se basear nos números totais, a não ser que se considere que a população carcerária alvo deste Projeto de Lei, os 59% do mesmo efetivo, também configure superpopulação carcerária.

Ou, caso se considere que o aumento da legislação penal teria influência no aumento de prisões processuais, necessário se faz atentar a que, além deste argumento soar baseado em remotas probabilidades,⁽⁸⁾ algumas situações sequer poderiam ser consideradas nos cálculos por ausência total de probabilidade de aumento das prisões processuais.⁽⁹⁾

Assim, quatro possibilidades entre aquelas incluídas no Projeto poderiam gerar modificação na quantidade de prisões processuais: i) criação de tipos penais que permitam a decretação da prisão preventiva, incluindo aqueles regidos pela Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e 13.146/05 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); ii) aumento de pena cominada em tipos penais ao ponto de incluí-los no rol de tipos penais aos quais se permitiria a decretação de prisão preventiva; iii) aumento de pena cominada de tal forma a aumentar o tempo para prescrição (o que, efetivamente, aumentaria o tempo limite de manutenção em prisão preventiva) e iv) aumento no rigor da execução penal que possa obstar progressão de regime. No entanto, como dito anteriormente, deve-se frisar mais uma vez que, mesmo nessas possibilidades, as probabilidades de afetação na quantidade de prisões preventivas ou no tempo das mesmas seriam mínimas, principalmente a ponto de fundamentar o Projeto de Lei em análise.

Já sobre o prisma da coerência externa, alguns pontos merecem reflexão.

Todos os fundamentos utilizados para motivar o referido Projeto de Lei foram de ordem político-criminal, quais sejam i) aumento da legislação penal; ii) baixa eficácia da relação número de leis penais *versus* índices de criminalidade; iii) déficit de vagas no sistema prisional; iv) custo de manutenção de cada preso em relação à capacidade econômica do país.⁽¹⁰⁾

A proposta traz como solução, então, a criação de um Conselho que emita pareceres com análises de ordem também político-criminais (impacto social e impacto econômico).

Sobre este ponto, cabe destacar que parece haver uma confusão na ideia propalada, não só pelo Projeto de Lei em questão, como pelos pareceristas da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, acerca das fontes de produção de normas de natureza penal.

Von Liszt uma vez dissera: “o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal”.⁽¹¹⁾

Por óbvio que o ultrapassado pensamento positivista da separação inexorável entre Direito Penal e política criminal já não mais se sustenta. No entanto, mesmo as mais modernas e adequadas formas de pensar as normas penais ainda destacam a colaboração mútua de ambas as dimensões, a garantística-abstrata do Direito Penal e a dirigente-social da política-criminal. Nesse sentido que se posiciona **Claus Roxin**, pontuando a importância da não contradição

entre submissão ao Direito e adequação aos fins político-criminais, indicando serem ambos, Estado de Direito e Estado Social, dimensões de uma unidade dialética. Em suas palavras: “*uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito*”.⁽¹²⁾

Assim, interpretar a sistemática penal unicamente de acordo com suas falhas no plano político-criminal e, mais ainda, movimentar o aparato estatal no intuito de solucionar essas falhas através de análises meramente político-criminais é ignorar a dimensão garantística que emana do Direito Penal, desacreditando-a não só em sua existência como em sua importância.

No parecer emitido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o deputado Rodrigo Pacheco pontuara com louvor que um projeto legislativo na seara penal deve se ater à proteção de bens jurídicos essenciais dos indivíduos e da sociedade.⁽¹³⁾ No entanto, o referido deputado o faz com o intuito de aprovar um Projeto de Lei que define como necessários somente os requisitos político-criminais – dentre os quais não se inserem os bens jurídicos. Mais do que isso, um Projeto de Lei que louva uma forma de enxergar os tipos penais como que compostos unicamente por fatores metrificáveis, como cifras e números, e, por consequência, aponta como único norte de discussão acerca da existência ou produção desses tipos penais a utilização, também, de cifras e números. Ou seja, exatamente o oposto de toda a discussão condizente à proteção de bens jurídicos.

É o que demonstra o argumento de que o aumento de leis penais não vem diminuindo os índices de violência. A primeira falha nessa afirmativa é que, toda vez que se cria um tipo penal, novas condutas que não eram consideradas criminosas passam a se tornar criminosas, deixando de corresponder, para fins estatísticos, como não-crimes e passando a integrar aquela unidade representativa dos crimes ocorridos, aumentando, por óbvio, os índices de criminalidade. Então, com a mesma obviedade, pode-se afirmar que criminalizando menos condutas, ou até abolindo alguns tipos penais, haverá diminuição dos índices de criminalidade. Nesse mesmo tom, chega-se ao absurdo: a abolição de todos os crimes acabará com a criminalidade.

Uma evidência dessa afirmativa é a utilização das chamadas “medidas compensatórias” como moeda de troca, conforme leitura dos parágrafos primeiro, segundo e terceiro do artigo 3º do referido Projeto de Lei. De acordo com a proposta estudada, a instituição de “medidas compensatórias” – hipóteses de diminuição de pena e benefícios de progressão de regime em delitos de mesma natureza – tornaria desnecessário o estudo do impacto social. Assim, em palavras mais simplórias, a criação de um tipo penal com alto potencial encarcerador teria dispensado seu estudo de impacto social pela criação de normas que diminuam o potencial encarcerador de outro tipo penal de mesma natureza. Ou seja, é permitida a criação de uma norma penal que puna muito desde que haja outra norma penal que puna menos do que antes. É permitido o excesso de uma norma, desde que haja proteção deficiente por outra norma.⁽¹⁴⁾

Estamos, então, diante de uma falácia abolicionista por excelência. Não há nenhuma análise da racionalidade ou dos fundamentos teóricos – até mesmo sociais – que embasariam a criação de um tipo penal. Segundo essa forma de enxergar o Direito Penal, a criação de tipos penais só pode representar impactos sociais negativos e gastos econômicos. Assim, freia-se o Direito Penal, amparando-se em um combate ao “punitivismo”, enquanto ainda não se encontra ao alcance sua abolição.

Mesmo que se diga que o Projeto de Lei em questão busca a liberdade através do desencarceramento, a total desconsideração da dimensão lógico-jurídica das normas penais é a desconsideração do

Estado de Direito, ente limitador do poder do Estado sobre o indivíduo. Desrespeitar o Estado de Direito é, antes de tudo, desrespeitar a máxima kantiana de que o indivíduo não pode servir como objeto para um fim – nem social – por ser ele o fim em si mesmo. Não importa quais são os fins buscados por uma norma desencarceradora que ignore a dimensão lógico-jurídica penal: o que se pode afirmar, com certeza, é que esse fim não é a proteção do indivíduo, estando ele entregue ao temperamento instável do Estado Social.

Isso pode ser explicado pela segunda falha na afirmativa utilizada pelos deputados subscreventes em relação à eficácia na criação de tipos penais. Se considerarmos que a eficácia de um tipo penal – ou seja, sua capacidade de coagir os indivíduos a não cometerem aquela conduta prevista – é a única métrica possível para afirmar sua validade – ou é a métrica mais importante, caso sopesada com os impactos sociais e econômicos –, podemos chegar à conclusão de que não há nenhum constrangimento à criação de tipos penais que sejam eficazes para diminuir aquelas condutas prescritas por eles, mesmo que as mesmas não se relacionem a um bem jurídico. Basta que haja algo a ser evitado ou mudado na sociedade.⁽¹⁵⁾

Em outros termos, o que se propõe com o referido Projeto de Lei é um Estado que dirige e impõe aos indivíduos suas concepções, encarando-os não como sujeitos de direitos, mas sujeito de direitos escolhidos e declarados por esse Estado, traduzindo suas vidas, assim, mais uma vez, em números.⁽¹⁶⁾

Todas as críticas aqui dispostas são suficientes para demonstrar que o referido Projeto de Lei se embasa em ideias que circunscrevem de maneira insuficientemente ampla toda a problemática que envolve o estudo dos tipos penais. No entanto, mesmo que rechaçadas, há ainda que se evidenciar que mesmo naquela abrangência limitada que se propõe, o projeto falha, não só tecnicamente – como já exposto –, como também naquilo que se arvora como motivação.

Mesmo que consideremos que só há a dimensão político-criminal, que só a ela se estuda e que só se resolve suas máculas através de medidas também orientadas por decisões de cunho político-criminal, ainda há aí uma falha técnica – ou ideológica – na análise feita. Como se pode depreender do Projeto de Lei estudado, há, para efetiva racionalidade dos debates, necessidade da elaboração de pareceres acerca dos impactos sociais e econômicos somente nos casos em que haveria a criação de tipos de penais, aumento de penas ou aumento do rigor executório penal. Ou seja, ou não aumentaria em nada a racionalidade do debate estudar os impactos sociais e econômicos dos projetos de lei que extingam tipos penais, diminuam penas cominadas ou flexibilizem a execução penal, ou pressupõem os subscreventes que não há impacto social ou econômico algum nesses casos.

A primeira conclusão lógica é tendente à tautologia, portanto, irrefutável aos limites deste ensaio. Para que se faça isso, deve-se enviar toda a discussão sobre o que seria racionalidade, o que aqui não se pretende. A segunda conclusão, no entanto, é facilmente refutável quando se percebe que há, sim, impactos sociais e econômicos advindos da não criminalização de algumas condutas ou até da abolição de certos tipos penais.

Quando estudamos as implicações sociais das legislações penais, inevitável se faz o uso dos escritos do sociólogo **Ralf Dahrendorf** acerca da *anomia*. Para **Dahrendorf**, a *anomia* é “uma condição social onde as normas reguladoras do comportamento das pessoas perderam sua validade.”⁽¹⁷⁾ O sociólogo é claro quando aponta que tanto o excesso de normas quanto a ausência de normas levam à *anomia* – ou seja, *anomia* é o resultado do descompasso entre moralidade e eficácia das normas, seja ele um descompasso por exagero, seja ele um descompasso por carência. Assim, de nada adianta um esforço compulsivo na diminuição da legislação

penal se apoiado nesse mesmo descompasso, acabando por não servir para eliminar os motivos do impacto social negativo, mas para fomentá-los.

No fim, o estudo responsável da criação de tipos penais, tanto sob o viés garantístico-abstrato quanto político-criminal, acaba sempre a alertar para o mesmo fato: a única forma de qualificar o debate sobre a criação de tipos penais é, antes de tudo, entender o Direito Penal em sua complexidade.

Não haverá, de forma alguma, racionalidade no diálogo ao se considerar o Direito Penal como simples manifestação de autoridade – ignorando o que há de racionalidade em seu âmago. Da mesma forma, não haverá proteção dos indivíduos às possíveis arbitrariedades do Estado caso se ignore o componente prático da coerção existente também no Direito Penal. E ainda, por último e ainda mais importante, não haverá proteção dos indivíduos se os mesmos forem interpretados como números, cifras e, da mesma forma, massas. Afinal, só há Direito, ainda mais Penal, onde há indivíduo.

Notas

- (1) Congresso Nacional. Projeto de Lei 4373/2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=554206>.
- (2) Idem.
- (3) Modificação da Lei 9613/98 através da Lei 12683/12.
- (4) Em nosso ordenamento jurídico, os limites citados seriam aqueles prescritos como “agravantes” e “causas especiais de aumento de pena”, presentes no artigo 61 do Código Penal e nos tipos penais positivados, os quais se prestam a aumentar a pena, respectivamente.
- (5) Congresso Nacional. Projeto de Lei 4373/2016.
- (6) Idem.
- (7) Idem.
- (8) Lembrando que, para a decretação da prisão preventiva, independentemente do crime cometido, deve-se, ao menos em tese, estudar o caso concreto para a detecção da existência dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que são, de toda forma, independentes do tipo penal.
- (9) i) criação de tipos penais que não ensejem prisão processual;; ii) aumento de pena cominada que não resulte na inclusão do tipo penal modificado no rol daqueles que permitem a decretação de prisão preventiva e iii) aumento de rigor na execução penal que não afete o tempo de prisão preventiva ou progressão de regime na prisão preventiva.
- (10) Idem.
- (11) LISZT, Franz Von. *La idea del fin en el derecho penal*. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Traducción de Carlos Perez del Valle. Granada: Editorial Comares, 1995. p. 36.
- (12) ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- (13) Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania acerca do Projeto de Lei 4373/2016. Relatoria de Rodrigo Pacheco.
- (14) Um absurdo, se pensarmos que o princípio da proporcionalidade, norteador de todo o nosso sistema jurídico, possui em seu âmago duas dimensões: a vedação ao excesso (*Übermassverbot*) e a vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ou seja, uma lei penal não pode ser nem excessiva, nem deixar desprotegido o bem jurídico o qual busca proteger.
- (15) Essa posição é muito parecida com aquela intitulada Reformismo Pragmático, posicionamento proposto por Klaus Tiedemann, no qual se atribui ao Direito Penal a função de “sedimentar novos valores” na sociedade, através da mera vontade do legislador, assistido pela “prerrogativa de avaliação” que lhe cabe, não havendo nada que ampare uma contenção a esse poder que não o próprio poder legislativo. Ver GRECO, Luis. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- (16) Afinal, se é o Estado que define o que é Direito ou não, perde-se o valor intrínseco do Direito. Se não há valor intrínseco ao Direito, não haverá valor naquilo que defende o indivíduo da força da maioria. Se o indivíduo pode ser sobreposto pela vontade majoritária, mesmo naquilo que lhe asseguraria o Direito, a vontade majoritária sempre terá mais importância. É assim, então, que o Estado usará dos valores quantitativos em detrimento dos valores qualitativos em suas decisões.
- (17) DAHRENDORF, Ralf. *Law and order (Hamlyn lectures)* 1. Great Britain - Social conditions -1945 - I. Title II. Series. p 24

Remição pela leitura da Bíblia: constitucionalidade e aspectos práticos de sua regulamentação

Leonardo Dantas Costa

Já faz algum tempo que o Superior Tribunal de Justiça reconhece no propósito ressocializador da execução penal uma cláusula de abertura para superar a taxatividade das hipóteses legais para a remição. Antes mesmo da alteração legislativa que positivou a remição pelo estudo, por meio da Lei 12.433/2011, o STJ já se inclinava no sentido do reconhecimento do benefício em decorrência da realização de atividade estudantil.⁽¹⁾

A remição pela leitura, da mesma forma, encontrou guarida nos Tribunais. A analogia benéfica ao apenado exalta a atividade literária e afirma sua compatibilidade com a intenção enobrecedora e educativa do instituto da remição, conforme se pode constatar da ementa do *Habeas Corpus* 312.486/SP, cujo caráter elucidativo autoriza a transcrição: “[a] leitura em si tem função de propiciar a cultura e possui caráter ressocializador, até mesmo por contribuir na restauração da autoestima. Além disso, a leitura diminui consideravelmente a ociosidade dos presos e reduz a reincidência criminal. Sendo um dos objetivos da LEP, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, impõe-se a interpretação extensiva do mencionado dispositivo, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade”.⁽²⁾

Com efeito, o tema logo saltou das páginas de jurisprudência para ganhar regulamentação. Primeiro, no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional e da Corregedoria da Justiça Federal, por meio da Portaria Conjunta 276/2012. Depois, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação 44/2013.

Tal recomendação a um só tempo definiu as atividades educacionais que compõem a remição pelo estudo e propôs-se a estimular as unidades prisionais a reconhecerem a leitura como atividade complementar para fins de remição.⁽³⁾ Em linhas gerais, recomenda-se a constituição de projeto específico pela autoridade penitenciária, que vise a assegurar a participação voluntária do preso, definitivo ou cautelar, nacional ou estrangeiro, em programas de leitura. Para tanto, o sistema prisional deve constituir acervo para poder disponibilizar obras literárias (recomenda-se a existência de no mínimo 20 obras no acervo de cada estabelecimento).⁽⁴⁾ O critério objetivo para a remição pela leitura, estabelecido na Portaria Conjunta 276/2012, é repetido na Recomendação 44/2013, nos seguintes termos: *i)* prazo de 21 a 30 dias para leitura da obra; *ii)* apresentação de resenha a respeito da obra; *iii)* possibilidade de remição de até 4 dias por obra lida, conforme critério legal de avaliação, sendo no máximo remidos 48 dias a cada 12 meses, com base na leitura. A resenha será submetida a avaliação por comissão organizadora, devendo o resultado ser enviado ao Juízo de Execução Penal para decidir acerca do aproveitamento da leitura para remir dias de pena.

Com base na Recomendação 44/2013, do CNJ, diferentes Estados da Federação passaram a regulamentar a matéria. Em São Paulo, após instituição da remição pela leitura por portaria do Tribunal de Justiça, a Lei 16.648/2018 tratou do tema. Em resumo, seguiu-se as mesmas orientações definidas pelo CNJ para regular o

benefício nos presídios paulistas. A princípio, o diploma foi objeto de celeuma quanto à sua constitucionalidade formal. O governador do Estado chegou a vetá-lo, sustentando a incompetência do Estado para disciplinar acerca de Direito Penal e Processual Penal, cuja competência legislativa é exclusiva da União (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal). Nada obstante, a Assembleia Legislativa Paulista derrubou o veto.

O núcleo dessa rápida reflexão reside nos termos da Lei Estadual 16.648/2018, mais precisamente em seu artigo 2º, parágrafo único, que assim dispõe: “*Sendo a Bíblia a obra literária escolhida, esta será dividida em 39 (trinta e nove) livros segundo o Velho Testamento e 27 (vinte e sete) livros integrantes do Novo Testamento, considerando-se assim a leitura de cada um destes livros como uma obra literária concluída*”.

A questão que se levanta refere-se à constitucionalidade material do dispositivo, tendo como paradigma a liberdade religiosa, assegurada no rol de Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Federal (vide artigo 5º, incisos VI, VII e VIII) e a laicidade do Estado (artigo 19, inciso I, da Constituição).

Por um lado, **Felipe Athayde Lins de Melo** é enfático em sua crítica à seletividade da Lei Paulista quanto à Bíblia. Afirma que se cria uma relação imprópria entre a remição pela leitura, direito conquistado com base na promoção dos direitos humanos dos presos, e os mecanismos de arrematação de novos feios para a doutrina cristã. Argumenta que a posição de maior vulnerabilidade do preso criaria um ambiente ainda mais propício para a conversão, sendo, em suas palavras, de *causar arrepios o uso descarado da legislação penal como instrumento de conversão religiosa*. Por fim, conclui no sentido de que a Lei atribuiria à Bíblia valor superior aos demais livros religiosos, contrariando o caráter laico e secular do Estado.⁽⁵⁾

Por outro lado, **Rogério Sanches Cunha** não vê qualquer vício a macular a constitucionalidade material da norma em comento. Segundo o autor, a Lei não impõe a leitura bíblica, mas deixa clara a possibilidade de opção do preso, nos termos do texto do artigo 2º, parágrafo único: *sendo a Bíblia o livro escolhido*. Além disso, a menção expressa à Bíblia, livro sagrado do Cristianismo, não exclui nem proíbe a leitura de outras obras religiosas, que estariam no âmbito da escolha literária do participante do programa.⁽⁶⁾

Apresentadas essas duas posições, é possível prosseguir.

Fundamental para o debate refletir sobre a seguinte pergunta: a quem o artigo 2º, parágrafo único, da Lei Estadual 16.648/2018, visa beneficiar?

Sem qualquer dúvida, o principal beneficiário do novo diploma é o apenado, que ganha segurança jurídica quanto a uma nova hipótese de remição. Especificamente quanto ao dispositivo mencionado, não nos parece que o fato de se estabelecer uma divisão mais didática da Bíblia para fins de contabilização de obras lidas e dias remidos tenha por objetivo beneficiar diretamente quaisquer das religiões cristãs. Quem tira maior proveito do dispositivo é o apenado leitor da Bíblia que, para usufruir do perdão de alguns dias de cumprimento de sua

pena, não precisará lê-la em sua integralidade (o que, convenhamos, parece ser das tarefas mais desafiadoras até mesmo para um cristão devoto).

Vale salientar que seria exagero supor que o artigo 2º, parágrafo único, da Lei 16.648/2018 atenta contra a laicidade do Estado, estabelecida no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal.⁽⁷⁾ O dispositivo constitucional, norteador das relações institucionais do Estado com a Religião, veda o estabelecimento, pelos entes federativos, de cultos religiosos ou igrejas, bem como a subvenção ou embaraço de atividades religiosas, e a manutenção de relacionamentos de dependência entre quaisquer das pessoas jurídicas de direito público e igrejas ou seus representantes. A mera divisão da Bíblia em livros menores para que cada um seja considerado isoladamente para fins de remição pela leitura não nos parece afrontar quaisquer dessas vedações constitucionais. Até porque, é entendimento corrente da doutrina constitucionalista que o Estado Brasileiro opera sob os fundamentos da laicidade, e não do laicismo. Significa dizer que se admite o fenômeno religioso e se reconhece nele valor,⁽⁸⁾ embora a posição estatal deva ser de equidistância e neutralidade entre as religiões professadas pelos indivíduos em seu território.⁽⁹⁾

Pois bem, justamente com fundamento no Estado laico e, portanto, neutro, surge outro questionamento, dessa vez, mais espinhoso: estaria a Lei 16.648/2018 estabelecendo um tratamento diferenciado para as religiões cristãs, em detrimento das demais?

Mais uma vez, sustentamos a preservação da laicidade do Estado. Isso porque o mero fato de se mencionar a Bíblia como objeto de leitura para fins de remição não a coloca em patamar superior aos demais livros religiosos. Diferentemente seria se a lei estivesse estimulando estabelecimentos prisionais a adquirirem bíblias ou excluindo do programa de leitura outras obras que não fossem cristãs.

Aliás, em uma oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a impossibilidade de remição por leitura da Bíblia realizada durante seminário religioso quando não regulamentada por projeto formal de remição da pena por estudo através da leitura, o que deixa claro que a *ratio* do benefício não é a dedicação dogmática ou espiritual ao Cristianismo, mas a efetiva realização de atividade cultural/educacional relacionada à leitura.⁽¹⁰⁾

A propósito, a opção legislativa pela menção à Bíblia foi bem justificada por **Rogério Sanches Cunha** ao ponderar que é reconhecidamente o livro mais lido no mundo e possui grande adesão nos estabelecimentos prisionais, em decorrência, inclusive, de iniciativas religiosas ali realizadas.⁽¹¹⁾ Aos argumentos do promotor de justiça paulista, acrescentamos o fato de o Cristianismo ser a religião com mais adeptos no Brasil⁽¹²⁾ e o caráter marcadamente proselitista de algumas de suas vertentes, que explica a sua capilaridade maciça em estabelecimentos prisionais se comparada a outras religiões.

Por outro lado, vale mencionar que a mera leitura da Bíblia não implica necessariamente uma experiência de conversão. O livro base da fé cristã é também reconhecido pela riqueza literária, com gêneros dos mais diversos, como históricos (Êxodo, por exemplo), poéticos (Salmos e Provérbios), narrativos (os Evangelhos de Mateus, Marcos, Lucas e João), legislativos (Levítico) e outros. Sendo assim, sua leitura não poderia ser vindicada em detrimento do benefício da remição para seus leitores.

Reconhecemos, no entanto, que a opção da Lei Estadual em considerar cada um dos 66 livros isoladamente como obra literária concluída pode não ter sido a melhor. Isso porque há livros de diferentes tamanhos e complexidades em toda a Bíblia, o que poderia gerar disparidades no esforço empreendido pelo leitor.

Basta mencionar, a título exemplificativo, a diferença entre o livro dos Salmos, composto por 150 capítulos, e a terceira carta de João, composta por capítulo único com quinze versículos. Admitir um mesmo patamar de remição para a leitura desses dois livros confere, aí sim, um tratamento legal não isonômico quanto à atividade realizada.

Seja como for, talvez o mais essencial seja salientar que a regulamentação da remição pela leitura da Bíblia não impede nem prejudica a leitura de outras obras religiosas. Aliás, não é necessária qualquer lei para garanti-la, posto que decorre do direito fundamental à liberdade de crença. Como observa **José Joaquim Gomes Canotilho**, a liberdade religiosa tem âmbito normativo alargado, o qual não reduz sua proteção apenas à religião dominante ou tradicional, mas abrange também aquelas mais recentes, não convencionais e minoritárias.⁽¹³⁾ Em sua dimensão subjetiva, tal garantia individual impõe a proteção contra qualquer coação ou perturbação estatal à profissão da fé; já em sua dimensão objetiva, visa à neutralidade estatal diante das mais diversas formas de conceber o aspecto religioso.⁽¹⁴⁾ Disso se depreende que quaisquer leituras que tenham cunho religioso serão igualmente garantidas pelo Estado e inseridas no programa de remição sob pena de afronta a direito fundamental. Podemos ir além para admitir que a divisão escolhida para leitura da Bíblia poderá servir de parâmetro para contagem de dias remidos pela leitura de obras que possuam estrutura textual semelhante ao livro cristão.

Notas

- (1) Cite-se, como exemplo, o Recurso Especial 744.032/SP, julgado no ano de 2006, portanto, 5 anos antes da reforma operada na LEP, pela Lei 12.433/2011. Da ementa extrai-se o seguinte posicionamento: “A norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal”. (REsp 744.032/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/04/2006, DJ 05/06/2006)
- (2) HC 312.486-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9/6/2015, Dje 22/6/2015.
- (3) Artigo 1º, inciso V, da Recomendação 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça: “Recomendar aos Tribunais que: [...] V - estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura, notadamente para apenas aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional, nos termos da Lei n. 7.210/84 (LEP - arts. 17, 28, 31, 36 e 41, incisos II, VI e VII), observando-se os seguintes aspectos: [...]”
- (4) Há iniciativas para estimular doações e formar acervos. Por exemplo, a comarca de Cristalândia, no Tocantins, instituiu um projeto chamado “Doe um Livro”, cuja finalidade é a arrecadação de livros e revistas destinadas à instalação de bibliotecas em cadeias públicas da região, conforme reportagem disponível em: http://www.tjto.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4239:comarca-de-cristalandia-cria-projeto-de-arrecadacao-de-livros-destinados-a-presidios&catid=8&Itemid=123. Acesso em: 08 jan. 2019.
- (5) MELO, Felipe Athayde Lins de. A nova política de remição de pena pela leitura da bíblia. Justificando, 7 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/06/07/a-nova-politica-de-remicao-de-pena-pela-leitura-da-biblia/>. Acesso em: 08 jan. 2019.
- (6) CUNHA, Rogério Sanches. Lei Estadual 16.648/18: disciplina a remição pela leitura nas prisões paulistas. Meu Site Jurídico, 22 de junho de 2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/06/22/lei-estadual-16-64818-disciplina-remicao-pela-leitura-nas-prisoas-paulistas/>. Acesso em: 08 jan. 2019.
- (7) Seguindo tradição jurídica desde a Constituição Federal de 1891, “[n]a Constituição Federal de 1988, tal opção (do Estado laico) encontra sua previsão expressa no já referido art. 19, que veda aos entes da Federação que estabeleçam, subvenção ou embaraço o funcionamento de cultos religiosos ou igrejas”. (In: SARLET, Ingo et al. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 531).
- (8) A Constituição Federal menciona Deus em seu preâmbulo, o que, obviamente, não afasta o caráter não confessional do Estado e nem o identifica com o deus de determinada religião. Contudo, daí já se depreende a tônica constitucional quanto ao tema, definindo assim um Estado que reconhece a divindade e respeita as mais diversas manifestações de fé. Ao longo do texto constitucional, diversos dispositivos confirmam isso: o artigo 226, §2º confere efeitos civis ao casamento religioso; já o artigo 210, §1º assegura o ensino religioso, cuja matrícula será facultativa; por fim, no âmbito tributário, o artigo 150, inciso VI, alínea a garante imunidade aos templos de qualquer culto. (V. SARLET, op. cit., p. 531-532).
- (9) SARLET, op. cit., p. 530-532.
- (10) Vale transcrição de trecho bastante elucidativo do Recurso Especial, destacado

no voto do Ministro Relator: “Por outro lado, é certo que este Tribunal Superior tem admitido ‘a remição da pena pela leitura nos termos da Portaria conjunta n. 276/2012, do Departamento Penitenciário Nacional/MJ e do Conselho da Justiça Federal, bem como da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça’ (AgRg no HC n. 323.766/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 9/10/2015). No entanto, é necessário que ‘o projeto esteja devidamente instalado e que sejam preenchidos os demais requisitos previstos na Recomendação n. 44/13 do Conselho Nacional de Justiça’ (HC n. 317.679/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Ericson Maranhão - Desembargador Convocado do TJ/SP, DJe de 2/2/2016), hipótese não verificada no presente caso, conforme se extrai do seguinte trecho do acórdão recorrido [...]. Logo, ainda que o recorrido tenha realizado a leitura bíblica no seminário religioso, não há que se falar na remição da pena por leitura, visto que a lei traz à necessidade de que o atestado seja elaborado pelo CEEBJA e que seja realizada uma resenha da obra, situações estas que não ocorreram no presente caso [...]”. (AgRg no REsp 1616049/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 07/10/2016).

- (11) Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha observa: “Ainda que possa parecer inusitado, é perfeitamente possível concluir que o legislador estadual levou em consideração o fato de que a Bíblia é o livro mais lido do mundo e tem, na prática, muito maior

influência do que qualquer outro de natureza semelhante, inclusive em iniciativas religiosas em curso nos estabelecimentos prisionais”. (V. CUNHA, op. cit.).

- (12) No Censo 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, constatou-se que 86,8% dos brasileiros declaram-se cristãos, sendo 64,6% professantes da fé católica e outros 22,2% evangélicos. Os dados estão disponíveis em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=2170&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espirtas-sem-religiao&view=noticia>. Acesso em: 08 de jan. 2019.
- (13) CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. Revista do Ministério Público, p.22-24. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18718>. Acesso em: 7 dez. 2018.
- (14) SARLET, op. cit., p. 530-532.

Leonardo Dantas Costa

Bacharel em Direito pela USP. Advogado.

leodantascosta@gmail.com

Lei Anticrime e (in)constitucionalidade do pretenso parágrafo único ao artigo 59 do código penal brasileiro

Lara Ferreira Lorenzoni

Recentemente, o atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, apresentou à sociedade uma proposta de lei que, supostamente, estabelece “medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2019). Entretanto, o apelidado “Pacote Anticrime” contém vários dispositivos de constitucionalidade duvidosa e de questionável consonância com os princípios norteadores da interpretação e aplicação das leis criminais insculpidos no Código Penal Brasileiro, no Código de Processo Penal Brasileiro e na Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Nas presentes linhas, dar-se-á ênfase ao pretenso parágrafo único a ser incluso no artigo 59 da lei penal material, que, atualmente, cuida das circunstâncias judiciais a serem observadas no momento de se avaliar a pena-base (BRASIL, 1984).

A moção seria, pois, no sentido de se acrescentar ao dispositivo subsequente parágrafo que facultaria ao magistrado “[...] fixar período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semiaberto antes da possibilidade de progressão” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

De pronto, a redação proposta deixa muitas dúvidas importantes, a saber: a que juiz se refere o texto? Ao magistrado do processo de conhecimento ou ao do processo de execução? Trata-se de estimar um lapso temporal *a priori* daquele já consagrado na norma penal, portanto, incidindo-lhe antes, ou é um novo íterim, a ser judicialmente estipulado, ignorando-se por completo a regra de um sexto da Lei de Execução Penal? Com que critérios objetivo-normativos aferir-se-ia esse período? São questões de relevantíssima monta, que necessitam urgentemente ser elucidadas.

Fato é que qualquer das hipóteses acima é por demais problemática, para se dizer o mínimo. Hodiernamente, vige no ordenamento jurídico brasileiro o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade, que possibilita ao encarcerado conquistar melhores condições de realizar seu encargo perante o sistema penal – indo do regime fechado ao

semiaberto e, posteriormente, ao aberto (necessariamente nessa ordem, passando por todas as etapas) –, conforme dois principais pressupostos, chamados “requisitos materiais”. São eles: (i) cumprimento de um sexto da pena e (ii) mérito do condenado (leia-se: bom comportamento carcerário).

Segundo o professor **César Roberto Bitencourt** (2018, p. 646), o primeiro consiste no “[...] cumprimento de uma parcela da pena no regime anterior, no Direito vigente, fixado em um sexto, no mínimo”. Isso está expressamente previsto no artigo 112, *caput*, da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). O apenado deve, portanto, passar ao menos um sexto de sua pena total designada no regime inicialmente imposto (fechado ou semiaberto), a fim de que possa ser transferido ao imediatamente mais benéfico. É o que diz a lei.

A partir disso, observe-se o que estatui o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988: “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). O verbete é replicado no dispositivo 1º do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940). É a consagração do chamado *princípio da anterioridade* – uma das manifestações do *princípio da legalidade* (em sentido amplo) –, em que nenhum fato pode ser tido como crime e nenhuma sanção penal pode incidir sem que, previamente, exista uma lei definindo-o como figura típica e, outrossim, cominando-lhe a pena correspondente (BITENCOURT, 2018, p. 53).

Significa dizer que não só a *conduta* deve constar descrita no preceito primário, como ainda a *sanção penal* cabível ao comportamento incriminador precisa encontrar-se disposta no preceito secundário da norma penal. Isso inclui não somente a *espécie* de sanção criminal, mas também a *forma* como ela deve ser executada. Afinal, no paradigma liberal do Estado de Direito herdado do século XIX, não só *o que* o Estado pode fazer na esfera privada dos cidadãos impescinde estar previsto em lei, mas *como* tal interferência é passível de ocorrer, igualmente, necessita de anterior definição legislativa (MELLO, 2008, p. 105).

As espécies sancionatórias cabíveis a cada tipo penal estão devidamente dispostas nas normas penais incriminadoras. Assim, é que, no caso de se “matar alguém”, tem-se a pena abstrata de “reclusão, de seis a vinte anos” (BRASIL, 1940). Logo, o Estado tem, no exercício do *ius puniendi*, enquanto detentor do monopólio da violência legítima, o poder-dever de colocar o corpo do homicida (devidamente processado e julgado) sob sua tutela, encarcerando-o. Entretanto, não pode fazê-lo de qualquer maneira, ou como bem lhe aprouver. O limite diz respeito, também, ao *modus operandi*, isto é, ao *como* realizar essa gestão de corpos no Sistema Penal.

A maneira de se proceder à execução está prevista legalmente em normas penais não incriminadoras, traduzindo-se em diversos dispositivos da Lei de Execução Penal e, em linhas gerais, nos termos da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, sobremaneira no artigo 33, parágrafo segundo, que adotou categoricamente o *sistema progressivo de cumprimento de penas* (BRASIL, 1940). O artigo 112 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) deixa claro que o requisito temporal exigido a que o condenado faça *jus* à progressão é simplesmente a permanência de, no mínimo, *um sexto* da pena concreta no regime inicial fixado pelo magistrado do processo de conhecimento. Tão-somente.

Não se fala, em qualquer norma penal do ordenamento jurídico brasileiro, de um condicionante temporal prévio ou concomitante ao referido íterim, do que se conclui, pela obviedade, e em consonância com os preceitos constitucionais transcritos na Carta Magna Brasileira, que a contagem da progressão se inicia *imediatamente*, ou seja, junto ao cumprimento da pena no regime originalmente apurado. A doutrina e a jurisprudência brasileiras são pacíficas em relação a isso, inexistindo discussões entre os penalistas nesse ponto até o presente.

Sem embargo, ao que tudo indica, o atual Ministro da Justiça pretende, com seu projeto “anticrime”, conferir ao juiz o poder de definir um prazo *preliminar* ao início da contagem da progressão da pena, um lapso inédito, não previsto em lei, de livre escolha do magistrado, ignorando-se solenemente o que ordenam os dispositivos 33 do Código Penal Brasileiro e 112 da Lei de Execução Penal.

Ora, isso seria o reconhecimento de um verdadeiro Estado Policial. Se a *espécie* de pena a ser aplicada e a *forma* de sua aplicação devem constar desde o início em lei, conferir tamanho expediente ao juiz – seja o da sentença penal condenatória, seja o da execução – seria ferir de morte o princípio da legalidade, elementar num Estado Democrático de Direito.

Repita-se: não há, no ordenamento brasileiro, qualquer previsão de período de cumprimento de pena *a priori*, *concomitantemente*, ou *a posteriori*, como condição à contagem para fins de progressão de um regime prisional a outro.

Dessa feita, pergunta-se: com que parâmetros dar-se-ia tal fixação de período mínimo nos regimes fechado e semiaberto? Nesse horizonte, as diretrizes balizadoras do poder punitivo estatal restam ausentes, dado que, como afirmado alhures, inexistente determinação legislativa nesse sentido. Dessa forma, colocar-se-ia nas mãos do magistrado uma espécie de “superpoder” condenatório, inclusive, usurpando-se função do Poder Legislativo, qual seja, a de definir crimes e estatuir penas abstratamente, em desatenção ao princípio da reserva legal, insculpido no artigo 22, inciso I, da Lei Maior (BRASIL, 1988). Significaria a constatação empírica da elucubração de **Lenio Luiz Streck** de que, no Brasil, há tamanho fascínio pelo Direito infraconstitucional, que se chega ao ponto de se “[...] *adaptar*’ a *Constituição às leis ordinárias*” (apud **CARVALHO**, 2010, p. 23).

Desse modo, a prudência jurídica demanda certa atenção e cautela, pois a postura do jurista de fato, comprometida com os direitos e garantias dos cidadãos pressupõe, invariavelmente, a desconfiança do agir dos aparatos punitivos, vista a tendência constante do abuso de poder pelos atores que os constituem (**CARVALHO**, 2010 p. 23).

Conforme explicitado supra, tanto a definição da *espécie* de sanções penais atribuíveis a condutas criminais quanto a estipulação do *modus operandi* de efetivação dessas compõem a tarefa de cominação abstrata de penas, competência absolutamente exclusiva do legislador, jamais pertencendo ao Poder Judiciário na apreciação da norma concreta.

Ademais, a função retributiva da pena, embora subsista, deve ter valor secundário, deixando-se o protagonismo do ato de punir à função preventiva, sobretudo, à *preventiva geral positiva limitadora*, expressando-se num sentido *cerceador* (jamais *ampliador*) ao poder punitivo estatal, enquanto “*afirmação razoável do direito em um Estado constitucional e democrático de Direito*” (**BITENCOURT**, 2018, p. 170).

Enfim, muitas são as nuances que devem ser seriamente debatidas no Projeto de Lei em exame, pois, indubitavelmente, é algo que, se aprovado, trará grande impacto sobre a realidade do Sistema Penal Brasileiro, que já é bastante problemática e necessita de maior taxatividade e clareza em suas leis, com menos obscurantismos e arbítrios, já bastante numerosos.

Isso posto, o acréscimo do texto do parágrafo único ao artigo 59 do Código Penal, constante na proposta legislativa supostamente “anticrime”, revela-se inapropriado, infundado, inconstitucional e contrário aos princípios orientadores historicamente conquistados no tocante a um Direito Penal afeito ao Estado Democrático de Direito. Esse tem compromisso fulcral com os objetivos – em tese – (res)socializador e (re)educador da pena, o que deve pairar acima de qualquer sanha punitivista de “castigos exemplares” por parte do Estado, coisa essa que mais se coaduna ao antigo e abominável – porém latente – sistema de vinganças privadas, do que ao da resolução pública dos conflitos, adotado pela vigente ordem constitucional brasileira.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BRASIL. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. RIO DE JANEIRO, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 22 fev. 2019.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Projeto de Lei Anticrime*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf/view>>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *O ‘pacote anticrime’ de Sergio Moro e o martelo dos feiteiros*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiteiros>>. Acesso em: 2019.

Lara Ferreira Lorenzoni

Mestra em Direito Processual pela UFES. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Professor Damásio de Jesus. Bacharela em Direito pela UFES. lalalorenzoni7@gmail.com

Projeto de Lei Anticrime: entre o punitivismo e o desprezo pelo conhecimento acadêmico

Alexandre Almeida de Arruda e Giovane Santin

Durante a apresentação do projeto denominado “Lei Anticrime” à sociedade brasileira, o ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, deixou evidente o seu desprezo pela academia ao dizer que “Buscamos fazer a lei para produzir efeitos práticos e não para agradar professores de Direito Penal”. Essa declaração demonstra que as propostas anunciadas no projeto se legitimam por aquilo que o ministro representou como magistrado⁽¹⁾ e não pelo que produziu enquanto professor universitário.

Ao se analisar o projeto, salta aos olhos o desprezo pelos resultados e conclusões apresentados pela criminologia, desenvolvida com base no paradigma do controle social, e pela criminologia crítica, as quais nos oferecem mais de cinquenta anos de estudos sobre o funcionamento do sistema penal.

Quanto aos “efeitos práticos” dessa crença na lei penal como instrumento eficaz no controle da criminalidade, também não restam dúvidas de que os números divulgados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do mês de junho de 2014,⁽²⁾ não foram suficientes para convencer o autor do projeto de que a ansiedade punitiva e a produção de dor pelo castigo apenas agravam a situação do sistema prisional brasileiro e as mazelas desse estado de coisas.

Trata-se de um projeto que se legitima pela autoridade e não possui qualquer viés científico acadêmico, razão pela qual sua qualidade técnica é bastante questionável, desde o título, e baseada no empirismo argumentativo e na orientação utilitária meramente operacional.

O eficientismo penal e o populismo punitivo são as orientações ideológicas desse projeto que prioriza a lógica binária da repressão versus prevenção da criminalidade propondo, entre outras reformas, o recrudescimento do sistema de penas e de execução penal e, consequentemente, o aumento do encarceramento – problema central das medidas propostas –, que passa a ser analisado a partir da crítica das funções declaradas da pena e da reincidência.

A violência da pena programada pelo poder constituído e racionalizada pelo saber jurídico tem produzido um verdadeiro genocídio social pelo grande encarceramento e aprisionamento cautelar em massa. As promessas legitimadoras desse sistema punitivo têm sido declaradas no sentido de que este é capaz de proteger bens jurídicos através do combate eficaz à criminalidade ao combinar a retribuição (castigo) e a intimidação (medo), somadas à neutralização e ressocialização, reinserção, reeducação, reabilitação e uma infinidade de “res” buscadas na execução penal.

Historicamente restou demonstrado que as promessas oficialmente declaradas apresentam eficácia meramente simbólica, por não serem cumpridas, ou seja, o efeito da prisão no tocante à prevenção geral é questionável, sendo possível afirmar que a severidade das penas não diminui a quantidade de crimes e o medo do castigo não impede que um delito seja praticado. Quanto à prevenção especial, a criminologia e a sociologia já demonstraram que a neutralização não “combate”, mas “constrói” o criminoso e que a criminalidade e a ressocialização é impossível diante da destruição da personalidade e produção de reincidência.

Diante disso, Vera Regina Pereira de Andrade afirma que o sistema penal funciona com eficácia invertida, sendo que “do

ponto de vista instrumental, é um fracasso, por não conseguir combater a criminalidade; do ponto de vista das funções não declaradas, é um sucesso, porque os índices de criminalização não cessam de se produzir”.⁽³⁾

Embora não seja possível analisar a justificativa ou exposição de motivos do Projeto de Lei Anticrime – uma vez que não se possui –, a crença nas funções declaradas da pena domina as medidas propostas ao prever, entre outras, o endurecimento para o cumprimento das penas como forma de proteção da sociedade, solução para segurança pública, e automaticamente cumprir o pacto mudo que opera o traslado da barbárie para o paraíso.⁽⁴⁾

O discurso sedutor das funções declaradas da pena, somado aos escudos protetores da tolerância zero, da lei e da ordem, leva as pessoas a acreditar que a severidade das leis funciona, o que impede a visibilidade das barbáries cometidas em nossas prisões.

Por outro lado, o projeto também se caracteriza pelo total déficit dialógico – uma vez que elaborado em gabinete –, desprezando não somente as vozes da academia mas também dos operadores do sistema de justiça, ao deixar explícita a contrariedade do reformador ao entendimento jurisprudencial, determinando a fixação do regime inicial fechado para os condenados reincidentes – desprezando o teor da Súmula 269 do STJ⁽⁵⁾, bem como para aqueles que indiquem conduta criminal habitual em flagrante violação ao princípio da presunção de inocência.

A determinação de regime inicial fechado para condenados reincidentes ou que indiquem conduta criminal habitual seria suficiente, por si só, para piorar consideravelmente o estado de coisas do caótico sistema prisional brasileiro, uma vez que as pesquisas indicam que a taxa de reincidência ou de criminosos habituais (que já passaram pelo sistema carcerário, mas não são reincidentes) atinge 70% (setenta por cento)⁽⁶⁾ dos indivíduos.

Mas, não é só.

Parafrazeando Debora Regina Pastana,⁽⁷⁾ imerso na concepção hegemônica de repressão e castigo como caminhos de controle dos desvios causados pela intensificação das mazelas sociais no contexto atual, o atual ministro da Justiça e Segurança Pública age como um novo faxineiro da modernidade; e também propõe medidas para dificultar a soltura de criminosos habituais (reincidentes ou envolvidos na prática habitual, reiterada ou profissional, de infrações penais), determinando ao magistrado denegar a liberdade provisória nesses casos.

A aposta em categorias como reincidência e criminoso habitual além de demonstrar uma consciência voltada para o estreitamento do output e a dilatação do input do sistema, resgata o odioso direito penal do autor – punindo o agente pelo perfil de risco que representa – cuja principal característica é a ruptura com o princípio da legalidade e a deflagração de seus efeitos autoritários.

A utilização de categorias como “criminoso habitual” padece de taxatividade e reforça o desprezo normativo por possibilitar interpretações elásticas e abertas à analogia *in malam partem*, que permitem a proliferação de decisões judiciais com fundamentos morais sobre a personalidade do acusado e o rompimento com o postulado da secularização.

Quanto à reincidência, por sua vez, além de não constituir

conceito satisfatório – o Código Penal apenas indica as condições de sua verificabilidade e quando se operam os efeitos (artigos 63 e 64 do Código Penal) – o projeto não indica se a modalidade genérica é suficiente para determinar o regime inicial fechado ou denegar a liberdade provisória ou se precisa ser a específica para gerar essas consequências.

De qualquer forma, o projeto de lei acrescenta consequências para o cidadão reincidente além das inúmeras já existentes no Direito Penal brasileiro,⁽⁸⁾ e reforça sua incompatibilidade com o modelo garantista de direito, conforme declarado por **Cândido Furtado Maia Neto**: “O instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do Direito Penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um “plus” para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o quantum da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime”.⁽⁹⁾

Por último, depreende-se que a racionalidade repressora do Projeto de Lei Anticrime se (i)legitima pelo discurso da autoridade que, amparado nas promessas da prevenção geral e especial que nunca foram cumpridas, e na utilização de categorias que resgatam o odioso direito penal do autor, oferece mais do mesmo sem qualquer investigação empírica que possibilite projetar seu impacto no âmbito judicial e administrativo.

Nesse aspecto, coadunamos com a proposta de **Salvo de Carvalho** sobre a incorporação na cultura legislativa de *estudos prévios de impacto político-criminal*⁽¹⁰⁾ nos projetos de lei que versam sobre matéria penal, tornando-se imprescindível para aprovação de um projeto pelo Parlamento a exposição de motivos que apresentasse (a) o número estimado de novos processos criminais, (b) o número de novas vagas que seriam necessárias nos estabelecimentos penais e (c) o volume e a origem dos recursos para efetiva implementação da lei.

Na certeza de que resistiremos para que não haja retrocesso naquilo que reconhecemos como conquistas civilizatórias da humanidade é que apresentamos a crítica contributiva ao Projeto de Lei Anticrime proposto pelo ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, restando a expectativa de que o espaço para o debate seja cada vez mais aberto e, portanto, mais democrático ao ouvir mais e excluir menos vozes.

Notas

- (1) Durante os anos de 2005 e 2006, a Associação dos Magistrados Brasileiros realizou uma pesquisa com cerca de 3 mil juizes, que responderam questões relativas, entre outras, à questão política criminal; e constatou-se que “o ambiente extremo de violência que atinge as grandes cidades brasileiras influencia o comportamento da magistratura. A categoria coloca-se como protagonista importante do combate à criminalidade e anseia pela instituição de formas mais poderosas para combatê-la, seja por meio de alterações legislativas ou da instrumentalização de procedimentos que possam ser aplicados no combate ao crime”. A respeito ver: CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 104-105.
- (2) O relatório demonstrou que no ano de 2014 o Brasil empilhava 607.731 presos e presas em 376.669 vagas. No ano de 2016 o número de presos e presas no Brasil aumentou para 726.712, sendo que 40% desse total corresponde a pessoas que ainda não foram julgadas e condenadas. Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf.
- (3) ANDRADE, Vera Pereira Regina de. Qual ativismo para a brasilidade? Política criminal, crise no sistema penal e alternativas à prisão no Brasil. Revista de Estudos Criminais – Ano XIV – n. 59. p. 84-89.
- (4) Cf. ANDRADE, Vera Pereira Regina de. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan. 2012. p. 135.
- (5) É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.
- (6) Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-IPEA - Reincidência criminal no Brasil - Relatório de Pesquisa. p. 12. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatorio_pesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 26 fev. 2019.
- (7) PASTANA, Debora Regina. Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009. p. 151-152.
- (8) Sobre o assunto ver: CARVALHO, Salo. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. São Paulo: Saraiva.
- (9) MAIA NETO, Cândido Furtado. Direitos Humanos do Preso. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 111.
- (10) CARVALHO, Salo. O papel dos atores no sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 259.

Alexandre Almeida de Arruda

Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso – FESMP/MT.

Bacharel em Direito pela UFMT.
Associado ao IBCCRIM. Advogado.
alexandre@jacobsevillela.com.br

Giovane Santin

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Professor da Faculdade de Direito da UFMT.
Coordenador Estadual do IBCCRIM.
Advogado.
giovanesantin@hotmail.com

27

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

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

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhão Bechtluft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami, Erica do Amaral Matos, Isabel Penido de Campos Machado, Surrally Fernandes Youssef e Roberto Portugal de Biazzi.

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

CORPO DE PARECERISTAS DESTA VOLUME:

Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca - Espanha), Christiane Heloisa Kalb (UFSC - Florianópolis/SC), Cristiano de Barros Santos Silva (USP - São Paulo/SP), Décio Franco David (UENP - Curitiba/PR), Guilherme Siqueira Vieira (FATEC - Curitiba/PR), Gustavo Tozzi Coelho (PUCRS - Porto Alegre/RS), Iverson Kech Ferreira (Uninter - Curitiba/PR), Jacqueline do Prado Valles (PUC - São Paulo/SP), Leticia Galan Garducci (UERJ - Rio de Janeiro/RJ), Thais Del Monte Buzato (UNIP - São Paulo/SP), Vanessa de Lima Santiago (UFC - Fortaleza/CE).

CORPO DE PARECERISTAS:

Alvinho 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, Camila Rodrigues Forigo, Cassio Eduardo Zen, Chiavelli Facenda Falavigno, Christiane Heloisa Kalb, Christiano Falk Fragooso, 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, Emilia Mertini 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 Grané Diniz, Guilherme Siqueira Vieira, Gustavo Britta Scandelari, Gustavo Noronha de Ávila, Gustavo Tozzi Coelho, Indaiá Lima Mota, Isabela Albuquerque Mustafa, Iverson Kech Ferreira, Jacqueline do Prado Valles, Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa, Jônica Marques Coura Aragão, Juliana da Silva Regassi, Júlio César Faria Zini, Keity Saboya, Leonardo Costa de Paula, Leticia Galan Garducci, Luana Adriano Araújo, Lucas Minorelli, Lucas Silva Machado, Luis Carlos Valois, Luiz Fernando Kazmierczak, Luiz Francisco Torquato Avolio, Luiz Philippe Ferreira de Oliveira, Marcelo Lemos, Marcio Guedes Berti, Márcio Soares Berclaz, Marco Aurélio Gumieri Valério, Marco Aurélio Moura dos Santos, Maria Gorete Marques de Jesus, Marianna de Queiroz Gomes, Maria Eduarda Azambuja Amaral, Mariana Chies Santiago Santos, Naiara Vitardi Soares Barbério, Octavio Augusto da Silva Orzari, Pablo Rodrigo Alfien, Patrícia Maria da Silva Gomes, Patrick Lemos Cacicado, Paulo Bueno de Azevedo, Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues, Pedro Augusto Simões da Conceição, Plínio Leite Nunes, Rafael Fecury Nogueira, Renan Barboza de Faria, Renata Macedo, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Juozepavicius Gonçalves, Ruiz Ritter, Sara Vieira Antunes, Sérgio Salomão Shecaira, Sarah Merçon-Vargas, Spencer Toth Sydow, Thadeu Augimeri de Goes Lima, Thais Del Monte Buzato, Thaisa Bernhardt Ribeiro, Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Thiago Baldani Gomes De Filippo, Thiago Miranda Minagê, Tiago Vinicius André dos Santos, Tomás Grings Machado, Túlio Felipe Xavier Januário, Vanessa Aparecida de Souza Fontana, Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa,

Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vitor Gonçalves Machado, Vitória Chammass Varela Alves e Yuri Felix.

CORPO DE PESQUISA JURISPRUDENCIAL:

Bruno Maurício, Camila Saldanha Martins, Caroline Bussoloto de Brum, Fábio Suardi D'Elia, Felipe Azenha, Frederico Manso Brusamolín, Jairton Ferraz Júnior, Jonas Augusto de Freitas, Juliana Bertholdi, Kaique Rodrigues de Almeida, Luana Oliveira, Maria Carolina Bisso, Mariana Beda, Milene Maurício, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Roberta Werlang Coelho Beck, Stephan Gomes Mendonça, Verônica Carvalho Rahal, Vivian Peres e Yasmim Lôndero Carniel.

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: midiafazamz@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: 4.180 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

FIQUE DE OLHO

25^o SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

INSCRIÇÕES ABERTAS

- **Data:** 27 a 30 de agosto de 2019
- **Local:** Hotel Tivoli Mofarrej – São Paulo (SP)
- **Site:** www.ibccrim.org.br/seminario25

→ Confira os escritórios patrocinadores do evento em 2019 (até 14/05) →



ALEXANDRE WUNDERLICH | ADVOGADOS

Almeida Castro
Advogados Associados

ANDREKEHDI & RENATO VIEIRA
ADVOGADOS

Ariosvaldo
Campos Pires Advogados

ARRUDA BOTELHO
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Arthur Lavigne
Advogados Associados

AURY LOPES JR. | 25^o
ADVOGADOS
TODA ALEXANDRE E BRASILIA

BADARÓ
advogados

BARANDIER
Advogados Associados

CURY & CURY
sociedade de advogados

Dotti.
ESCRITÓRIO PROFESSOR RENÉ DOTTI
desde 1961

FERNANDO FERNANDES
III ADVOGADOS III

GDJ
Geraldo Prado
CONSULTORIA JURÍDICA



IOKOI
ADVOGADOS

JOYCE ROYSEN ADVOGADOS

KNIPPEL | Advogados
Associados

KLA

MARCOS EBERHARDT
ADVOGADOS ASSOCIADOS

MARIA ELIZABETH QUEIRO E EDUARDO M. ZYNGER
ADVOGADOS

MARONNA, STEIN & MENDES
ADVOGADOS

MATEUS MARQUES
ADVOCACIA CRIMINAL

MAURÍCIO CAMPOS JÚNIOR
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

MUDROVITSCH
advogados

NOGUÉS MOYANO
ADVOGADOS

Rão, Pires & Lago
ADVOGADOS

ADVOCACIA SOBBÉ

TEIXEIRA & KULLMANN
ADVOGADOS

Tofic Simantob | Perez
José Ortiz

Toron, Torihara e Szafir
advogados

TRIGUEIRO FONTES
ADVOGADOS

WT
WILSON TAVARES
ADVOGADOS

ZUBA
ADVOCACIA

REALIZAÇÃO

Saiba como seu escritório pode patrocinar o seminário:
escreva para eventos@ibccrim.org.br

IBCCRIM



| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Um convite a pensar as Ciências Criminais a partir de uma perspectiva de direitos humanos

Isabel Penido de Campos Machado e Surrailly Fernandes Youssef

Nesta edição, o Boletim do IBCCRIM inaugura uma nova proposta de pensar as ciências criminais a partir de parâmetros desenvolvidos pela jurisprudência internacional. A coluna denominada “Cortes internacionais e suas decisões comentadas” buscará trazer uma reflexão sobre como os atores do sistema de justiça e pesquisadores podem repensar sua prática a partir das decisões de tribunais internacionais e estabelecer um espaço para provocação, estudo e a reflexão crítica das/os associadas/os.

A ideia surgiu a partir do diagnóstico de que ainda é escassa a mobilização por parte dos atores do sistema de justiça pela incorporação dos parâmetros desenvolvidos pelos tribunais internacionais de direitos humanos. Sem dúvidas, esse é um campo com potencial para proposição de novas estratégias jurídicas e ampliação da garantia de direitos na seara criminal. De outro lado, observa-se que a menção a alguns precedentes internacionais é muitas vezes desvinculada dos discursos e da interpretação das Cortes Internacionais, o que gera o risco de esvaziar o seu conteúdo.

Nos últimos anos, algumas discussões relevantes travadas pelas Ciências Criminais invocaram tratados de direitos humanos como fundamento jurídico, corroborando esse potencial da jurisprudência internacional de transformar sua prática.

A adoção das audiências de custódia, hoje regulamentadas por Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça,⁽¹⁾ se baseou no art. 7(5) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos,⁽²⁾ que exige a condução imediata da pessoa presa a uma autoridade judicial, como forma de prevenir violências e evitar prisões ilegais.

A inclusão do feminicídio no Código Penal como qualificadora crime de homicídio também é um exemplo, no campo penal, de incorporação de uma discussão inicialmente travada na esfera internacional, principalmente em decorrência das mortes de mulheres na cidade de Juarez, em razão de seu gênero, levando a Corte Interamericana de Direitos Humanos a responsabilizar o Estado Mexicano no Caso Campo Algodoneiro.⁽³⁾ Na América Latina, essa decisão internacional foi catalisadora da tipificação do crime de feminicídio, sendo utilizada como instrumento pelo movimento feminista e de mulheres em sua atuação pela erradicação da violência de gênero.⁽⁴⁾

Do mesmo modo, a discussão sobre a aplicação de alternativas à prisão para mulheres foi permeada pelo compromisso internacional assumido pelo Brasil de implementação das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok).⁽⁵⁾ O *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.64⁽⁶⁾ do Supremo Tribunal Federal, mobiliza em diversas passagens tal instrumento normativo internacional e é um exemplo importante da articulação de parâmetros internacionais sobre justiça criminal e gênero para priorizar solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento feminino.

As decisões internacionais ainda impõem obrigações aos Estados submetidos à jurisdição das Cortes Internacionais no campo da justiça criminal. Exemplo claro é o caso *Favela Nova Brasília vs Brasil*,⁽⁷⁾ no qual a Corte Interamericana determinou que a investigação de violência policial deverá ser feita por um órgão independente e diverso da força

pública envolvida no incidente e que expressões como “Autos de Resistência” devem ser excluídas do Ordenamento Jurídico.

Esses exemplos são indicativos da urgência de se promover uma reflexão séria sobre a aplicação de decisões internacionais no âmbito das ciências criminais. As discussões oriundas do Direito Internacional já não se apresentam como algo distante e inacessível, mas passam a integrar o cotidiano dos operadores do Direito e de pesquisadores.

Do processo de internacionalização dos direitos humanos ao controle de convencionalidade

Se de um lado o Estado é garantidor primário dos direitos humanos, o processo de internacionalização dos direitos humanos propiciado após o final da Segunda Guerra Mundial possibilitou uma proteção complementar, em caso de atuação estatal insuficiente para reparar, prevenir e proteger direitos.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos apresenta diferentes âmbitos de atuação. Ao lado do sistema universal de proteção, representados pelos órgãos criados no berço das Nações Unidas, surgiram sistemas regionais destinados a supervisionar o cumprimento de obrigações internacionais em determinadas regiões, com o escopo de considerar as especificidades e os valores históricos desses povos. As decisões dessas instâncias internacionais oferecem um importante instrumento para responder aos principais desafios enfrentados por países da região.

Em âmbito regional, a adoção da Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem, de 1948, elenca o rol de direitos e materializa a pretensão da OEA de promover e proteger direitos humanos, como também simboliza o nascimento de um sistema regional de proteção interamericano. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), adotada em novembro de 1969 e que celebra sessenta anos em 2019, amplia o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, ao instituir a Corte Interamericana e incorporar a Comissão.

A Comissão Interamericana (CIDH) é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado desde 1959 com o objetivo de promover e proteger os direitos humanos dos Estados membros da OEA. A partir da adoção da CADH, a Comissão foi incorporada e ampliada pelo referido tratado, adquirindo o formato atualmente consolidado. A CIDH é a porta de entrada para o sistema, uma vez que recebe as petições individuais e realiza um filtro inicial de admissibilidade,⁽⁸⁾ contando com um rigoroso procedimento de apreciação para análise de violação a direitos humanos nos casos concretos.

Já a Corte IDH é uma instituição judicial autônoma, com competência para interpretar a Convenção em casos contenciosos e em opiniões consultivas, desde que os Estados tenham ratificado a CADH e aceitado a competência jurisdicional obrigatória da Corte IDH (artigo 62.1, CADH). A Corte IDH ainda é competente para emitir medidas provisórias em casos de urgência, para evitar danos irreparáveis a direitos consagrados pela CADH (art. 63.2, CADH), como já fez em diversos casos brasileiros, a exemplo do Complexo de Curado, da Penitenciária de Urso Branco, entre outros. Como o Brasil ratificou a CADH em 1992 e

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Um convite a pensar as Ciências Criminais a partir de uma perspectiva de direitos humanos

Isabel Penido de Campos Machado e Surrailly Fernandes Youssef 2189

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal 2191

Superior Tribunal de Justiça 2192

Tribunal Regional Federal da 1ª Região 2196

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 2196

se submeteu à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, se uma demanda for admissível, é potencialmente viável a sua submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH. Além disso, as sentenças da Corte Interamericana proferidas em face do Brasil são juridicamente vinculantes ao Estado, sendo que o conteúdo daquelas proferidas em face dos demais países também o são, em face do dever de exercer um “controle de convencionalidade”.

Em sua atividade jurisprudencial, a Corte Interamericana denominou de controle de convencionalidade a obrigação dos Estados de compatibilizar as normativas e políticas internas não apenas com as disposições da Convenção Americana, mas também com a interpretação atribuída pela Corte a esses direitos.

No caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, pela primeira vez restou estabelecido que o Poder Judiciário dos Estados deve ter em conta não apenas o tratado, mas que deve também incorporar a interpretação assentada pela Corte IDH, uma vez que esta é a intérprete última da CADH.⁽⁹⁾ Em *Gomes Lund vs Brasil*, a Corte foi além ao determinar que esse controle de convencionalidade deve ser realizado *ex officio*, pelos juízes e juízas locais,⁽¹⁰⁾ independentemente da alegação das partes.

Já em *Andrade Salmon vs Bolívia*, o conceito se expandiu para estabelecer que o dever de efetuar o controle de convencionalidade é imposto a todas as autoridades do Estado (e não apenas aos juízes). Isso significa que os agentes do Estado têm a obrigação de seguir os tratados de direitos humanos e a sua interpretação tal como consolidada pela jurisprudência da Corte IDH. Tal fato decorre da obrigação imposta pelo art. 2 da CADH, que obriga os Estados, seus órgãos e agentes a adotarem medidas para compatibilizar o Direito interno com as obrigações internacionais assumidas sobre direitos humanos.⁽¹¹⁾ A Corte ainda foi além nesse caso, para, com base no princípio da subsidiariedade no sistema internacional, estabelecer que a responsabilidade internacional do Estado pode ser afastada quando este demonstrar ter incorporado os parâmetros interamericanos por meio do controle de convencionalidade.

Assim, o controle de convencionalidade se irradia para todas as esferas do Estado e exige um comportamento positivo dos mais diversos atores para implementar os critérios estabelecidos pela Corte Interamericana na proteção dos direitos consagrados. É nesse cenário que André de Carvalho Ramos⁽¹²⁾ propõe que os direitos humanos devem ser protegidos por uma dupla garantia. A propósito, o autor compreende o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade internacional como esferas autônomas, motivo pelo qual os tribunais deveriam realizar um duplo controle. A partir dessa teoria, os atos internos devem se conformar não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana.

A mobilização de precedentes internacionais como estratégia jurídica e política

Com a consolidação dos tribunais regionais de Direitos Humanos (Corte Europeia, Corte Interamericana e Corte Africana), as experiências de análise de violações a direitos humanos demonstram que o Sistema de Justiça Criminal é uma fonte frequente de graves violações.

Conhecer os parâmetros interpretativos desenvolvidos por essas cortes é um caminho possível para repensar estratégias jurídicas e políticas que promovam maior proteção do indivíduo não só em face ao Estado, mas também nas relações entre particulares no âmbito do sistema penal.

A leitura dos precedentes internacionais não é uma tarefa fácil.⁽¹³⁾ É importante se apoiar em ferramentas jurídicas para compreender a estrutura e lógica sobre a qual as sentenças da Corte IDH se constroem. A proposta da coluna “Cortes Internacionais e suas decisões comentadas” é fornecer subsídios que tornem mais acessível o contato com as decisões internacionais e, ao mesmo tempo, indicar caminhos possíveis para sua mobilização na prática por parte dos atores que atuam no campo das ciências criminais.

A partir das próximas edições, temas importantes relacionados à justiça criminal presentes na jurisprudência internacional serão objeto de reflexão de pesquisadores/as, atores do sistema de justiça e ativistas de direitos humanos. Pretende-se problematizar parâmetros jurídicos desenvolvidos por Cortes Internacionais para tratar de temas como tortura, proporcionalidade no uso da força, o papel da vítima no processo penal, os critérios para o uso

das prisões cautelares nas Américas, o impacto da prisão nos direitos das mulheres, a expansão dos métodos ocultos de investigação, entre outros. Um enfoque especial será dado ao sistema regional interamericano, diante das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro e da importância de se ampliar a realização do controle de convencionalidade por parte não só dos atores estatais, mas também da sociedade civil.

Por meio deste espaço, busca-se difundir a jurisprudência internacional, com o objetivo de propiciar a sua propagação, incorporação nas argumentações internas e oxigenação de antigos debates, que ainda permanecem muito relevantes. Acreditamos que é possível pensar as ciências criminais a partir de uma perspectiva de direitos humanos e convidamos a todas/os as/os associadas/os a fazer essa reflexão de forma coletiva.

Notas

- (1) CNJ. Resolução 213/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 21 de mai. 2019.
- (2) Corte IDH. Caso *Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 129, 2005; Caso *Cabrera Gacia e Montiel Flores vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 2016, 2010.
- (3) Caso *Gonzalez e outras (“Campo Algodonero”) vs México*. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Série C, n. 205, 2009.
- (4) A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não é apenas marcada pelo estabelecimento de parâmetros de proteção dos direitos humanos das pessoas em contato com a justiça criminal. A interpretação dos direitos da CADH pela Corte é permeada pela obrigação dos Estados em garantir o acesso à justiça e à verdade, inclusive na seara penal, como mecanismo de reparação e proteção dos direitos humanos das vítimas, afastando a prescrição e a coisa julgada em casos de graves violações de direitos humanos, a exemplo dos casos relacionados ao contexto ditatorial latino-americano. Para uma discussão aprofundada, ver LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora CEL, 2018. 210 p. Essa discussão será aprofundada nas próximas edições do Boletim.
- (5) CNJ. *Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok)*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2019.
- (6) STF. *Habeas Corpus* n. 143.641, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, jul. 20/02/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2019.
- (7) Corte IDH. Caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 345, 2018. Ver também: CARVALHO RAMOS, André; MACHADO, Isabel Penido de Campos. Atos de violência pela polícia contra a população civil violam direitos humanos. *Conjur*, 17 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/opiniao-atos-violencia-policia-violam-direitos-humanos>>. Acesso em: 21 mai. 2019.
- (8) Além do sistema de petição individual, a CADH prevê em seu artigo 41 uma série de competências à Comissão Interamericana para promover a observância e a defesa dos direitos humanos, como formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando considerar conveniente, preparar estudos e relatórios, além das possibilidades de visitas *in loco*, conforme prescreve o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 2013.
- (9) Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 154, 2006, par.124
- (10) Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 219, 2010, par. 176
- (11) Corte IDH. Caso *Andrade Salmón Vs. Bolívia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Série C n. 330, par. 93.
- (12) CARVALHO RAMOS, André de. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: O “Diálogo das Cortes” e a Teoria do Duplo Controle. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org). *A jurisprudência e diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 1-40.
- (13) RODRIGUEZ RESCIA, Víctor. *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: guía modelo para su lectura y análisis*. IIDH: San Jose, 2009.

Isabel Penido de Campos Machado
Doutoranda em Direito Internacional pela USP.
Defensora Pública Federal.
Atualmente exerce o mandato de Defensora Pública Interamericana (2016-2019).
isabelpcmachado@gmail.com

Surrailly Fernandes Youssef
Mestranda em Direito Internacional Público pela USP.
Fundadora do projeto Transmissão Direitos Humanos.
surrailly@gmail.com

Supremo Tribunal Federal

1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. Contrário sensu, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP.

(STF – Plenário – ADPF 395 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 14.06.2018 – public. 22.05.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6039**)

“Habeas Corpus”. Importação de sementes de maconha. Pequena quantidade. Material que não possui substâncias psicoativas, notadamente o princípio ativo da “cannabis sativa L.” (tetrahydrocannabinol ou THC). Conduta destituída de tipicidade penal. Doutrina. Precedentes. Ausência de justa causa que impede a legítima instauração de “persecutio criminis”. Necessária extinção do procedimento penal. Pedido deferido.

– A semente de “cannabis sativa L.” não se mostra qualificável como droga, nem constitui matéria-prima ou insumo destinado a seu preparo, pois não possui, em sua composição, o princípio ativo da maconha (tetrahydrocannabinol ou THC), circunstância de que resulta a descaracterização da tipicidade penal da conduta do agente que a importa ou que a tem em seu poder.

– Disso resulta que a mera importação e/ou a simples posse da semente de “cannabis sativa L.” não se qualificam como fatores revestidos de tipicidade penal, essencialmente porque, não contendo as sementes o princípio ativo do tetrahydrocannabinol (THC), não se revelam aptas a produzir dependência física e/ou psíquica, o que as torna inócuas, não constituindo, por isso mesmo, elementos caracterizadores de matéria-prima para a produção de drogas.

(STF – Monocrática – HC 143.890 – rel. **Celso de Mello** – j. 13.05.2019 – public. 15.05.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6040**)

Habeas corpus. 2. Direito à prova e à paridade de armas. 3. Imagens de câmeras de monitoramento em posse de terceiros. Pedido da defesa indeferido pelo Juízo de origem. 4. Relevância e pertinência. 5. Ordem concedida para garantir que as imagens sejam preservadas e levadas aos autos.

(STF – 2.ª T. – HC 166.694 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 12.02.2019 – public. 22.03.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6041**)

Direito processual penal. Agravo regimental. Arresto. Ato de corrupção. Dano moral coletivo. Pena de multa.

1. O Ministério Público possui legitimidade para requerer medidas assecuratórias da reparação de danos causados por atos de corrupção, bem como do pagamento da eventual pena de multa, seja no interesse da Fazenda Pública, seja no interesse da sociedade (CF, arts. 127, I, e 129, caput; CPP, arts. 134 e 142). 2. Para a decretação do arresto, devem ser verificados: (a) a plausibilidade do direito, representada (a.1) por indícios de materialidade e autoria e (a.2) pela estimativa do dano causado pelo delito, do valor das despesas processuais e do montante das penas pecuniárias; e (b) o perigo na demora. 3. A presença de indícios de materialidade e autoria dos crimes de corrupção passiva (art. 317, caput, do CP) e de tentativa de embarço de investigações relacionadas a organização criminosa (art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13) está caracterizada pelo recebimento integral da denúncia oferecida no Inquérito nº 4506 contra os agravantes e outros acusados (minha relatoria para acórdão, Primeira Turma, j. 17.04.2018). 4. Embora exista uma tendência de se reconhecer a possibilidade de danos morais coletivos em decorrência de atos de corrupção, ainda não houve manifestação a respeito por parte do Supremo Tribunal Federal. É prematuro, portanto, arrestar antecipadamente bens dos agravantes para assegurar a reparação dessa espécie de danos. 5. É razoável o valor estimado pelo Ministério Público Federal, de R\$ 1.686.600,00 para cada agravado, para a incidência da medida cautelar, voltada a assegurar o pagamento da eventual pena pecuniária, a ser imposta em caso de condenação. 6. Na execução das penas de multa, na Ação Penal nº 470, boa parte dos condenados procurou furtar-se ao seu pagamento alegando insuficiência de patrimônio. 7. O

perigo na demora é insito às medidas assecuratórias penais, sendo desnecessária a demonstração de atos concretos de dissipação patrimonial pelos acusados. 8. Agravo parcialmente provido. (STF – 1.ª T. – Pet. 7069 Ag.Rg. – rel. **Marco Aurélio** (rel. p/ Acórdão: **Roberto Barroso**) – j. 12.03.2019 – public. 09.05.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6042**)

Penal. Processo penal. Denúncia contra senador da república e demais investigados. Corrupção passiva majorada. Art. 317, §1º, CP. Lavagem de dinheiro majorada. Art. 1º, §4º, da Lei nº 9.613/98. Colaboração premiada. Necessidade de confirmação das declarações por outros elementos de prova. Falta de indícios mínimos que justifiquem o recebimento da denúncia em relação à autoridade com prerrogativa de foro. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia. Art. 6º da Lei nº 8.038/90. Art. 395, III, do CPP. Subsistência de dúvida sobre a suficiência de prova em relação aos demais denunciados. Cisão do julgamento e declínio da causa, com remessa às instâncias ordinárias.

1. Os colaboradores são interessados no reconhecimento da responsabilidade penal dos delatados, por ser o fundamento da sanção premial que receberão – art. 4º da Lei 12.850/13. Exatamente por isso, a lei confere escasso valor probatório ao depoimento dos colaboradores premiados – art. 4º, § 16, da Lei 12.850/13. Suas declarações devem ser reforçadas por outros elementos de prova que as confirmem. 2. No caso, além da palavra dos colaboradores, não há indícios suficientes contra o Senador denunciado. A falta de indícios mínimos que justifiquem o recebimento da denúncia deve ensejar a sua rejeição, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.038/90 e art. 395 do CPP. 3. Em relação aos demais denunciados que não possuem foro

por prerrogativa de função, paira dúvida quanto à suficiência da prova do liame entre os recursos supostamente desviados das construtoras e o alegado esquema de corrupção, razão pela qual o julgamento deve ser cindido, com o declínio dos autos às instâncias ordinárias. 4. Rejeição da denúncia em relação à autoridade com prerrogativa de foro e remessa dos autos às instâncias ordinárias para decisão sobre os demais denunciados.

(STF – 2.ª T. – Inq. 4.005 – rel. **Edson Fachin** – j. 11.12.2018 – public. 21.05.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6043**)

Competência. Homicídio. Exterior. Brasileiro nato. Justiça estadual.

A prática do crime de homicídio por brasileiro nato no exterior não ofende bens, serviços ou interesses da União, sendo da Justiça estadual a competência para processar e julgar.

(STF – 1.ª T. – RE 1175638 Ag.Rg. – rel. **Marco Aurélio** – j. 02.04.2019, public. 26.04.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6044**)

Reclamação. Direito processual penal militar. Aplicabilidade do art. 400, do CPP ao processo penal militar. Interrogatório realizado ao início da instrução em momento anterior à decisão plenária.

(STF – Monocrática – Rcl. 30.799 – rel. **Roberto Barroso** – j. 20.02.2019 – public. 25.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6045**)

Jurisprudência compilada por
Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.

Superior Tribunal de Justiça

2192

Habeas corpus. Livramento condicional. Revogação. Transcurso de considerável lapso temporal. Cumprimento regular das condições pelo apenado. Ordem concedida.

1. Nos termos da Regra 4, das chamadas “Regras de Mandela”, instituídas pelas Nações Unidas, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, pela redução da reincidência e pela punição em razão da prática de crime, também constitui objetivo do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis. 2. Constitui, pois, constrangimento ilegal sanável pelo habeas corpus a revogação de livramento condicional depois de transcorrido mais de 2 anos de sua concessão pelo Juízo das Execuções Criminais, quando inequivocamente demonstrado que o apenado cumpre, com regularidade, as condições impostas para concessão da benesse. 3. Não se pode permanecer insensível à situação daquele que, depois de anos segregado da vida em sociedade, convivendo, por seus graves erros, com as mazelas do confinamento, não apenas apresenta bom comportamento carcerário e condições subjetivas reconhecidas em avaliações social e psicológica, mas, ao deixar provisoriamente os limites impostos pelas grades e enfrentar as barreiras impostas para a superação dos deslizes do passado, efetivamente reencontra sua dignidade no seio de sua família e no emprego lícito, com registro em sua carteira de trabalho, buscando, agora, a retidão em sua conduta. 4. Ordem concedida para, ratificada a liminar, permitir ao paciente que permaneça sob livramento condicional, enquanto cumpridos os requisitos para a concessão da benesse, impostos pelo Juízo das Execuções Criminais.

(STJ – 6.ª T. – HC 360.907 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 12.02.2019 – public. 08.03.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6046**)

Habeas corpus. Impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Violação ao sistema recursal. Não conhecimento.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. O alegado constrangimento ilegal é analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Deficiência de defesa. Nulidade relativa. Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal. Diligência na atuação do advogado constituído pelo réu. Prejuízo não demonstrado. Mácula inexistente.

1. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. No caso dos autos, o conteúdo das contrarrazões ao recurso de apelação apresentadas pelo advogado constituído pelo acusado não é capaz de macular a sua performance, já que na citada peça que reiterou os argumentos suscitados em alegações finais, notadamente a ausência de provas suficientes para a condenação de seu cliente. 5. Não se pode qualificar como defeituoso o trabalho realizado pelo causídico contratado pelo paciente, pois atuou de acordo com a autonomia que lhe foi conferida por ocasião da habilitação ao exercício da advocacia, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei 8.906/1994. 6. Diante de um

insucesso, para o crítico sempre haverá algo a mais que o profissional poderia ter feito ou alegado, circunstância que não redunde, por si só, na caracterização da deficiência de defesa, a qual, conforme salientado, depende da demonstração do prejuízo para o acusado, não verificado na hipótese.

Atipicidade da conduta imputada ao paciente. Atos libidinosos praticados com consentimento das vítimas. Irrelevância. Enquadramento dos adolescentes no conceito de relativamente vulneráveis contido no artigo 218-B do código penal. Punição apenas da terceira pessoa que insere o menor na prostituição ou em outra forma de exploração sexual. Impossibilidade. Responsabilidade penal do agente que pratica ato libidinoso com menor submetido, induzido ou atraído à prostituição ou outra forma de exploração sexual. Inteligência do inciso I do § 2º do aludido dispositivo legal. Coação ilegal não configurada.

1. Nos termos do artigo 218-B do Código Penal, são punidos tanto aquele que capta a vítima, inserindo-a na prostituição ou outra forma de exploração sexual (caput), como também o cliente do menor prostituído ou sexualmente explorado (§ 1º). 2. Na espécie, o paciente, a quem se imputou a exploração sexual dos ofendidos, também figurou como “cliente” dos menores, com eles praticando atos libidinosos, fatos que se enquadram na figura do inciso I do § 2º do artigo 218-B do Estatuto Repressivo. Precedentes. 3. O crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente busca proteger a dignidade sexual do vulnerável, assegurando que possa se desenvolver de forma saudável, e, no momento apropriado, decidir livremente o seu comportamento sexual. 4. Diferentemente do que ocorre nos artigos 217-A, 218 e 218-A do Código Penal, nos quais o legislador presumiu de forma absoluta a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos, no artigo 218-B não basta aferir a idade da vítima, devendo-se averiguar se o menor de 18 (dezoito) anos não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou por outra causa não pode oferecer resistência, o que ocorre, na maioria das vezes, mediante a comprovação de que se entrega à prostituição devido às suas más condições financeiras. Doutrina. 5. No caso dos autos, não há que se falar em atipicidade da conduta sob o argumento de que os adolescentes teriam consentido com a prática dos atos libidinosos, uma vez que a vulnerabilidade dos ofendidos restou devidamente comprovada no acórdão impugnado, tendo a autoridade impetrada registrado que o paciente, aproveitando-se da situação de miserabilidade dos ofendidos, os atraiu a se prostituírem, com eles mantendo relações sexuais mediante pagamento, o que caracteriza o delito do artigo 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Afastamento da continuidade delitiva. Crime que não exige habitualidade para a sua consumação. Aplicação fundamentada da causa de aumento prevista no artigo 71 do estatuto repressivo. Ilegalidade inexistente.

1. O crime previsto no inciso I do § 2º do artigo 218 do Código Penal se consuma independentemente da manutenção de relacionamento sexual habitual entre o ofendido e o agente, o que permite a incidência da causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal. Doutrina. 2. Não se tratando de crime cuja consumação depende da habitualidade, e tendo a autoridade impetrada justificado fundamentadamente a incidência da causa de aumento relativa à continuidade delitiva, o seu afastamento demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via eleita. 3. Habeas corpus não conhecido.

(STJ – 5.ª T. – HC 371.633/SP – rel. **Jorge Mussi** – j. 19.03.2019 – public. 26.03.2019 – Cadastro IBCCRIM 6047)

Habeas corpus. Art. 307 do código de trânsito brasileiro. Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Descumprimento de decisão de natureza penal.

1. Com o desenvolvimento da legislação de trânsito, buscando

resguardar a segurança viária, conter o crescimento no número de acidentes e retirar de circulação motoristas que punham em risco a vida integridade física das demais pessoas, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, antes restrita a mera penalidade de cunho administrativo, passou a ser disciplinada como sanção criminal autônoma, tanto pelo Código Penal - CP, ao defini-la como modalidade de pena restritiva de direitos, como pelo Código de Trânsito Brasileiro - CTB, ao definir penas para o denominados “crimes de trânsito”. 2. Assim, nos termos do art. 292 do CTB, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imputada como espécie de sanção penal, aplicada isolada ou cumulativamente com outras penas. 3. Dada a natureza penal da sanção, somente a decisão lavrada por juízo penal pode ser objeto do descumprimento previsto no tipo do art. 307, caput, do CTB, não estando ali abrangida a hipótese de descumprimento de decisão administrativa, que, por natureza, não tem o efeito de coisa julgada e, por isso, está sujeita à revisão da via judicial. 4. In casu, a conduta de violar decisão administrativa que suspendeu a habilitação para dirigir veículo automotor não configura o crime do artigo 307, caput, do CTB, embora possa constituir outra espécie de infração administrativa, segundo as normas correlatas. 5. Ordem concedida para anular a condenação do paciente e determinar o trancamento do procedimento penal que já se encontra em fase de execução.

(STJ – 6.ª T. – HC 427.472/SP – rel. **Maria Thereza de Assis Moura** – j. 23.08.2018 – public. 12.12.2018 – Cadastro IBCCRIM 6048)

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Segregação fundada na garantia da ordem pública. Risco de reiteração. Expressiva quantidade e variedade de entorpecentes, além de petrechos. Fundamentação idônea. Substituição por prisão domiciliar. Cabimento. Art. 318-a do código de processo penal. Princípios constitucionais da fraternidade e da dignidade da pessoa humana. Prioridade absoluta da criança. Habeas corpus coletivo n. 143.641/SP. Prevalece a aplicação na parte que a lei não regulou – situações excepcioníssimas. Preenchimento dos requisitos positivos e negativos para prisão domiciliar. Cumulação com medidas cautelares alternativas. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ. 3. Na hipótese, foram apreendidos 653g (seiscentos e cinquenta e três gramas) de maconha, 406 g (quatrocentos e seis gramas) de «crack», bem como 35,30g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) de «cocaína», além de balança de precisão e outros materiais atinentes à traficância. Há notícia de que a paciente responde a outra ação penal pela prática do crime de tráfico de drogas e organização criminosa, a indicar a possibilidade de risco de reiteração delitiva. 4. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (art. 317 do Código de Processo Penal). 5. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais. 6. A normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido

outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária. 7. Assim, a separação excepcionalíssima da mãe de seu filho, com a decretação da prisão preventiva, somente pode ocorrer quando violar direitos do menor ou do deficiente, tendo em vista a força normativa da nova lei que regula o tema. 8. No particular, verifica-se que a recorrente, é mãe de três crianças menores de 12 anos – 5 anos 3 anos de idade, além de um terceiro filho, de 8 anos de idade, cuja certidão não fora juntada aos autos. No entanto, o benefício da prisão domiciliar foi negado ao argumento de que a paciente teria declarado “que quem mantém a casa é a sua avó e sua mãe e a criação dos 3 filhos também é feita em conjunto com mãe e avó”, motivação que não demonstra qualquer risco aos direitos das crianças ou perigo à convivência em família, que justifique o indeferimento da prisão domiciliar. - Embora a paciente seja investigada por tráfico, não é reincidente; o fato que deu origem à prisão em exame não ocorreu na residência onde moram os filhos, bem como não envolveu atuação de organização criminosa, tanto que foi denunciada apenas pelo crime de tráfico de drogas. Inexistência de excepcionalidade. - Além disso, a situação dos autos também não se encaixa em nenhuma das exceções legais trazidas pela Lei 13.769/2018, mormente por não se tratar de delito praticado com violência ou grave ameaça, bem como não ter sido praticado contra os descendentes da paciente. 9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva de MARCIANA SILVA DO NASCIMENTO pela prisão domiciliar com aplicação adicional das medidas cautelares previstas nos incisos III e IX, do art. 319 do CPP, sem prejuízo da fixação de outras julgadas adequadas pelo magistrado singular.

(STJ – 5.^a T. – HC 470.549 – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 12.02.2019 – public. 20.02.2019 – Cadastro IBCCRIM 6049)

2194

Habeas corpus. Operação Capitu. Prisão temporária. Organização criminosa. Lavagem e ocultação de bens, dinheiro e valores. Fundamentação inidônea. Ausência de contemporaneidade. Imprescindibilidade às investigações não constatada. Constrangimento ilegal. Art. 580 do CPP. Identidade fático-processual. Aplicabilidade. Habeas corpus concedido.

1. Não é lícita a prisão, preventiva ou temporária, por descumprimento do acordo de colaboração premiada, extraindo-se, por esse motivo, efetiva situação de ilegalidade. Precedentes. 2. Embora se indique grave crime praticado por organização criminosa voltada para a prática de delitos contra a Administração Pública, trata-se de fatos do ano de 2014 e mesmo a indicada ação de limpeza geral de documentos é de 07 de janeiro de 2015, não autorizando a prisão temporária em novembro de 2018 (quase quatro anos após), possuindo atualidade apenas a ocultação ou mentira sobre fatos da colaboração premiada. 3. A imprescindibilidade às investigações, requisito inerente à decretação da prisão temporária, visualizada através da demonstração concreta de risco à apuração em desenvolvimento, não é satisfeita pela omissão de plena colaboração no acordo negociado da delação premial. 4. Verificando-se que a fundamentação para a custódia foi a mesma para os demais investigados, que se encontram na mesma situação fático-processual do paciente, deve ser aplicada a regra do art. 580 do CPP. 5. *Habeas corpus* concedido, para a soltura do paciente, (nome suprimido), com extensão dos efeitos da decisão, nos termos do art. 580 do CPP, para também determinar a soltura de (nomes suprimidos), o que não impede a fixação de medida cautelar diversa da prisão, por decisão fundamentada.

(STJ – 6.^a T. – HC 479.227 – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 12.03.2019 – public. 18.03.2019 – Cadastro IBCCRIM 6050)

Habeas corpus. Impetração contra decisão de relator que indeferiu liminar na origem. Superveniência de julgamento do mérito na corte regional. Acórdão carreado aos autos. Análise do alegado constrangimento. Ausência de justa causa. Hipótese não comprovada de plano. Necessidade de amplo reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade na via eleita. Excesso de prazo para o oferecimento da denúncia. Demora não justificada. Ilegalidade manifesta.

1. É assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar na origem, na esteira do enunciado da Súmula 691/STF, aplicável por analogia, salvo se demonstrada flagrante ilegalidade hábil a permitir a concessão da ordem, de ofício. 2. O Tribunal de origem noticiou o julgamento do mérito do *habeas corpus* originário e o acórdão denegando a ordem foi carreado aos autos. Dessa forma, o alegado constrangimento será analisado, com espeque nos princípios da oficialidade, da instrumentalidade das formas, da economia processual e da efetividade da jurisdição. 3. A análise da justa causa para prosseguimento das investigações pressupõe a liquidez dos fatos, requisito inafastável, pois o exame aprofundado de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, cuja impetração pressupõe ilegalidade ou abuso de poder flagrante a ponto de ser demonstrada de plano, o que não ocorre na espécie. 4. Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, pois variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado, à luz do princípio da razoabilidade. 5. Hipótese em que o inquérito policial, iniciado em 14/12/2015, embora envolva investigação extremamente complexa, encontra-se encerrado desde 9/4/2018. Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal há cerca de um ano e, desde então, sem nenhuma justificativa apresentada neste feito, aguardam inertes análise para oferecimento da denúncia. 6. Caracterizada a ineficiência estatal, impõe-se o trancamento do inquérito policial por excesso de prazo. 7. Ordem concedida para trancar o referido inquérito policial em relação ao paciente.

(STJ – 6.^a T. – HC 480.079 – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 11.04.2019 – public. 21.05.2019 – Cadastro IBCCRIM 6051)

Penal e processo penal. Habeas corpus. 1. Impetração substitutiva do recurso próprio. Não cabimento. 2. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade presente. 3. Art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Procedimento licitatório. Fraude ao caráter competitivo. Ausência de descrição da fraude. Caráter competitivo preservado. Narrativa de fatos posteriores ao contrato. 4. Descrição de irregularidades. Narrativa que não revela, por si só, a prática de crimes. 5. Art. 96, V, da Lei n. 8.666/1993. Fraude na aquisição de bens ou mercadorias. Imputação de fraude para contratação de serviços. Conduta não abrangida. Princípio da taxatividade penal. 6. Art. 1º, III, do DL 201/1967. Desvio de verba pública. Pagamento de contrato superfaturado. Dolo específico não descrito. 7. Elementares dos tipos penais não narradas. Denúncia deficiente. Prejuízo à ampla defesa. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal por inépcia da denúncia.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. O trancamento da ação penal somente é possível na via estreita do *habeas corpus* em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 3. Para configurar o tipo do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, necessário ficar demonstrada a quebra

do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada pelo mero ajuste, combinação ou outro expediente apto a frustrar ou fraudar o procedimento licitatório. Da leitura da denúncia, não se observa em que consistiria eventual fraude perpetrada pelos pacientes, ainda que em concurso, com o objetivo de frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, uma vez que a licitação, na modalidade concorrência pública, efetivamente ocorreu, participando dela 5 concorrentes. Ademais, não se verifica eventual ajuste prévio entre as concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação, constando da inicial acusatória apenas fatos posteriores à contratação, os quais não indicam qualquer irregularidade prévia à própria licitação, mas meras conjecturas, que não podem subsidiar uma imputação penal. 4. Relevante assentar que os tipos penais trazidos na Lei de Licitações não têm a finalidade de criminalizar o mero descumprimento de formalidades, mas sim o descumprimento com a intenção de violar os princípios cardiais da administração pública. Com efeito, “irregularidades pontuais são inerentes à burocracia estatal e não devem, por si só, gerar criminalização de condutas, se não projetam ofensa consistente tipicidade material _ ao bem jurídico tutelado, no caso, ao procedimento licitatório”. (Inq 3962/DF, rel. Min ROSA WEBER, julgamento em 20/2/2018). 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no mesmo sentido de que “o art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços. O tipo penal deveria prever expressamente a conduta de contratação de serviços fraudulentos para que fosse possível a condenação do réu, uma vez que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu” (REsp n. 1.571.527/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 6/10/2016, DJe 25/10/2016). 6. Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que é indispensável estar devidamente descrito o dolo específico de acarretar prejuízo ao erário, para ficar configurado o crime do art. 1º, inciso III, do Decreto-Lei n. 201/1967. Contudo, não há descrição do dolo específico do ex-prefeito nem do secretário de obras de desviar ou aplicar indevidamente rendas ou verbas públicas, mas mera afirmação de superfaturamento e de indícios de favorecimento, os quais nem ao menos são descritos na inicial acusatória. 7. A denúncia, apesar de narrar diversas irregularidades, é deficiente, não descrevendo todos os elementos necessários à responsabilização penal dos pacientes. Com efeito, embora o réu se defenda dos fatos e não da capitulação legal a ele atribuída pelo Ministério Público, mister a adequada compreensão da imputação, com a descrição de todos os elementos do tipo penal, sob pena de a defesa ter que se defender de conduta que nem ao menos preenche adequadamente a tipicidade penal. Anoto que não se está a afirmar que as condutas imputadas são atípicas, mas sim que o Ministério Público não se desincumbiu de narrar todas as elementares dos tipos penais, o que dificulta, sobremaneira, a ampla defesa. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para trancar a Ação Penal n. 0003267-38.2012.4.03.0000, haja vista a inépcia da inicial acusatória, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, em obediência à lei processual. Encontrando-se os demais codenunciados na mesma situação processual dos pacientes, estendo a eles os efeitos da presente decisão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

(STJ – 5.ª T. – HC 485.791/SP – rel. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 07.05.2019 – public. 20.05.2019 – Cadastro IBCCRIM 6052)

Recurso especial. Direito penal. Execução penal. Decreto n. 14.454/2017. Indulto especial do dia das mães. Art. 1º do decreto. Mulheres presas: expressão que engloba as presas em regime aberto. Manutenção da decisão que concedeu o indulto.

1. O *caput* do art. 1º do Decreto n. 14.454/2017 se refere às mulheres presas, nacionais ou estrangeiras, sem acrescentar nenhuma restrição de qualquer ordem. Não se explicitou, no referido artigo, que apenas

seriam agraciadas com o indulto as presas em cumprimento de pena no regime fechado ou semiaberto. 2. Como bem ressaltou o Tribunal de origem, seria ilógico conceder o benefício para presas do regime semiaberto e ao mesmo tempo criar óbices àquelas do regime aberto, tendo em vista que, pelo critério progressivo de cumprimento da pena, esta possui mais méritos para retornar ao convívio social do que aquela. Ademais, estar-se-ia infringindo a regra de que quem pode o mais, pode o menos (raciocínio a *maiori, ad minus*). 3. No mais, sabe-se que o regime aberto se constitui como uma forma de prisão, a mais branda delas, mas, ainda assim, uma forma de prisão. Por sua vez, se na prática, por absoluta ineficiência do Estado em proporcionar estabelecimentos prisionais adequados, o condenado vem a cumprir pena em prisão domiciliar, tais razões não afastam o fato de que se trata de réu condenado à pena privativa de liberdade em regime aberto. 4. Por fim, entendo que essa interpretação da norma também se alinha com o compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok – normativa mais recente da ONU, especialmente direcionada para o tratamento das mulheres presas, devendo ser mantida a decisão que concedeu o indulto à apenada que se encontrava em regime aberto. 5. Recurso especial improvido.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.762.043 – rel. Sebastião Reis Júnior – j. 09.04.2019 – public. 25.04.2019 – Cadastro IBCCRIM 6053)

Processo penal e penal. Recurso em habeas corpus. Furto de energia elétrica mediante fraude praticado por empresa contra concessionária de serviço público. Extinção da punibilidade pelo pagamento do débito antes do recebimento da denúncia. Impossibilidade. Política criminal adotada diversa. Não aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/95. Tarifa ou preço público. Tratamento legislativo diverso. Previsão do instituto do arrendimento posterior. Recurso desprovido.

1. Tem-se por pretensão aplicar o instituto da extinção de punibilidade ao crime de furto de energia elétrica em razão do adimplemento do débito antes do recebimento da denúncia. 2. Este Tribunal já firmou posicionamento no sentido da sua possibilidade. Ocorre que no caso em exame, sob nova análise, se apresentam ao menos três causas impeditivas, quais sejam; a diversa política criminal aplicada aos crimes contra o patrimônio e contra a ordem tributária; a impossibilidade de aplicação analógica do art.

34 da Lei n. 9.249/95 aos crimes contra o patrimônio; e, a tarifa ou preço público tem tratamento legislativo diverso do imposto. 3. O crime de furto de energia elétrica mediante fraude praticado contra concessionária de serviço público situa-se no campo dos delitos patrimoniais. Neste âmbito, o Estado ainda detém tratamento mais rigoroso. O desejo de aplicar as benesses dos crimes tributários ao caso em apreço esbarra na tutela de proteção aos diversos bens jurídicos analisados, pois o delito em comento, além de atingir o patrimônio, ofende a outros bens jurídicos, tais como a saúde pública, considerados, principalmente, o desvalor do resultado e os danos futuros. 4. O papel do Estado nos casos de furto de energia elétrica não deve estar adstrito à intenção arrecadatória da tarifa, deve coibir ou prevenir eventual prejuízo ao próprio abastecimento elétrico do País. Não se pode olvidar que o caso em análise ainda traz uma particularidade, porquanto trata-se de empresa, com condições financeiras de cumprir com suas obrigações comerciais. A extinção da punibilidade neste caso estabeleceria tratamento desigual entre os que podem e os que não podem pagar, privilegiando determinada parcela da sociedade. 5. Nos crimes contra a ordem tributária, o legislador (Leis n. 9.249/95 e n. 10.684/03), ao consagrar a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito, adota política que visa a garantir a higidez do patrimônio público, somente. A sanção penal é invocada pela norma tributária como forma de fortalecer a ideia de cumprimento da obrigação fiscal. 6. Nos crimes patrimoniais existe previsão legal específica de causa de

diminuição da pena para os casos de pagamento da “dívida” antes do recebimento da denúncia. Em tais hipóteses, o Código Penal - CP, em seu art. 16, prevê o instituto do arrependimento posterior, que em nada afeta a pretensão punitiva, apenas constitui causa de diminuição da pena. 7. A jurisprudência se consolidou no sentido de que a natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público, no caso de fornecimento de energia elétrica, prestado por concessionária, é de tarifa ou preço público, não possuindo caráter tributário. Não há como se atribuir o efeito pretendido aos diversos institutos legais, considerando que os dispostos no art. 34 da Lei n. 9.249/95 e no art. 9º da Lei n. 10. 684/03 fazem referência expressa e, por isso, taxativa, aos tributos e contribuições sociais, não

dizendo respeito às tarifas ou preços públicos. 8. Recurso ordinário desprovido.

(STJ – 3.ª S. – RHC 101.299/RS – rel. **Nefi Cordeiro** (rel. p/ Acórdão: **Joel Ilan Paciornik**) – j. 13.03.2019 – public. 04.04.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6054**)

Jurisprudência compilada por

Mariana Beda, Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Estelionato. Recebimento de seguro-desemprego. Trabalho informal (bicos). Dolo não caracterizado. Princípio in dubio pro reo. Não comete o crime de estelionato (art. 173, § 3º, do CP) o agente que, na busca de novo trabalho formal, no período de percepção do benefício do seguro-desemprego, desempenha bicos ou outra atividade laboral episódica, sem vínculo formal com o estabelecimento, como na hipótese de o beneficiado, três ou quatro vezes por semana, lavar pratos e preparar saladas em um restaurante. Unânime.

(TRF1 – 4.ª T. – AP 0000186-84.2012.4.01.3800 – rel. **Olindo Menezes** (rel. convocado: **Saulo José Casali Bahia**) – j. 05.02.2019 – public. 22.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6055**)

Advogado constituído devidamente intimado. Abandono da causa configurado. Inércia na apresentação das alegações finais. Necessidade da prévia intimação do réu para constituir novo patrono. Cerceamento de defesa caracterizado. Prejuízo à defesa configurado. Precedentes.

O acusado tem o direito de se ver processado de acordo com o devido processo legal, consubstanciado, entre outras, na garantia à ampla defesa e ao contraditório previstos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, permitindo-se, assim, o equilíbrio da relação processual e o tratamento isonômico das partes, bem como a própria preservação da imparcialidade do julgador. Uma vez verificada a ausência de defesa técnica a amparar o acusado, por qualquer motivo que se tenha dado, deve-se conceder, primeiramente, prazo para que o réu indique outro profissional de sua confiança, para só então, caso permaneça inerte, nomear-lhe defensor dativo ou enviar os autos à Defensoria Pública. Dessa forma, ainda que apresentadas as alegações finais pela Defensoria Pública da União, tal providência não supre a exigência

de que seja deferida a oportunidade de indicar o réu outro advogado, à sua escolha, para atuar no feito, quando o causídico, até então constituído nos autos, mantenha-se inerte na prática de algum ato processual ou renuncie ao mandato a si outorgado, estando evidente o prejuízo pelo cerceamento de defesa, não podendo um processo criminal ter prosseguimento sem a presença da defesa técnica. Unânime.

(TRF1 – 3.ª T. – AP 0006539-03.2009.4.01.4300 – rel. **Mônica Sifuentes** – j. 16.04.2019 – public. 03.05.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6056**)

Contrabando de cigarros. Princípio da insignificância. Incidência. Valor irrisório. Excepcionalidade da hipótese. O princípio da insignificância não deve ser aplicado ao contrabando de cigarros. Entretanto em tudo cabe a distinção. Há uma medida em todas as coisas. Hipótese em que, bem-feitas as contas dos fatos e das finalidades do Direito Penal, não faz sentido manter uma condenação por contrabando de cigarros com valor irrisório. A excepcionalidade do caso aconselha a aplicação do referido princípio. Unânime.

(TRF1 – 4.ª T. – AP 0062097-63.2013.4.01.3800 – rel. **Olindo Menezes** (rel. convocado: **Saulo José Casali Bahia**) – j. 05.02.2019 – public. 22.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6057**)

Jurisprudência compilada por

Kaique Rodrigues de Almeida e Renato Silvestre Marinho.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Habeas corpus. Paciente denunciado pela prática dos crimes previstos no art. 33 e 35, cada um C/C art. 40, V, todos da Lei 11343/06. Pleito de relaxamento de prisão, ao argumento de incompetência do juiz custodiante para decretá-la, na medida em que sua atuação contrariaria os limites fixados pela resolução TJRJ/OE nº 29, de 11 de setembro de 2015. Aduz que referido ato normativo indica a possibilidade de conversão, sem menção à possibilidade de decretação da medida cautelar. Acolhimento. Juiz custodiante que relaxou a prisão em flagrante, em razão do retardamento na realização da audiência de custódia e, posteriormente, decretou a prisão preventiva, substituindo-a, em seguida, por prisão domiciliar com fulcro no art. 318, V do CPP. Ao relaxar a prisão em flagrante, não é cabível a discussão sobre eventual cabimento

ou não de medida cautelar. Cabe tão somente a restituição do *status* de liberdade ao indivíduo que teve suas garantias constitucionais violadas e judicialmente reconhecidas. Hiperatividade judicial que afronta o princípio da inércia, invadindo competência do juiz natural. Constrangimento ilegal verificado. Procedência do pedido.

(TJRJ – 6.ª Câmara. Crim. – HC 065834-18.2018.8.19.0000 – rel. **Fernando Antonio de Almeida** – j. 26.03.2019 – public. 30.04.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6058**)

Jurisprudência compilada por

Roberto Portugal de Biazzi.