

EDITORIAL

Audiências de custódia e o superencarceramento como opção político-criminal deliberada

As audiências de custódia foram instituídas em 2014 no Brasil, como um projeto piloto impulsionado pelo Conselho Nacional de Justiça, que editou resolução visando adequar as práticas judiciais brasileiras ao Pacto de San Jose de Costa Rica, já cumprido pelos demais países da América Latina. Trata-se de apresentar a um magistrado uma pessoa presa em flagrante tão logo possível para que sejam analisadas a adequação e a necessidade da prisão provisória, assim como analisar as circunstâncias da prisão e a integridade física dos custodiados, objetivando coibir a tortura e os maus tratos. Apesar da resistência de determinados grupos de interesse, inclusive e especialmente nas carreiras jurídicas, as Audiências de Custódia se tornaram realidade em quase todo o país.

E por que precisamos de Audiências de Custódia?

Porque o Brasil teve um crescimento vertiginoso do encarceramento nos últimos 15 anos, chegando a quintuplicar o número de pessoas encarceradas. Aproximadamente 40% das pessoas encarceradas ainda não foram julgadas, sendo que, em alguns Estados, o número supera 70%. Em São Paulo, Estado que custodia um terço dos encarcerados do país, o número de presos provisórios se mantém próximo a 30%.

Precisamos de Audiências de Custódia porque, segundo os dados nacionais de pesquisa recém-divulgada pelo CNJ, em pouco mais de 2 anos de existência, **mais de 11 mil pessoas denunciaram ter sofrido maus tratos no momento da prisão**. Esse número representa 4% das audiências realizadas, mas sabe-se que ele é subestimado, uma vez que, na amostra colhida diretamente pelos pesquisadores, o número de pessoas que fez relatos de agressão policial chegou a 22%.⁽¹⁾ Uma pesquisa⁽²⁾ da Conectas Direitos Humanos constatou que o ambiente nas audiências não é favorável à denúncia da tortura e, portanto, o número de relatos registrados é menor que o real.

Num momento histórico de destituição de garantias individuais no processo penal, fazer refluir a efetividade das Audiências de Custódia não apenas denuncia o caráter autoritário da justiça penal no Brasil hoje, como escancara a aposta no encarceramento como deliberada e irresponsável opção político-criminal.

No início de 2018, o Conselho Superior da Magistratura paulista substituiu o Juiz-Corregedor do **DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais)** e toda

a equipe de magistrados e magistradas que atuavam nas Audiências de Custódia da Capital paulista. A substituição, de uma só vez, é algo inédito na história recente e parece ser um indicador de que as audiências de custódia na cidade de São Paulo devem sofrer uma mudança de rumo, na direção de uma perspectiva mais dura e punitivista do Judiciário.

Não se cogita que a equipe anterior de magistrados e magistradas fosse excessivamente liberal, na medida em que, malgrado a queda expressiva do número de prisões, a proporção de prisões preventivas decretadas nos últimos dois anos nas audiências de custódia da capital girou em torno de **50%**. Em âmbito nacional, a taxa de liberdade provisória estava em torno de **45%** do total de Audiências realizadas, o que revela que o *standard* nacional é o uso abusivo da prisão cautelar. A pesquisa do **CNJ** ainda demonstra que, ao contrário da propaganda ideológica promovida em meios de comunicação que exaltam a violação aos direitos humanos e propala um discurso favorável à brutalidade policial, as Audiências de Custódia, via de regra, não redundaram na soltura de pessoas presas em flagrante acusadas de delitos considerados graves e violentos.

Depois das mudanças implementadas pela recém-eleita cúpula da Magistratura paulista, uma notícia jornalística⁽³⁾ veiculou que, no primeiro dia de atuação da nova equipe, cerca de **90%** das Audiências de Custódia tiveram como resultado o encaminhamento do atuado à prisão. Uma nota da Associação Paulista do Ministério Público⁽⁴⁾ questiona a veracidade do dado, mas aponta uma taxa de **66%** de conversões da prisão em liberdade, o que ainda é preocupante (e não inclui as fianças não pagas). Dados preliminares da Secretaria de Administração Penitenciária apontam que, nos primeiros dias de atuação da nova equipe, a taxa de pessoas que foram encaminhadas à prisão (seja pela decretação de prisão preventiva, seja pela fixação de fiança não adimplida) girou em torno de **79%**. Nos primeiros fins de semana do ano, na capital paulista, quando os magistrados atuam em esquema de plantão em substituição à equipe do DIPO, o índice de prisões ficou em torno de **55%**. Isso demonstra, ao menos de forma indiciária, que os magistrados escolhidos para o referido departamento são bem mais rigorosos que a média dos juízes da capital.

Duas questões gravíssimas tornaram-se evidentes neste momento.

A primeira delas é a fragilidade institucional da magistratura nos cargos diretamente ligados à

| Caderno de Doutrina

| RESENHAS ACADÊMICAS

A indústria do controle do crime
Guilherme Lopes Barbosa _____ 2

Conjuntura da política criminal no legislativo e os nossos desafios para 2018
Carolina Toledo Diniz,
Gabriel Santos Elias e
Luiz Guilherme Mendes de Paiva _____ 6

Drogas de desenho: novas fronteiras para o conceito de legalidade
Cláudio do Prado Amaral,
Maria Paula Bertran,
Aline Thaís Bruni,
Bruno Spinosa De Martinis,
Daniel Junqueira Dorta e
Marcelo Firmino de Oliveira _____ 7

Sobre a proposta alternativa de parte geral do Código Penal: uma contraproposta para a redação do art. 181
Eduardo Viana _____ 9

Lei 13.546/17: fim do dolo eventual nos crimes de trânsito?
Rafael Francisco Marcondes de Moraes e
Osvaldo Evangelista Júnior _____ 11

Código de ética da advocacia na justiça criminal negocial: proposta de regras deontológicas para integridade defensiva na colaboração premiada
Vinicius Gomes de Vasconcellos e
Matheus Herren Falivene de Sousa _____ 13

A colaboração premiada e o “novo(?)” Processo Penal: há lugar para a imparcialidade do julgador e a presunção de inocência do delatado, em futuro processo?
Ana Carolina Filippon Stein _____ 15

Capitalismo e violência jurídica: ampliando a sociologia do direito marxista
Guilherme Leite Gonçalves _____ 16

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça _____ 2085
Tribunal de Justiça de
Santa Catarina _____ 2087

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2088
Superior Tribunal de Justiça _____ 2089
Tribunais de Justiça _____ 2091

gestão do encarceramento, em especial nas portas de entrada e saída do sistema prisional, tornando evidente a existência de decisões políticas deliberadamente punitivistas. Juízes e juízas das Audiências de custódia e das Varas de Execuções Criminais em São Paulo não ostentam as garantias constitucionais do juiz natural – em especial a inamovibilidade –, restando comprometida a independência jurisdicional.

A segunda é que a decisão político-crime por aumentar o fluxo de ingressantes nos presídios paulistas acontece no momento em que a violência recrudescer nas disputas entre as facções criminais que possuem hegemonia na gestão da vida no interior do cárcere.⁽⁵⁾ Não há dúvida de que aumentar o número de ingressantes nos presídios neste momento significa intensificar as condições de recrutamento das facções. Incrementar o encarceramento hoje é jogar munição na guerra que se anuncia entre os grupos criminais organizados a partir das prisões. É uma irresponsabilidade brutal, que cobrará seu preço em vidas sacrificadas.

RESENHAS ACADÊMICAS

A indústria do controle do crime

Guilherme Lopes Barbosa

1. Introdução

A obra *A indústria do controle do crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental*, foi escrita pelo Sociólogo e Criminólogo norueguês **Nils Christie** (1928 – 2015) e publicada, pela primeira vez, em 1993, na Noruega. O aludido autor, que se autointitulava um “abolicionista minimalista”⁽¹⁾, defendia a concepção de que o crime não existe, mas, sim, é criado.

Partindo-se dessa premissa, visualiza-se a possibilidade de se travar guerra contra todo e qualquer comportamento indesejado, a partir de sua criminalização, o que culmina em um quadro no qual o crime desponta como fenômeno de massa, assim como o encarceramento, consequentemente.

Todavia, dados e números angariados por diversos estudos⁽²⁾ elucidam que o número de pessoas presas não pode ser explicado pelo número de delitos cometidos em uma dada sociedade. Ainda, a taxa de encarceramento varia consideravelmente entre os países altamente industrializados, o que implica o surgimento imediato de duas questões: por que existem sociedades que fazem uso tão limitado do encarceramento? E por que encontramos sociedades, nesse mesmo grupo de nações industrializadas, que têm mais de dez vezes o número de presos que as outras?

Partindo de tal análise, **Christie** demonstra a existência, em específicos países, de uma indústria de controle do crime, desvendando, ainda, seu funcionamento e os interesses a que atende.

Nesse cenário, o presente artigo busca esmiuçar e elucidar as ideias de **Nils Christie** acerca de tal indústria, as quais, dada sua atualidade, aplicam-se, também, à realidade do Brasil, cuja população carcerária, composta por 726.712⁽³⁾ pessoas, já é a terceira maior do mundo (com os Estados Unidos na liderança e a China em segundo lugar) e permanece em franca expansão.

Indubitável, portanto, que a obra em tela é de crucial importância aos estudos da Criminologia, na medida em que a correta compreensão do fenômeno prisional demanda, necessariamente, uma análise que não perca de vista o horizonte político-econômico e as específicas relações sociais estabelecidas nas sociedades capitalistas.

Notas

- (1) BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: Obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. *Sumário Executivo*, 2018. Coleção Justiça Pesquisa, Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf>>.
- (2) CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Tortura blindada: como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. 2017. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>.
- (3) RACY, Sonia. Direto da fonte. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 10 jan. 2018. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/blogs/direto-da-fonte/com-a-nova-juiza-corregedora-no-dipo-idade-de-prisoes-supera-90/>>.
- (4) Nota de Apoio da Associação Paulista do Ministério Público, 13 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.apmp.com.br/noticias/nota-de-apoio/>>.
- (5) Especial: Periferias de São Paulo vivem nova onda de terror com guerra entre facções. *Revista Fórum*, 12 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/2018/01/12/especial-periferias-de-sao-paulo-vivem-nova-onda-de-terror-com-guerra-entre-faccoes/>>.

Ademais, ao cotejar a realidade de nações adeptas da indústria do controle do crime com a da Noruega, seu país natal, **Nils Christie** abre uma nova perspectiva para o trato da questão criminal, sublinhando a importância da busca de formas alternativas à prisão para a solução de conflitos e destronando discursos falaciosos escorados no aprisionamento como ferramenta apta a solucionar problemas de cunho nitidamente social.

2. Por que uma indústria de controle do crime?

Sociedades ocidentais contemporâneas padecem da má distribuição do trabalho assalariado e da riqueza e, em um quadro tal, surge uma indústria de controle do crime, que, na busca de enfrentar tais questões, oferece empregos, lucro e, ainda, uma ferramenta de controle sobre um grupo específico de pessoas, potenciais causadores de problemas ao processo social.

Tal indústria se mostra, ademais, mais vantajosa do que a indústria convencional. Eis que, no cárcere, há uma fonte inesgotável de matéria prima e uma demanda ilimitada, de tal sorte que, por meio das prisões, oferece-se “limpar” ao invés de poluir.

Assim, aos olhos da sociedade, não há limites para o gasto com segurança, aplicando-se, então, a lógica expansiva industrial, de modo que essa específica indústria encontra pouquíssimos inimigos naturais aptos a lhe oferecer concorrência.

Em uma sociedade como a nossa, considerado seu estágio atual, em que há um acentuado individualismo e um marcante distanciamento entre as pessoas, com agudo perecimento dos laços comunitários, o controle social informal, exercido por igrejas, escolas, associações de bairro, clubes etc., mostra-se enfraquecido, dando lugar ao controle social formal, exercido pela polícia e pelo sistema de justiça criminal⁽⁴⁾.

Se o crime, conforme já mencionado alhures, é criado, a distância entre os indivíduos aumenta a tendência de atribuir a certos atos o significado de crimes, e a certas pessoas o simples atributo de criminosas.

Em outros ambientes, e a vida familiar é apenas um de muitos exemplos, as condições sociais são tais que criam resistências a identificar os atos como crimes e as pessoas como criminosas. É dizer: a

aproximação dos indivíduos em comunidade permite que estes conheçam uns aos outros, havendo, destarte, maior compreensão quanto à prática de determinadas condutas e seus motivos.

Nesse contexto, sob a crença na existência de uma guerra e adaptação constante através da lei, o crime desponta como fenômeno de massa, em que se observa um encarceramento igualmente massivo e expansivo. Em tal terreno, alguns países altamente industrializados, notadamente os Estados Unidos, transformaram o sistema de justiça criminal em uma ferramenta capaz de ofertar controle sobre um grupo específico de pessoas e de gerar lucro - a indústria de controle do crime. O lucro a partir da distribuição intencional de dor.

Nils Christie, ao apontar, na obra em análise, a existência de uma indústria de controle do crime, vale-se do subtítulo *A caminho dos Gulags em estilo ocidental*. Como é sabido, os Gulags eram campos de trabalhos forçados existentes na antiga União Soviética, aos quais eram enviados criminosos e presos políticos opositores do Regime, consistindo em símbolo da repressão implementada pela ditadura stalinista, na qual alcançaram seu auge.

Nessa esteira, o notório criminólogo norueguês compara o uso do sistema prisional enquanto indústria aos Gulags, tecendo a ressalva, todavia, de que os Gulags de tipo ocidental não irão exterminar as pessoas, mas têm a possibilidade de afastar da vida social, durante a maioria de suas vidas, um grande segmento de potenciais causadores de problemas.

Dados recentes mostram que empresas privadas, ligadas ao sistema de justiça criminal dos Estados Unidos, as quais fornecem desde a construção e gestão de presídios até escolta e monitoramento, auferiram lucro, no ano de 2015, na monta de 222 milhões de dólares⁽⁵⁾, destacando-se, entre tais empresas, a CCA e o Geo Group Inc.

Destarte, a indústria do controle do crime, a despeito da crise econômica que atingiu os Estados Unidos no ano de 2008, continua despontando, ao que tudo indica, como um bom e lucrativo negócio naquele país.

Entretanto, não são todos os países altamente industrializados que implementaram o sistema de lucro oriundo da punição, como ocorre na experiência dos Estados Unidos.

Da análise e interpretação dos dados coletados à época em que escreveu sua obra, **Christie** conclui que o número de presos não pode ser explicado pelo número de delitos cometidos em determinada sociedade⁽⁶⁾. Se é assim, as diferenças observadas no uso que os países altamente industrializados fazem do cárcere e do sistema de justiça criminal como um todo nos conduzem a uma única conclusão: a punição e a forma como se pune (quantitativa e qualitativamente) são escolhas feitas por cada nação, escolhas estas, inevitavelmente, políticas.

3. Uma escolha in(viável)

A Noruega, país de origem de **Nils Christie**, possui um número baixo e relativamente estável de presos por habitantes. No que toca àquele país, chama especial atenção a forma como é gerido o sistema criminal e utilizado o encarceramento.

Em primeiro lugar, há uma fila de pessoas aguardando o cumprimento de pena, ou seja, pessoas condenadas pelo sistema de justiça criminal norueguês que estão em uma lista de espera para irem à prisão.

A despeito da existência de pressões internas e internacionais contra esse sistema, as quais buscam acentuar o uso do encarceramento, há fatores que ainda garantem a sua manutenção.

Dentre tais fatores, destacam-se a existência de celas majoritariamente individuais (há pouquíssimas celas coletivas, portanto) e a grande resistência dos guardas penitenciários, fortemente sindicalizados, à colocação de dois presos em cada cela, o que tenderia a provocar a superlotação e uma consequente precarização prisional, bem como de

suas condições de trabalho.

Ademais, as pessoas, na Noruega, não são enviadas ao cárcere para que a sociedade seja protegida de sua presença, o que contribui para a quebra do estigma atribuído ao interno, que não é visto como uma pessoa perigosa a ser isolada do convívio social.

Some-se a isto, ainda, a decisiva atuação do KROM (que pode ser traduzido livremente como “Associação Norueguesa de Reforma Penal”), composto por pesquisadores, professores, advogados, ex-prisioneiros e, também, presos em cumprimento de pena.

Acerca deste particular, **Nils Christie** narra a existência do “debate das montanhas”, o qual ocorre todo ano, após o Natal, em algum lugar escolhido nas montanhas norueguesas. Esse debate envolve operadores oficiais do sistema prisional (agentes penitenciários, diretores de penitenciárias, agentes de probation, policiais, juízes), políticos membros da Storting (Assembleia Legislativa), políticos membros da oposição liberal, representantes da mídia e, também, os próprios presos. Ainda, ocorre tal debate, também, nas Universidades e no âmbito do Conselho Escandinavo de Pesquisa em Criminologia.

O efeito geral de todas essas reuniões é, através do debate travado entre diversos setores da sociedade, o estabelecimento de uma espécie de conjunto de normas mínimas para o que possa ser considerada uma punição decente. O processo de identificação cria normas gerais válidas para todos e funciona, assim, como uma prevenção para medidas mais extremadas, eis que as pessoas passam a enxergar o outro e a se colocarem no lugar dele.

No entanto, como afirmado, este equilíbrio é delicado; há fortes pressões internas e, sobretudo, internacionais, para que seja abandonado tal modelo. **Nils Christie** cita, quanto a este ponto específico, o exemplo da Holanda, onde houve uma mudança na tradição de tolerância a partir da pressão internacional com relação a sua política de drogas.

Com a crescente interferência midiática e de setores externos (compostos por pessoas não especialistas) na política criminal, observou-se uma redução dos benefícios sociais e o esvaziamento dos institutos e cursos de Criminologia. Neste quadro, a Holanda passou a apresentar um contínuo crescimento de sua população prisional.

Pode-se concluir, assim, que o declínio do Estado de bem-estar social, a internacionalização das pressões acerca de criminalização e encarceramento e a penetração da ideologia empresarial na administração do Estado são fatores que contribuem, diretamente, para o crescimento da população carcerária mundial.

Em tal contexto, o desemprego desponta como uma falha organizacional: não há falta de trabalho, mas, sim, falta de trabalho assalariado. Com o excedente populacional, surgem os desempregados, desprovidos de trabalho assalariado formal e, conseqüentemente, do status de cidadania atrelado ao emprego, na medida em que há uma moral oficial de dedicação ao trabalho⁽⁷⁾.

Tais pessoas, assim, passam a ser vistas como potenciais criadoras de problemas e, nada possuindo, nada têm a perder, tornando-se o que **Nils Christie** denomina como “acionistas do nada”.

O autor norueguês aponta que, nesse cenário, a guerra às drogas surge como alternativa ao controle das classes vistas como perigosas e como meio de encarcerar uma grande parcela da população improdutiva. Disso decorreu o surgimento de penas mais severas e um progressivo aumento da repressão estatal nos casos envolvendo drogas.

Os Estados Unidos passam a ser a grande referência para o mundo, inclusive sobre a gestão carcerária, observando-se a forte influência da Criminologia estadunidense sobre os demais países industrializados do globo.

Existem, atualmente, 2,21 milhões de presos nos Estados Unidos⁽⁸⁾, fruto do crescimento exponencial da população carcerária daquele país a partir dos anos 60 do século XX, o que demanda uma intensa construção de unidades prisionais.

A explicação fornecida pelos americanos é que o aumento do número de crimes levou a um crescimento da população carcerária, advindo de uma reação da sociedade à ampliação da violência. Contudo, conforme já apontado, tal correlação não é verdadeira.

Entre 1973 e 1990, nos Estados Unidos, o número de vítimas de crime e a ocorrência de crimes violentos foram reduzidos. No entanto, a severidade das penas aumentou, gerando um aumento do número de presos, mesmo com a redução no número de crimes.

Ademais, cerca de 15% das pessoas presas estão nas penitenciárias não pelo cometimento de crimes, mas por violação das condições impostas em sua liberdade condicional (*probation*), muitas delas por terem sido pegas em exames de rotina para aferição do uso de drogas.

Os Estados Unidos, segundo **Nils Christie**, possuem duas grandes tradições: a da privatização e a da escravidão. A privatização dos sistemas carcerários indica que o tamanho da população carcerária deixa de ser determinado pela criminalidade, mas sim pela necessidade de tornar o crime financeiramente compensador para o governo e as empresas privadas⁽⁹⁾. Lado outro, a reminiscência da escravidão leva a maior encarceramento da população negra, eis que cerca de 25% da população negra masculina, entre 18 e 30 anos, encontra-se presa ou sob “*probation*” nos Estados Unidos.

Nesse quadro, as prisões, públicas e privadas, despontam como um grande e lucrativo negócio, que engloba desde a construção e gestão de prisões, arquitetura prisional, assistência médica e fornecimento de alimentação a presos, até tomazeleiras eletrônicas, testes para detecção de drogas no organismo e detectores de mentira.

A American Correctional Association, associação surgida em 1870 com o intuito de defender a causa da efetividade correcional, passa a inserir, de forma intercalada em sua publicação oficial, denominada *Corrections Today*, diversos anúncios publicitários relativos a produtos e serviços ligados à indústria carcerária.

Além disso, a população carcerária se torna a matéria-prima do próprio complexo industrial, que a tinha tornado supérflua fora dos muros, ao que se observa uma grande expansão da indústria ligada às prisões. Nessa linha, a mão de obra dos presos passa a ser utilizada pela própria indústria, eis que presos trabalham por salários muito menores que os dos empregados livres, além de não serem sindicalizados e estarem sempre disponíveis.

As prisões privadas possuem maior potencial de lucro, de tal sorte que tem início um processo de privatização de estabelecimentos prisionais e instituições juvenis. A partir da lógica empresarial privada, há sempre uma busca pelo aumento de lucros e pela expansão, da qual advém pressão para intensificação do encarceramento e maiores gastos com segurança.

Conforme já abordado, a criminalidade é uma fonte ilimitada de recursos e a escolha pelo encarceramento é política, de modo que, com a privatização, surge pressão do estímulo financeiro para a expansão do sistema.

A prisão, assim, “soluciona” diversos problemas do sistema capitalista e do Estado de bem-estar, pois reduz a necessidade de auxílio-desemprego e demais direitos, controla diretamente parte da população e cria uma nova função para a indústria de segurança.

4. A industrialização da (in)justiça

No cenário até aqui exposto, os tribunais estadunidenses passaram a sofrer com dois problemas principais, geradores do chamado gargalo da indústria que havia se tornado o sistema carcerário: a morosidade natural e inerente ao sistema de justiça, que parece incapaz de se adaptar completamente às novas tecnologias, e a disparidade entre sentenças proferidas por juízes de locais distintos do país, o que, por sua vez, dava origem a um maior número de recursos⁽¹⁰⁾ a serem julgados pelos Tribunais de Apelação⁽¹¹⁾.

Salta aos olhos que o problema da prolação de decisões díspares não era a propagação de injustas, nem mesmo a ausência de segurança jurídica daí decorrente, mas, sim, a ausência de uniformidade das decisões judiciais como fator gerador de mais trabalho para os tribunais e, conseqüentemente, diminuidor da produtividade da indústria.

A solução encontrada para essas questões foi a criação, em 1984, da Comissão de Sentenças dos Estados Unidos, órgão pertencente ao Poder Judiciário e que tem como objetivo principal o estabelecimento de políticas e práticas de determinação das penas para o sistema de justiça criminal federal⁽¹²⁾.

Como um dos principais resultados da Comissão de Sentença, aponta-se a chamada Tabela de Sentenças, que é tida por **Nils Christie** como um verdadeiro manual de decisão sobre a dor, capaz de ser lido e aplicado por toda e qualquer pessoa devidamente instruída⁽¹³⁾. Trata-se de uma tabela criada com base em critérios objetivos, que tem a finalidade de possibilitar a prolação de decisões rápidas e uniformes, a serem tomadas a partir de um estabelecimento igualmente objetivo da “gravidade” do delito sob julgamento.

Contudo, a deliberada exclusão de fatores pessoais e sociais atinentes ao indivíduo que está sendo julgado proporciona a aplicação de uma “justiça” rápida, fria e impessoal, ou seja, uma eficiente máquina de prolação de sentenças condenatórias, que passam a incidir não mais sobre pessoas, mas, sim, sobre números, dados e tabelas.

Outro mecanismo que se insere nessa tentativa de solução para os gargalos da indústria é o chamado *plea bargaining*, ou seja, a colaboração do réu no seu próprio rito de condenação em um processo criminal.

O instituto, também de origem estadunidense, permite a realização de um acordo entre acusador e acusado, a fim de que este conte com certa benevolência daquele quando da aplicação de suas penas. É dizer: confessa-se a prática de um determinado crime em troca da certeza de uma pena reduzida, tudo para se evitar o risco de eventual condenação a uma pena maior, por supostos outros crimes, cuja prova da existência a acusação alega ter. Conforme aponta **Nils Christie**, os acordos que contam com a cooperação do réu chegam à impressionante marca de 90%⁽¹⁴⁾.

Assim, abandona-se o processo e dá-se início a uma verdadeira justiça negocial, na qual o objeto não é mais o fato praticado pelo réu, mas aquilo que ele confessa ter praticado e que a acusação aceita como tal. As pessoas não são mais julgadas pelo que fizeram, mas sim por aquilo que, com a promotoria, acordaram que fizeram.

A partir de tal visão empresarial aplicada aos tribunais, desponta uma falsa sensação de igualdade, na medida em que todas as pessoas passam a ser julgadas de maneira uniforme, quase automática, por uma “justiça” despersonalizada, empresarial, industrial, simplificada e eficiente. Uma justiça purificada.

Na psiquiatria, ocorre o mesmo que com o Direito Penal, dada a existência de um manual psiquiátrico que, em muito, assemelha-se à tabela de sentenças. Fruto de políticas profissionais e do Legislativo, o manual de transtornos mentais traz definições e categorias genéricas e vazias, que não oferecem dificuldade à possibilidade de enquadramento do comportamento de qualquer pessoa a um distúrbio mental.

Lei penal e psiquiatria, assim, despontam como irmãs no controle dos indesejáveis, e, por meio de seus manuais de decisão sobre a dor, aplicam a distribuição de uma “justiça” purificada, despersonalizada e empresarial, apta a abastecer de matéria-prima a indústria de controle do crime.

5. Alternativas

Se considerarmos que o nível de dor na sociedade não é determinado pelo número de delitos cometidos, e que o castigo não é apenas uma simples reação a atos vis - bem como, que o nível de criminalidade não é

muito afetado pelo nível de punição e que o Direito não é um instrumento natural de controle –, poderíamos, em um primeiro momento, nos libertarmos do fardo do utilitarismo.

Nessa esteira, conforme aponta Christie, encontrar o nível adequado de dor não é uma questão de utilidade, de controle da criminalidade, ou de ver o que funciona, mas sim uma questão de padrões baseados em valores, uma questão cultural⁽¹⁵⁾. Segundo ele, a punição pode ser vista como um reflexo da nossa compreensão e dos nossos valores e é assim regulada pelas normas que as pessoas aplicam diariamente ao avaliar o que é ou não possível fazer aos outros.

Assim, a cada indivíduo cabe indagar, considerando seu conjunto de valores, se um Estado que age desta forma particular o representa. Ou ainda, invocando novamente **Dostoiévski** e seu clássico *Crime e Castigo*, “é possível julgar o grau de civilização de uma sociedade visitando suas prisões”⁽¹⁶⁾.

Uma alternativa ao fenômeno da indústria do controle do crime seria, conforme aponta o próprio **Nils Christie**, trazer a operação do Direito de volta ao campo da cultura, em contraposição ao mito estabelecido por governantes e políticos, os quais buscam, invariavelmente, dar a impressão de que suas tarefas são racionais numa área em que pensamento utilitário é de óbvia importância.

A aplicação de penas, para quem e por quê, contém uma lista infundável de questões morais profundas, as quais vão muito além do falacioso discurso oficial utilitarista perpetrado pelos Estados.

Muito embora as realidades de Noruega e Brasil não sejam passíveis de comparação, as experiências daquele país, muitas delas oriundas de iniciativas de **Nils Christie**, podem e muito nos ensinar importantes aspectos do trato da questão criminal, como, por exemplo, a aproximação, por meio do diálogo, entre todos os atores que compõem o sistema de in(justiça) criminal, desde políticos e juizes até agentes penitenciários e os próprios presos, além da intensa atuação e influência do KROM.

É certo que, no Brasil, não é possível observarmos, ainda, o advento sistêmico de uma indústria de controle do crime tão consolidada como ocorre em países como os Estados Unidos. Todavia, se nas questões atinentes ao encarceramento estamos, aparentemente, sempre alguns passos atrás dos Estados Unidos, nem por isso estamos deixando de seguir os passos daquele país, o que se observa no vertiginoso número de brasileiros presos, em franco e constante crescimento.

Nesse cenário, considerando-se a total falência do sistema carcerário brasileiro, observada no presente, bem como a transformação da distribuição de dor em uma indústria lucrativa perpetrada pelos Estados Unidos, país no qual, não raro, nos espelhamos, não restam dúvidas de que o Brasil caminha, a passos largos, para um futuro desolador, em que se mostra cada vez mais distante de um Estado verdadeiramente democrático.

Embora não seja simples ou mesmo visível a solução, é certo que frear a marcha carcerária atual começa, sobretudo, através da mudança de paradigmas culturais acerca do trato do fenômeno delitivo e do uso do cárcere. No estágio atual, é latente que qualquer alternativa se mostrará melhor do que a distribuição desenfreada de dor, sobretudo aquela efetuada a título de lucro.

6. Conclusão

Conforme abordado, à luz das ideias contidas na obra *A indústria do controle do crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental*, de **Nils Christie**, o crime como algo criado possibilita a promoção de uma guerra contra pessoas específicas, indesejáveis, potenciais causadoras de perturbação da ordem social vigente.

Em tal contexto, países industrializados, dentre eles, notadamente, os Estados Unidos, optam por uma escolha política de massificação dos crimes e do encarceramento, no bojo da qual surge uma indústria

ligada ao controle do crime, em que a construção de prisões, sua gestão e o fornecimento de produtos e serviços ligados à atividade punitiva despontam como um lucrativo negócio, amplamente explorado por empresas privadas.

Contudo, tratando-se de uma escolha política, alguns países, como a Noruega, ainda resistem às pressões internacionais para aumento do encarceramento, mantendo estável e relativamente baixa sua população carcerária e desenvolvendo um amplo diálogo entre os mais diversos setores sociais, incluindo os próprios presos, no intuito de promover um uso racional e humanitário do poder punitivo estatal.

Por meio da referida obra, **Nils Christie** trouxe inestimável e decisiva contribuição aos estudos da Criminologia, não apenas por desvendar os interesses específicos que regem o brutal encarceramento dos “acionistas do nada” em alguns específicos países industrializados, mas, sobretudo, por demonstrar a possibilidade de compreendermos o trato da questão criminal através de uma perspectiva diversa, mais humana e democrática.

Em uma realidade como a brasileira, que marcha a passos firmes e largos rumo ao topo do encarceramento mundial, urge o imediato resgate desses valores humanitários e democráticos quanto ao trato punitivo estatal, bem como a busca de alternativas para além da simples distribuição vertiginosa e impessoal de dor aos setores menos favorecidos de nossa sociedade.

Notas

- (1) OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; ISOLA, André Fonseca. *Conversa com um abolicionista minimalista in Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 21*, São Paulo, IBCCRIM, 1998.
- (2) CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 11-41.
- (3) Dados disponíveis em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>, acesso em 18 de Dezembro de 2017, às 15:32h.
- (4) SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.
- (5) Disponível em: <<http://www.cncb.com/2016/03/04/a-billion-dollar-plus-industry-clinton-may-sentence-to-death.html>>, acesso em 24/06/2017, às 13:55h.
- (6) CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime...* cit. p. 24.
- (7) Acerca deste tema, o filme “O Corte”, de Constantin Costa-Gavras, 2h2min, França, 2005.
- (8) Dados atualizados de acordo com o site www.prisonstudies.org, organizado pela Universidade de Londres.
- (9) HERIVEL, Tara; WRIGHT, Paul. *Quem Lucra com as prisões? O negócio do Grande Encarceramento*. Trad. Victor de Medeiros, Lívia Maria Macedo, Renato Gomes 1ª Ed. Rio de Janeiro, Revan, 2013.
- (10) Vê-se que tal problema não é exclusivo dos Estados Unidos, pois, em estudo realizado nos Tribunais do Brasil em 2014, a FGV /Rio demonstrou que 43,8% dos Habeas Corpus impetrados perante o Superior Tribunal de Justiça tem como origem o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que ilustra bem a questão de que quanto mais díspares ou injustas são as decisões, maior o trabalho dos Tribunais, sejam eles os Tribunais locais ou Superiores. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>, acesso em 24 de Junho de 2017, às 10h52.
- (11) CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime...* cit. p. 135.
- (12) <<https://www.ussc.gov>>.
- (13) CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime...* cit. p. 136.
- (14) CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime...* cit. p. 144.
- (15) CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime...* cit. p. 198.
- (16) DOSTOIÉVSKI, F. M. *Crime e castigo*. Coleção LESTE. Tradução, prefácio e notas de Paulo Bezerra. 5ª. ed. São Paulo: 34, 2007.

Conjuntura da política criminal no legislativo e os nossos desafios para 2018

Carolina Toledo Diniz, Gabriel Santos Elias e Luiz Guilherme Mendes de Paiva

O ano de 2018 começou de maneira desastrosamente similar ao ano que passou. Rebeliões e chacinas nos presídios do país e as respostas fáceis e equivocadas por parte dos governos aumentam a importância da análise detida sobre o que foi feito em matéria de política criminal em 2017 e do que pode acontecer neste ano eleitoral.

No ano passado, a segurança pública ganhou status de prioridade no Congresso Nacional. Mas, como de costume, o tratamento parlamentar sobre o tema oscila entre não lhe dar a importância devida, ou lhe atribuir centralidade política e oferecer propostas simplistas e equivocadas. Isso cria um grande desafio para a atuação da sociedade civil: é preciso incidir no debate de forma propositiva e racional, mas sempre há o risco de contribuir para acelerar a tramitação de propostas que pioram o cenário.

Há cerca de três anos o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais criou seu **Núcleo de Atuação Política**, como forma de coordenar e impulsionar suas ações de intervenção na realidade do país. Reconhecido nacionalmente pela seriedade nos campos de ensino e pesquisa, havia grande potencial para disputar os rumos da política criminal do país, especialmente no âmbito legislativo. As terríveis cenas das rebeliões e massacres em presídios brasileiros exibidas nos jornais no início do ano passado precipitaram a necessidade de testar essa capacidade.

O grande desafio era sair da prática reativa e impor uma agenda diferente para a discussão sobre os problemas do sistema prisional. Buscando superar o caminho fácil – e falido – da construção de novos presídios, ou mesmo a mera afirmação de princípios, o **IBCCRIM**, em parceria com a **Pastoral Carcerária Nacional**, o **Centro de Estudos em Discriminação e Igualdade da Universidade Nacional de Brasília** e a **Associação Juizes para a Democracia**, elaborou uma agenda de propostas para enfrentar o cerne da questão e alterar a dinâmica sistêmica de encarceramento em massa no país. As **16 Medidas contra o Encarceramento em Massa**⁽¹⁾ foram apresentadas à Câmara e ao Senado em formato de anteprojetos de lei, tratando da reforma da lei de drogas, da instituição de ouvidorias externas no sistema de justiça, de critérios para prisão em flagrante e prisão provisória, da mudança na aplicação de pena para crimes hediondos, de alterações no crime de furto e roubo e da definição de regras para o interrogatório policial, entre outros. Muito bem recebidas por um grupo diverso de parlamentares, várias propostas foram protocoladas por quatro senadores e dois deputados de diferentes partidos e agora tramitam formalmente como projetos nas respectivas Casas.

Outro exemplo de atuação propositiva e proativa do IBCCRIM foi a apresentação do caderno de propostas⁽²⁾ para a Reforma do Código de Processo Penal, que tramita na Câmara dos Deputados. Mesmo diante de uma Comissão Especial com relatoria teoricamente adversa, três dos sub-relatores se basearam em nossas propostas para elaborar seus relatórios: **Rodrigo Pacheco** (PMDB/MG), **Paulo Teixeira** (PT/SP) e **Rubens Pereira Junior** (PC do B/MA). A Comissão Especial ainda não concluiu os trabalhos, mas garantimos que nossos posicionamentos façam parte do debate oficial da Casa.

A aprovação, em outubro, da reforma da Lei de Execução Penal no Senado é mais um caso de participação qualificada do IBCCrim nos debates parlamentares. O novo texto apresenta inovações positivas, como a possibilidade de o juiz de execução penal antecipar a liberdade de presos em casos de superlotação de presídios, a extinção da medida de segurança no âmbito da execução penal e a progressão automática da pena; e mudanças preocupantes ou questionáveis, como a adoção de

critérios objetivos para diferenciar usuários de traficantes de drogas, a criação de um novo regimento sobre barganha no processo penal e a ampliação das possibilidades de delegação das atividades de execução para a iniciativa privada. O Instituto reuniu um conjunto de propostas para essa matéria, valendo-se em parte das **16 Medidas contra o encarceramento**, conseguindo que algumas fossem apresentadas no Senado. Como nem todas foram apreciadas (e incorporadas), serão novamente trabalhadas para serem apresentadas à Comissão Especial da Câmara, que deverá analisar a matéria no início do ano.

Além das oportunidades de incidência positiva, 2017 foi pródigo em pautas-bomba no campo penal, processual penal e penitenciário. Ao longo do ano, mas especialmente no segundo semestre, aumentou a repercussão política à sensação de insegurança da população. No Rio de Janeiro, as Forças Armadas foram mais uma vez empregadas para, em tese, conter a violência. Esse contexto impulsionou a aprovação de Projeto de Lei que transfere para a Justiça Militar a competência para julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por membros das Forças Armadas em operações de Garantia da Lei e da Ordem. Hoje, baseadas na mesma lei, corporações policiais militares estaduais defendem que os crimes praticados em razão da função devam ser apurados por meio de atos de Polícia Judiciária Militar.

Ainda no mesmo contexto, houve forte pressão para aprovar a redução da maioria penal na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Com um bom trabalho de articulação entre a sociedade civil, mapeamento dos senadores e senadoras membros da comissão e forte mobilização virtual e presencial, conseguimos adiar a votação do Projeto. É preciso manter a pressão, pois o líder do Governo no Senado já se manifestou favorável a um acordo com a base para votar o Projeto neste ano, antes das eleições.

Na Câmara dos Deputados, alguns projetos que tratam de segurança pública, e tramitavam lentamente na casa, foram pinçados para a criação de um “pacote” para responder à pressão popular. Entre as medidas, a limitação da saída temporária de presos e a retirada da idade como fator atenuante da pena foram aprovados na Câmara e no Senado em um intervalo de menos de um mês. Seguem em tramitação avançada propostas como a criação do tipo penal de “**utilização de pessoas como escudo humano para a prática de outros crimes**”, a obrigatoriedade de instalação de bloqueadores de celular em regiões próximas de presídios e a criação de limitações à progressão de regime de cumprimento de pena.

O populismo punitivo, que surfa na onda da sensação de insegurança no país, soma-se ao crescimento do conservadorismo na sociedade brasileira e, naturalmente, entre os políticos eleitos. Um exemplo é a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que, originalmente, pretendia aumentar a licença-maternidade: de forma obscura, a PEC transformou-se em medida que criminaliza o aborto mesmo nas hipóteses hoje previstas em lei, como nos casos de gravidez resultante de estupro. **A PEC, batizada de Cavalo de Tróia**, esteve perto de ser aprovada e só com a resistência dos movimentos sociais e de importantes lideranças parlamentares foi possível evitar, temporariamente, tamanho retrocesso.

E o que esperar de 2018? Anos eleitorais não costumam ter trabalhos legislativos muito conturbados. Durante boa parte do tempo, senadores e deputados estão mais preocupados em se reeleger e eleger aliados; e temas polêmicos dificultam a definição e a execução de estratégias. A eleição deste ano, no entanto, apresenta alguns fatores novos. Analistas

políticos apontam que esta deve ser a maior renovação parlamentar da história da Nova República, tornando a reeleição muito mais difícil. A crise política e o descrédito nos políticos e nas instituições pode forçar os detentores de mandato a sair da zona de conforto.

Nesse contexto de incerteza, os futuros candidatos sabem que apelar para a legítima preocupação popular com a segurança pública é uma plataforma bastante atraente. E, nesse campo, embora desde há muito se saiba que aumentar penas e prisões não resolvem a questão, a necessidade de colher dividendos eleitorais torna a conjuntura favorável para o populismo penal. A manifestação do líder do Governo no Senado a respeito da maioria penal é um alerta que devemos levar a sério.

Finalmente, outro fator de risco legislativo é a alta taxa de intenção de votos a candidatos de extrema direita com propostas autoritárias e violadoras de direitos na área de segurança pública. Mesmo que não obtenham êxito eleitoral, certamente impactarão outras candidaturas, particularmente nas disputas por vagas no Parlamento. Plataformas reacionárias no campo político-criminal podem ganhar espaço ao disputar tal eleitorado.

Qual é nossa tarefa nesse contexto? Aprimorar o trabalho estratégico, com mapeamento de parlamentares e lideranças políticas que podem influenciar o debate sobre política criminal no Congresso. Furar barreiras e ampliar pontes entre pessoas, grupos e partidos políticos que poderiam, mas hoje não atuam conjuntamente em favor da nossa causa. Enfrentar a disputa de narrativas sobre segurança pública, apontando as reais causas para o problema e sugerindo alternativas que respeitem os direitos humanos e apresentem resultados de forma mais eficaz.

A chave da disputa em tempos de populismo penal é a comunicação. Isso significa que é preciso conectar o trabalho político micro, de

diálogo cotidiano com parlamentares, técnicos, gestores, especialistas, elaborando e divulgando notas técnicas, com uma disputa política mais ampla, que construa uma narrativa e dialogue diretamente com os anseios do povo, que enfrente o discurso conservador para a segurança pública e a ele apresente alternativas reais.

Notas

- (1) Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf>.
- (2) Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/20170601_ReformaCPPIBCCRIM.pdf>.

Carolina Toledo Diniz

Mestre em Gestão e Políticas Públicas (FGV).
Supervisora do Núcleo de Atuação Política do IBCCRIM.

Gabriel Santos Elias

Doutorando em Ciência Política (UNB).
Mestre em Ciência Política (UNB).
Assessor do Núcleo de Atuação Política do IBCCRIM.

Luiz Guilherme Mendes de Paiva

Doutor e mestre em Direito Penal (USP).
Gestor Público Federal.
Coordenador-Chefe do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM.

Drogas de desenho: novas fronteiras para o conceito de legalidade

Cláudio do Prado Amaral, Maria Paula Bertran, Aline Thaís Bruni, Bruno Spinosa De Martinis, Daniel Junqueira Dorta e Marcelo Firmino de Oliveira

A Superintendência da Polícia Técnico-Científica de São Paulo, através da portaria SPTC 143, de 10 de julho de 2017, disciplinou a redação das conclusões analíticas de laudos de drogas sintéticas.

A norma se contextualiza pelas considerações de necessidade absoluta de prova pericial para que se determine a materialidade delitiva dos crimes elencados na lei 11.343/06; da necessidade de elaboração do laudo a partir de resultados de exames que tenham qualidade técnica com critérios reconhecidos e aceitos pela comunidade científica, no qual se possa estabelecer umnexo causal, ou não, com o delito em apuração; do crescente número de drogas sintéticas controladas ou proscritas pela ANVISA; da necessidade de validação de técnicas analíticas para a análise e identificação inequívoca das drogas sintéticas e que o correto uso dessas técnicas são dependentes de padrões analíticos; de que os processos para aquisição dos padrões analíticos necessitam de tempo, conforme normas legais; e da necessidade de apresentação de um resultado claro e inequívoco no laudo a fim de lastrear as decisões da Polícia Judiciária, do Ministério Público e da Justiça.

Drogas legais sintéticas, drogas de desenho, “*designer drugs*” ou “*legal highs*” são substâncias sintetizadas para produzirem efeitos semelhantes aos das drogas tradicionais, mas quimicamente modificadas para que não se enquadrem entre as substâncias juridicamente definidas como proscritas.

As drogas legais sintéticas são produzidas a partir da estrutura química original das drogas ilícitas, mas sofrem pequenas modificações, como, por exemplo, a alteração da posição de um grupamento molecular em um anel aromático. Desta forma, as novas substâncias mimetizam os efeitos básicos das drogas originariamente derivadas de plantas (maconha, cocaína, heroína), ou classicamente criadas em laboratórios (LSD, *ecstasy*). Estas novas substâncias não são, tecnicamente, porém, as mesmas substâncias proscritas. O comércio, uso, guarda e transporte destas substâncias não caracterizam, tecnicamente, tráfico ilícito de drogas.

O tipo penal de tráfico ilícito de drogas é tradicionalmente regulado, no Brasil e no mundo, através de uma parte legislada, na qual são descritos os atos considerados crimes, e uma regulamentada administrativamente pela ANVISA, que especifica quais substâncias devem ser consideradas drogas para efetiva caracterização de tais crimes. Assim, enquanto o art. 33 da Lei 11.343, de 2006, que tipifica o tráfico ilícito de entorpecentes dispõe pena aos atos de “*Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”, apenas a Portaria 334, de 1998, da ANVISA, determina, precisamente, o que são drogas.

As variações das drogas legais sintéticas são tantas quanto as possibilidades de rearranjo das moléculas alvo: praticamente infinitas. O movimento normalmente percebido pelas autoridades administrativas dos países que já tentam inibir sua circulação é a substituição de uma composição por outra, imediatamente após a inclusão da estrutura química no rol de substâncias proibidas. Assim, ocorre uma obsolescência quase instantânea da proibição. Basta que a produção e circulação das substâncias proibidas sejam abandonadas e que uma nova modificação molecular seja criada. Canais de venda, consumidores e até mesmo embalagens mantêm-se inalterados. Temos conhecidas na literatura, por exemplo, 40 estruturas ou mais da classe das catinonas, sendo que destas somente 8 estão regulamentadas no Brasil como proscritas, deixando cerca de 80% dos compostos como substâncias perfeitamente lícitas.

A licitude da conduta abre espaço para a comercialização por empresas às vezes formalmente estabelecidas, bem como para a comercialização pela internet, com entrega postal. A despeito de atividade formalmente lícita, os comerciantes das substâncias guardam certa discrição, anunciando seus produtos como sais de banho, comida para plantas, energéticos, complementos alimentares ou chás.

Ainda que com poucos estudos, sabe-se que as consequências médicas das novas substâncias sintéticas podem ser mais graves do que o consumo das drogas em sua forma tradicional. Os canabinóides sintéticos por exemplo, apresentam estruturas como o HU-210, que apresenta efeito 100 vezes mais potente que o tetra-hidrocanabinol, principal princípio ativo da maconha. Nesse sentido, o jornal *The New York Times* recentemente relatou os efeitos de drogas legais sintéticas na Polônia: “Mais de 200 pessoas, a maior parte garotos, exibindo efeitos colaterais como comportamento psicótico e força física anormal, foram hospitalizados. (...) Em 2010, havia apenas 500 relatos de envenenamentos relacionados a drogas sintéticas. Isto se duplicou em 2013 e nos primeiros oito meses de 2015, já são 5.350 casos de envenenamento, com pelo menos 20 óbitos”.⁽¹⁾ O número de complicações médicas decorrentes de uso de substância que os usuários de drogas presumem ser *ecstasy*, determinantes de internação hospitalar, aumentou duzentos por cento em dois anos, segundo *The Global Drug Survey 2015 Report*.⁽²⁾ Isso pode ser creditado às modificações moleculares daquilo que se consome.

A repressão às drogas legais sintéticas é um desafio para os governos de todo o mundo. Países que já se movimentaram para inibir essas substâncias deparam-se com difíceis questões práticas. As formulações moleculares podem ser substâncias intermediárias de vários produtos: pesticidas, tintas, vernizes, cimento, insumos da indústria farmacêutica.

Seria viável aumentar a estrutura de fiscalização que o Brasil, por exemplo, já apresenta para substâncias com circulação controlada em dezenas ou centenas de vezes, considerando a expansão das listas de drogas em razão proporcional? Quais prejuízos poderiam decorrer para a pesquisa industrial e farmacêutica? De que adiantariam esforços de construção de uma lista tão grande, sendo que as possibilidades de criação de moléculas novas são ainda maiores? Listas “provisórias”, que aguardassem a consolidação do uso de algumas substâncias para se converterem em listas “definitivas” seriam uma solução viável? Os

desafios para a saúde pública podem ser suficientemente atendidos pelas estruturas normativas de hoje? Como lidar com o princípio da legalidade e o fatalmente incompleto rol de drogas ilícitas determinado pela ANVISA? Essas são algumas das perguntas que se impõem às comunidades científica e jurídica do Brasil e do mundo.

Por enquanto, a polícia criminal de São Paulo formalizou sua incapacidade de lidar com o problema das drogas de desenho. Segundo a norma citada, “(...) para os casos nos quais houver suspeita de substância proscrita ou controlada e cujo padrão analítico não estiver disponível, o resultado do exame deve ser expresso através dos termos ‘NÃO FOI DETECTADA a presença de substâncias rotineiramente pesquisadas neste laboratório devido à ausência de padrão analítico’”.

Notas

- (1) BERENDT, Joanna. Poisonings in Poland illustrate global challenge of synthetic drugs. *The New York Times*. 14 out. 2015.
- (2) Cf. *The Global Drug Survey 2015 Report*. Disponível em: <http://www.globaldrugsurvey.com/the-global-drug-survey-2015-findings/>. Acesso em: 05 dez. 2015.

Cláudio do Prado Amaral

Professor de Direito da Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da USP.
Juiz de Direito.

Maria Paula Bertran

Professora de Sociologia Jurídica da
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

Aline Thaís Bruni

Professora do Departamento de Química da Faculdade
de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da USP.
Diretora Jurídica da Sociedade
Brasileira de Ciências Forenses.

Bruno Spinosa De Martinis

Professor do Departamento de Química da
Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto -
Laboratório de Análises Toxicológicas Forenses, da USP.

Daniel Junqueira Dorta

Professor do Departamento de Química da Faculdade
de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da USP.
Membro diretor do comitê executivo da
International Union of Toxicology (IUTOX).

Marcelo Firmino de Oliveira

Professor do Departamento de Química da Faculdade de
Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da USP.



DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Avila Maronna
Vice-Presidenta: Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário: Renato Stanzola Vieira
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
André Adriano Nascimento da Silva
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoretto

CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE
Andre Pires de Andrade Kehdi
MEMBROS
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

OUIDOR

Rogério Fernando Taffarello

Sobre a proposta alternativa de parte geral do Código Penal: uma contraproposta para a redação do art. 18*

Eduardo Viana

1. Introdução

No último dia 08 de agosto de 2017, um grupo de professores (**Luís Greco, Frederico Horta, Alao Leite, Adriano Teixeira e Gustavo Quandt**) apresentou à comunidade científica e ao Senado Federal uma proposta alternativa de código penal (aqui denominada somente PA) ao projeto oficial de código penal PLS 236/12 (aqui denominado apenas de PLS). Foram tantos os defeitos técnicos e linguísticos existentes no PLS, que a PA não o tomou como *texto-base* para a elaboração da alternativa: tratava-se de um projeto *irrecuperável*.⁽¹⁾ Mas a crítica não foi apenas destrutiva. Com efeito, os professores apresentaram uma alternativa ao desconcertante e pouco promissor cenário que se descortinava com a análise científica do PLS. Essa alternativa tomou como *texto-base* a parte geral de 1984, e foi metodologicamente estruturada em três propostas-pilares: extirpar os defeitos insuportáveis do atual CP (i); manter os dispositivos que possam ser corrigidos com a atuação supletiva da doutrina ou jurisprudência (ii); e modernizar áreas onde existir estabilidade científica (iii). Esses três pilares expressam dois predicados utilizados para a elaboração da proposta: a *responsabilidade* e a *prudência* científicas.

Para manter a coerência, submeterei a análise do tratamento do dolo aos mesmos critérios sugeridos pela PA. Contudo, não apenas examinarei a PA, mas também, e principalmente, o próprio PLS. E por quê? Como a PA o considerou irre recuperável, a razão para eu proceder dessa forma deve-se à necessidade de averiguação de um defeito efetivamente irre recuperável no que se refere ao tratamento do crime doloso (§ 2); enfrentada essa questão, examinarei se a manutenção da redação do *texto-base* de 1984, como sugere a proposta alternativa, é a melhor opção (§ 3); finalmente, e seguindo a mesma *Leitmotiv* da PA, caso seja dada uma resposta negativa a essa pergunta, apresentarei uma proposta de redação para o art. 18, do CP (§ 4).

2. O tratamento do dolo no PLS 236/12

A pergunta que aqui deve ser respondida é a seguinte: o tratamento do crime doloso no PLS padece de um defeito irre recuperável? A resposta é um sonoro *sim* (!) e já indicarei as razões pelas quais creio que a crítica merece ser acolhida.

A proposta de tratamento do dolo tem a seguinte redação: “Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado”. Como a primeira parte do dispositivo é igual ao *texto-base* da parte geral de 1984, concentrarei minha análise na segunda parte do dispositivo, precisamente na oração: “*consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado*”. Antes de passar à abordagem do dispositivo (a e b), necessário um pequeno esclarecimento.

Do ponto de vista linguístico, o dispositivo sugerido pelo PLS objetiva *explicar* o que é o dolo e o faz recorrendo a terminologias que expressam duas distintas teorias de disposição de ânimo: a teoria do consentimento e a teoria da indiferença. A rigor, e é preciso que isso fique logo claro, essas teorias não conduzem aos mesmos resultados, pois o consentimento, para a imputação dolosa, pressupõe uma postura psíquica ativa do agente em relação ao resultado; ao passo que a indiferença, *menos exigente* em relação ao elemento volitivo, dispensa essa postura ativa. E essa diferença ficará demonstrada logo abaixo.

Para a correta compreensão do dispositivo, portanto, a pergunta a ser enfrentada deve ser formulada nos seguintes termos: o que significa consentir ou aceitar de modo indiferente o resultado? Os problemas que a resposta a essa pergunta atrai para o campo penal são muitos. Começarei pela ideia de *consentimento*.

(a) Pela redação do PLS, responderá dolosamente quem consentir com o resultado. Como se vê, tenta-se acomodar a (questionável) teoria da anuência ou consentimento. Aqui, o cenário legal não muda o panorama da literatura científica, eis que essa, há mais de meio século, já afirmava que o código adotara a teoria do consentimento.⁽²⁾ Mas o que significa exatamente consentir com o resultado? Para essa pergunta já foram desenvolvidas algumas teorias, não havendo, ainda, acordo científico em relação à resposta.⁽³⁾ Apenas para uma indicação, talvez a mais óbvia, consentir com um resultado significa aprová-lo. Nesse caso, a imputação dolosa fica submetida à demonstração de que o agente se alegrou com a realização do tipo penal.⁽⁴⁾ Aqui não há espaço para apontar todos os problemas que a assunção explícita de uma tal teoria pode atrair para o campo do dolo⁽⁵⁾, mas basta afirmar que, sendo essa a opção do código, dever-se-ia imputar ao agente, a título de culpa consciente, toda aquela realização típica que provoque um resultado indesejado aos olhos do agente, ainda que tal realização transporte para o bem jurídico um perigo de alta intensidade. Imagine-se que dois indivíduos decidam participar de um *racha*, sendo que o ganhador da corrida ficará com o potente automóvel do perdedor. Durante a disputa automobilística ilegal, o condutor A colhe um outro automóvel que vinha na sua mão de direção; consequentemente, perde a corrida e o seu querido automóvel. Já o terceiro condutor, esse já não tem a mesma *sorte*: não resiste aos ferimentos. Manejando a teoria do consentimento, com a carga semântica aqui analisada, não seria possível atribuir ao condutor A o crime de homicídio doloso (eventual), eis que esse resultado não estava em sua esfera *positiva* psíquica de aprovação. Afirmar o contrário contrariaria a lógica mais elementar, afinal, *ninguém aposta para perder*; dito de outro modo: *quem perde uma aposta não aprova o resultado*.

Talvez um primeiro leitor esteja desenvolvendo o seguinte diálogo mental: “ok, não é possível afirmar o consentimento, mas, sem dúvida, o autor foi indiferente em relação ao resultado, e, nesse caso, a conduta do condutor A estaria acobertada pela redação do PLS”. Essa argumentação, a princípio, parece promissora, mas não resiste aos contra-argumentos.

(b) Nesse ponto o PLS também pretende acomodar – não sei se proposital ou casualmente – a chamada *teoria da indiferença* (*Gleichgültigkeitstheorie*), formulada por ENGISCH⁽⁶⁾. O argumento central do qual se vale a teoria é de que no dolo – a forma mais grave de culpabilidade⁽⁷⁾ – deve haver um desvalor da atitude interna que justifique essa intensa forma de culpabilidade. Esse desvalor estaria expressado pela atitude de indiferença do autor em relação ao resultado. Aqui, o problema da sugestão dada pelo PLS pode ser simplificado com a seguinte objeção: ele concretiza um critério que, por definição, é aplicável tanto aos crimes dolosos quanto aos crimes culposos.⁽⁸⁾ Com efeito, se a marca da culpa inconsciente é a ausência de previsão, é de se perguntar: há maior sinal de indiferença em relação ao bem jurídico tutelado que a ausência de previsibilidade?⁽⁹⁾ Essa mesma pergunta também é válida para a culpa consciente: não há, igualmente, um sinal de indiferença na conduta daquele que representa a possibilidade do resultado e mesmo assim prossegue com a atuação? Na prática, isso significa que os campos

do dolo e da culpa estariam diluídos e, portanto, *sempre* seria possível argumentar a favor de uma imputação dolosa. Consequência: o critério adotado pelo PLS amplia de modo desmedido, e sem qualquer parâmetro seguro de controle, o campo do dolo.

Com esses argumentos, é possível chegar a uma primeira conclusão: os defeitos do PLS, nesse ponto, são verdadeiramente irrecuperáveis. E, por isso mesmo, a princípio, assiste razão à PA em sugerir que a regulamentação do dolo permaneça como está. Aqui está presente um traço de *responsabilidade* da proposta alternativa: evita cair na tentação da reforma aventureira.

Dito isso, o objeto da minha análise volta-se para *texto-base* da parte geral de 1984. Agora, a pergunta a ser respondida é: devemos deixar a redação de 1984 como ela está?

3. O texto-base do art. 18, I da parte geral de 1984

A PA mantém o *texto-base* da parte geral de 1984. E por quê? Os seus autores fizeram consignar que sobre esse tema – mas também outros – ainda repousam “viscerais incertezas”,⁽¹⁰⁾ razão pela qual é recomendável convocar a ciência para desempenhar um papel supletivo de precisão do preceito legal. Aqui está presente um traço de *prudência* da PA. Resta saber se, aqui, a prudência será positiva.

A atual redação do art. 18, I, embora não realize uma definição propriamente dita de dolo, também faz uma opção legal por uma das teorias de disposição de ânimo. É lugar comum a afirmação de que o “assumir o risco do resultado” seria a expressão linguística adotada para expressar a teoria do consentimento. Essa redação é somente um adorno legal, de pouca utilidade prática, e coloca o jurista em uma situação delicada. Por que ela é de pouca utilidade? Porque a questão sobre o que significa *querer* o resultado (a) ou *assumir o risco* de produzi-lo (b) não pode ser derivada da sua redação, senão do labor científico, como apontado pelos autores da PA. Examinarei cada um dos problemas separadamente. Primeiro, a expressão *querer* o resultado (a); depois, a expressão *assumir o risco* (b).

(a) Antes, é preciso deixar uma advertência: estou convencido de que um conceito volitivo-psicológico de dolo traz mais problemas que soluções. O dolo é um conceito jurídico e, como tal, não deve ser um subordinado da postura psíquica do autor, senão da ciência jurídica. É o direito quem deve dizer se há, ou não, uma conduta dolosa e não o autor do crime.⁽¹¹⁾ Mas, para seguir com a argumentação, também é preciso advertir o leitor de que o verbo *querer* não pertence exclusivamente à linguagem jurídica, senão também à linguagem cotidiana. A ele é possível associar duas cargas semânticas bastante distintas: uma com tônica psicológica e outra com tônica normativa.⁽¹²⁾ Naquela, o significado da expressão está próximo da acepção dicionarista. É utilizada, por exemplo, nos seguintes casos “eu quero beijar você”; “eu quero levantar o braço”; “eu quero uma cerveja gelada”. O querer com tons normativos tem carga semântica desvinculada da postura psíquica do autor da conduta, e está ligada à ideia de que o quadro fático permite que um terceiro atribua ao agente um *querer*. Imagine-se, por exemplo a hipótese do pai que desfere vários tapas no rosto da filha de 10 anos de idade, causando-lhe lesões corporais. Ao ser indagado pelo magistrado sobre o seu comportamento, aquele afirma “eu não queria machucá-la, apenas educá-la”. Nesse segundo caso, parece pouco provável que alguém negue o crime de lesão corporal dolosa pela ausência de querer. E isso é assim porque, nesse caso, usamos o termo não mais no sentido psicológico, mas sim no sentido *normativo-atributivo*.

Desses argumentos, é possível extrair a seguinte provocação: se não há na ciência sequer a certeza sobre a necessidade do *querer* para o dolo ou sobre a sua precisão semântica, por que insistir com a sua utilização? Talvez o leitor, ainda insatisfeito, esteja se perguntando “e por que não insistir?”. Bem, nesse caso, a resposta é bem objetiva: evitaríamos a quase automática associação do dolo apenas com a carga semântica psicológica e, simultaneamente, romperíamos a perplexidade que há quando afirmamos a existência de *dolo sem vontade*.⁽¹³⁾

(b) Resta a análise da expressão *assumir o risco* do resultado. Aqui o problema também é grave. Talvez o leitor nunca tenha se perguntado:

afinal, o que significa verdadeiramente assumir o risco do resultado? Essa pergunta expressa um dos maiores pontos de instabilidade da dogmática penal: a fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente. Para precisar essa fronteira, a literatura científica recorre aos mais diversos substitutivos linguísticos, como, aliás, o próprio PLS tenta fazer (*acima*, § 2). Assumir o risco é, apenas, um dos vários recursos linguísticos disponíveis que podem ser empregados. Outras teorias – não menos relevantes, tampouco menos defendidas – sugerem outros substitutivos: o legislador poderia ter consignado, por exemplo, que o autor levou a sério a possibilidade do resultado (i) ou que tomou uma decisão pela lesão do bem jurídico (ii). Aqui, igualmente, não há espaço para apontar a imprecisão desses substitutivos linguísticos,⁽¹⁴⁾ mas há espaço para uma constatação inarredável: não há nenhum acordo na literatura sobre qual deles tem o melhor rendimento científico. E, se é assim, duas perguntas precisam ser respondidas: não seria *prudente* que uma reforma conscienciosa evitasse fazer uma opção legal no capítulo dogmático onde não há um razoável grau de estabilidade científica? Caso seja dada uma resposta satisfatória a essa pergunta, uma outra precisaria ser enfrentada: por que optar *legalmente* pela teoria do consentimento em detrimento das demais teorias de disposição de ânimo (ou mesmo das teorias cognitivas)? Essas respostas (ainda) não foram dadas de modo satisfatório.

Com isso, já é possível unir aquilo que analisei separadamente: *a visceral incerteza tanto sobre a necessidade de um elemento volitivo do dolo como sobre a sua precisão recomenda seja evitada qualquer opção legal*. E essa foi a minha segunda conclusão preliminar. Permanece aberta, então, uma última questão: qual seria o melhor caminho e por quê? Com isso, passo ao meu último e breve ponto.

4. A contraproposta de redação para o art. 18 da parte geral do código penal

Considerando a segunda conclusão preliminar, o leitor talvez esteja se perguntando qual seria, então, a solução menos custosa para a ciência. Nesse ponto, parece-me mais prudente sugerir uma redação minimalista. A preferência por uma proposta de redação minimalista teria uma vantagem adicional: o não engessamento das propostas doutrinárias. Se não exonerar em demasia a literatura científica, nós pouco avançamos desde HUNGRIA; porque o legislador apontou uma fronteira para a ciência brasileira que, guiada pela literalidade, converteu a teoria do dolo em uma submissão da teoria do consentimento. Creio que a ausência do dispositivo tal como está deixaria mais evidente aquilo que, até agora, embora óbvio, foi solenemente ignorado por parcela da nossa ciência: *o legislador não pode engessar o papel dos cientistas*.

Com isso, chego ao último passo: como concretizar a proposta de redação para o art. 18? Parece-me prudente retirarmos o adorno legal “quis ou assumiu o risco do resultado” por um dispositivo que verdadeiramente permita à ciência e à doutrina o livre desenvolvimento daquela atividade de integração supletiva. E, para fazê-lo, basta uma singela previsão legal, já existente em países com a mesma tradição jurídica: sugiro que toda a regulamentação do artigo 18 do código penal, reproduzido pela PA, seja substituída por uma *redação minimalista*, vazada nos seguintes termos:

Atual art. 18 da proposta alternativa	Sugestão de redação para o artigo 18
Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.	Art. 18. Quando a lei expressamente não cominar pena à atuação culposa, somente é punível a atuação dolosa.

Como é possível derivar da expressão gráfica e dos argumentos lançados, o ganho científico é evidente: economia, clareza e, simultaneamente, entregamos à ciência a responsabilidade pela determinação e precisão das fronteiras da imputação subjetiva, sem que seja necessário recorrer a um dispositivo legal que aponte para fronteiras imprecisas. A clareza da redação sugerida exprime o valor que se deve dar à economia linguística. Não percamos, portanto, a oportunidade de retirar da lei aquilo que somente embaraça a ciência e acarreta insegurança.

Notas

* O autor agradece à Profa. Dra. Heloísa Estellita pelas sugestões e críticas à presente versão do artigo.

- (1) O leitor encontrará as críticas em LEITE, Alaoir (Org.). *Reforma penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- (2) Por todos, cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. I, t. II, p. 122.
- (3) Sobre essas teorias, cf. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 85 e ss.
- (4) ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 5a. Aufl. München: Beck, 2017, B. I, § 12, Rn. 36 (no prelo).
- (5) Cf. VIANA, Eduardo. *Dolo...Op. cit.*, p. 102 e ss.
- (6) ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: Liebmann, 1930. Na nossa jurisprudência, também encontramos referência à teoria da indiferença associada à ideia de consentimento, anuência. No STF: HC 121654/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 21.06.2016, 1 T, p. 3 do voto vencido. No STJ: HC 296621/DF (2014/0138352-5), Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, p. 7.

- (7) Aqui não interessa investigar sobre a posição do dolo dentro dos sistemas de delicto.
- (8) Mencionando a indiferença como conteúdo da culpa, entre outros, KOHLER, Josef. *Leitfaden des deutschen Strafrechts*. Leipzig: A. Deichert, 1912, p. 57. Cf. FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Colonia, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1983, p. 8; RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 78.
- (9) Cf. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. 11. Aufl. Berlin: de Gruyter, 1969, p. 70.
- (10) GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaoir; TEIXEIRA, Adriano; QUADNDT, Gustavo. *Reforma da parte geral do código penal: uma proposta alternativa para debate*, 2017, p. 8.
- (11) Os fundamentos dessa concepção e os diversos autores a ela vinculados estão expostos noutro lugar, cf. VIANA, Eduardo. *Dolo...Op. cit.*, *passim*.
- (12) Cf. PUPPE, Ingeborg. § 15. In: KINDHÄUSER, Urs; Neumann, Ulfrid; Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2017, Rn. 23-30. Entre nós: GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: SILVA DIAS, Augusto (Coord.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 886-888; SANTOS, Humberto Souza. *Problemas estruturais do conceito volitivo do dolo*. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 268.
- (13) Por todos: GRECO, Luís. *Dolo...Op. cit.*, p. 885 e ss; SANTOS, Humberto Souza. *Problemas...Op. cit.*, p. 263 e ss.
- (14) PUPPE, Ingeborg. § 15...Op. cit., Rn. 31 e ss.

Eduardo Viana

Doutor e mestre em Direito Penal pela UERJ.
Professor de Direito Penal da Universidade
Estadual de Santa Cruz (BA) e FAINOR (BA).

Lei 13.546/17: fim do dolo eventual nos crimes de trânsito?

Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Osvaldo Evangelista Júnior

A Lei Federal 13.546, de 19 de dezembro de 2017, reflete mais uma reforma nas *engrenagens* do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), com a pretensão de *calibrar* as disposições afetas aos crimes praticados na direção de veículos automotores para que funcionem como *freios* ao sanguíneo sistema viário nacional.⁽¹⁾

Trata-se da sexta alteração no CTB relacionada às suas normas penais, na seguinte ordem cronológica, com os respectivos destaques: 1ª) Lei 11.275/06: acrescentou causa de aumento no homicídio culposo pela embriaguez; 2ª) Lei 11.705/08: primeira “Lei Seca”, revogou a aludida majorante pela embriaguez, e ainda modificou e *atropelou* o crime de embriaguez ao volante, ao exigir teor alcoólico taxativo no tipo penal; 3ª) Lei 12.760/12: segunda “Lei Seca”, retificou a redação do delito de embriaguez ao volante e viabilizou outros meios probatórios; 4ª) Lei 12.971/14: inseriu “pseudoqualificadora” pela embriaguez no homicídio culposo de trânsito no § 2º do artigo 302, com idêntica quantidade de pena da modalidade simples; 5ª) Lei 13.281/16: revogou a citada e desastrosa “pseudoqualificadora” e; 6ª) Finalmente, a recente Lei 13.546/17, ora comentada.

Em apertada síntese, foram quatro as modificações promovidas pela Lei 13.546/17 no CTB. A primeira cuida dos critérios para a dosimetria da pena, via adição do § 4º no artigo 291, pelo qual prepondera a avaliação da culpabilidade do agente e das circunstâncias e consequências do delito de trânsito na fixação da reprimenda, seguindo as diretrizes do artigo 59 do Código Penal.

A segunda e a terceira inovações tratam dos delitos de homicídio e lesão corporal culposos na condução de veículo automotor.

Para o homicídio culposo, cria-se uma qualificadora ao motorista que esteja sob influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine

dependência, pelo acréscimo do § 3º no artigo 302 do CTB, cominando patamar mais severo de pena de 5 a 8 anos de reclusão, superior ao do tipo simples do *caput* do dispositivo, de 2 a 4 anos de detenção.

Já na lesão corporal culposa, também foi inserida qualificadora no § 2º do artigo 303 do CTB, sancionada com reclusão de 2 a 5 anos quando o agente estiver embriagado por álcool ou outra substância psicoativa e resultar lesão corporal grave ou gravíssima.⁽²⁾ De igual modo, confere tratamento mais rigoroso que a infração de menor potencial ofensivo da figura simples do *caput* do artigo 303 do CTB, apenada com detenção de 6 meses a 2 anos.

A quarta mudança operada pela Lei 13.546/17 tem por objeto o delito popularmente conhecido como “racha”, do artigo 308 do CTB, mediante inserção da conduta de participar de *exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor* ao tipo penal, além das práticas já previstas de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada, e manteve a exigência de gerar risco à incolumidade pública ou privada (crime de perigo concreto).

Como se nota, a principal novidade ocorre nas infrações penais que acarretam morte ou ferimentos por motoristas sob estado de embriaguez, antiga celeuma que acompanha o diploma de trânsito desde a sua entrada em vigor.

A Lei 13.546/17 deve arrefecer discussões e interpretações distorcidas acerca da banalização da aplicação do instituto do dolo eventual em detrimento da culpa consciente para os delitos de trânsito cometidos por motoristas embriagados com vítimas fatais ou feridas. Espera-se que enfim seja compreendido o equívoco na cognição do binômio morte e embriaguez como uma operação simplista e atécnicamente a ensejar a imputação automática do dolo eventual.

Ao inserir a imprudência no ato de dirigir bêbado como circunstância qualificadora do homicídio culposo do artigo 302 do CTB, atrelada a reprimenda penal mais elevada, a nova redação legal consolida a culpa consciente como regra, pela qual o sujeito prevê a possibilidade do resultado danoso, porém crê que pode evitá-lo com sua habilidade.⁽³⁾ Torna excepcional, mas não rechaça em definitivo (e nem poderia) a configuração do dolo eventual, que reclama representação e aceitação do resultado pelo agente e, sobretudo, indiferença deste às eventuais consequências de seu comportamento, com total despreço à vida e à integridade física de terceiros, bens jurídicos tutelados pela norma.⁽⁴⁾

A *derrapagem* legislativa, para não passar incólume, ocorre na qualificadora da lesão corporal culposa do artigo 303 do CTB. Isso porque as condições cumulativas (embriaguez e lesão grave ou gravíssima) rompem com paradigma do Direito Penal pátrio, que até então não distinguia o enquadramento jurídico em razão da gravidade dos ferimentos a título culposo, aspecto considerado somente na dosimetria da pena em sede de sentença condenatória.⁽⁵⁾

O imbróglcio deve se concentrar na solução legal para os acidentes com motoristas bêbados que ocasionem lesões leves, cenário que consubstancia grande parcela dos casos concretos. A nova lei restringe o debate, mas o mantém no tocante à possibilidade de concurso entre os delitos de lesão culposa leve e embriaguez ao volante dos artigos 303, *caput* e 306 do CTB. Diante do princípio da subsidiariedade, o delito de perigo (embriaguez ao volante) deveria ser absorvido pelos crimes de dano (lesão ou homicídio), porquanto a conduta típica do primeiro integra as figuras penais e existe para impedir a concretização dos segundos, evitando ainda o *bis in idem* quanto ao estado de embriaguez do agente.

Destarte, para o homicídio e para as lesões graves e gravíssimas culposos, a resposta criminal passa a ser mais técnica e adequada com as correlatas qualificadoras introduzidas. Já para a lesão leve, por ausência de previsão, a tendência será prevalecer a aplicação do concurso formal entre os delitos, na medida em que a absorção da embriaguez ao volante pela lesão culposa leve do *caput* do artigo 303 do CTB implica incongruente e esdrúxula pena mais branda para o motorista bêbado.

De qualquer maneira, a influência de álcool ou outra substância psicoativa torna incondicionada a ação penal nas lesões culposas de trânsito, na força do artigo 291, § 1º, inciso I do CTB, ao afastar a incidência do artigo 88 da Lei 9.099/95.

Ademais, vale lembrar que o crime de embriaguez ao volante não sofreu transformações com a reforma legislativa e, dentre os meios aptos a constatar a “capacidade psicomotora alterada”, elementar do tipo penal, estão a concentração etílica igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, índices aferíveis, respectivamente, por exame de material hemático do motorista suspeito e pelo conhecido teste do “etilômetro”, que demandam a anuência do investigado pelo clássico postulado da não autoincriminação, sem prejuízo de emprego de outros meios probatórios, notadamente exame clínico, depoimentos e registros em áudio e vídeo.⁽⁶⁾

A novel legislação entra em vigor no dia 19 de abril de 2018, à luz do prazo de *vacatio legis* de cento e vinte dias assinalado em seu artigo 6º, consoante disciplina a Lei Complementar 95/98, que rege a matéria (art. 8º, § 1º).

A repercussão inicial ocorrerá nos plantões de polícia judiciária, sobretudo em relação às prisões em flagrante decretadas pelos delegados de polícia, após a devida apreciação jurídica dos fatos e decisão pela classificação nas mencionadas novas qualificadoras do CTB,⁽⁷⁾ cujas penas máximas suplantam 4 anos e, em tese, obstam o arbitramento de fiança extrajudicial pela restrição injustificada do artigo 322 do CPP.⁽⁸⁾

Entretanto, na apreciação judicial das custódias flagranciais, como regra não poderá o juiz de direito determinar a conversão em prisão preventiva, visto que os requisitos do artigo 313 do CPP não arrolam crimes culposos nas hipóteses de admissibilidade da segregação provisória. Logo, ainda que

a lei não admita a fiança na delegacia, no fórum a liberdade será concedida independente da contracautela econômica, salvo em raro descumprimento de medidas cautelares diversas impostas em casos anteriores, pela exegese extraída da conjugação do parágrafo único do artigo 312 com os parágrafos 4º e 6º do artigo 282, todos do estatuto de rito criminal.⁽⁹⁾

Malgrado o tímido avanço implantado, as *barbeiragens* e a *velocidade reduzida* no aprisionamento dos crimes de trânsito, o legislador demonstra preocupação em trafegar por essa *estrada sinuosa*, com obstáculos no trajeto como a falta de conscientização e de prevenção eficiente, cuja vitória na *linha de chegada* depende da atitude cidadã de cada motorista.

Notas

- (1) As estatísticas denotam uma carnificina no trânsito brasileiro, com 38.651 pessoas mortas e 158.728 lesionadas em 2015; e 34.850 vítimas fatais e 180.443 feridas em 2016. BRASIL. Portal do Ministério da Saúde. *Óbitos por acidentes de trânsito caem pelo segundo ano consecutivo*. Disponível em: <portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42245-obitos-por-acidentes-de-transito-caem-pelo-segundo-ano-consecutivo>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- (2) Vislumbra-se questionável proporcionalidade na comparação entre a pena máxima de 5 anos cominada à nova lesão culposa grave ou gravíssima qualificada pela embriaguez, com a reprimenda máxima de 4 anos prevista para o crime contra a vida de homicídio culposo simples do *caput* do artigo 302 do CTB.
- (3) SUMARIVA, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2016, p. 112.
- (4) MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Lei 13.281/16 avança mas não elimina controvérsias dos crimes de trânsito. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 out. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-out-28/lei-avanca-nao-elimina-controversias-crimes-transito>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- (5) PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 183*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 153.
- (6) TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello (Coord.). *Manual prático de apuração do crime de “embriaguez ao volante”*. São Paulo: Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, 2013, p. 15-21.
- (7) As manifestações dos Delegados de Polícia devem ser exaradas motivadamente, com independência funcional, garantia sedimentada em Constituições Estaduais, como na Carta Paulista (art. 140, § 3º), e que consiste na “autonomia intelectual para interpretar o ordenamento jurídico e decidir, com imparcialidade e isenção, de modo fundamentado”, consoante artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei Complementar 1.152/2011. LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; BARROS FILHO, Mário Leite de; Polícia Judiciária de Estado e a independência funcional do Delegado de Polícia. In: SÃO PAULO (Estado). *Arquivos da Polícia Civil* – v. 53, São Paulo: Acadepol, 2015, p. 10-29.
- (8) A leitura autêntica da prisão cautelar como exceção desde a etapa extrajudicial, de maneira a consagrar a presunção de não culpabilidade, revela descabida restrição do artigo 322 do CPP, baseada na pena máxima cominada para a concessão de liberdade mediante fiança pelo Delegado de Polícia, e deveria abarcar todas ou ao menos um número maior de infrações penais. BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelaridade como direito humano fundamental. In: GUSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da polícia civil em um estado democrático de direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 174-175.
- (9) Há ainda a ressalva na hipótese do parágrafo único do artigo 313 do CPP, que autoriza a prisão preventiva se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou se esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, independentemente do crime ou da quantidade de pena.

Rafael Francisco Marcondes de Moraes

Mestrando em Direito Processual Penal
pela Faculdade de Direito da USP.
Professor da Academia da Polícia Civil
do Estado de São Paulo.
Delegado de Polícia.

Oswaldo Evangelista Júnior
Especialista em Direito Processual Penal pela
Universidade Estadual de Londrina – UEL.
Professor da Faculdade Eduvale de
Avaré e da Universidade Anhanguera .
Delegado de Polícia.

Código de ética da advocacia na justiça criminal negocial: proposta de regras deontológicas para integridade defensiva na colaboração premiada

Vinicius Gomes de Vasconcellos e Matheus Herren Falivene de Sousa

Considerando-se o cenário atual de expansão da justiça criminal negocial por meio do instituto da colaboração premiada no processo penal brasileiro, ponto que carece de grande atenção doutrinária é o estabelecimento de regras e orientações para a integridade dos atores jurídicos envolvidos.⁽¹⁾ Inegavelmente, os espaços de consenso para imposição de sanções penais por meio da aceitação do acusado em troca de benefícios acarretam graves tensões às premissas estruturantes da dogmática processual penal, concebida como instrumento de limitação do poder punitivo estatal.⁽²⁾

Nesse sentido, buscando-se reduzir os espaços de atuação ilegítima dos participantes do processo negocial, é fundamental fortalecer uma pauta deontológica para orientação da defesa técnica, advogados constituídos, dativos ou defensores públicos. Assim, propõe-se neste artigo um Código de Ética da Advocacia na Justiça Criminal Negocial, com orientações, deveres, limites e proibições à atuação do defensor técnico em um cenário de possível realização de colaboração premiada por seu cliente.

TÍTULO I DEVERES DO ADVOGADO

Art. 1º O advogado deve assegurar que a celebração do acordo não é decorrente de agressões ou ameaças, físicas ou psicológicas, ao imputado.

Art. 2º Antes de iniciar as tratativas do acordo, o advogado deve buscar identificar eventuais teses defensivas viáveis e elementos probatórios de inocência, expondo ao imputado as possíveis estratégias de defesa.

Parágrafo único. O advogado tem o dever de expor e esclarecer o imputado sobre os riscos do processo, ressaltando os elementos que podem favorecer ou prejudicar a situação do imputado ao longo da persecução penal e os benefícios que podem advir da eventual celebração do acordo de colaboração premiada.

Art. 3º O advogado tem o dever de esclarecer todas as dúvidas do imputado, explicar o processo de negociação e as ofertas da acusação. O advogado deve informar imediatamente ao seu cliente eventual oferta da acusação ou o início de tratativas para a celebração do acordo.

Parágrafo único. O advogado deve pactuar com o cliente previamente, e preferencialmente por escrito, os limites da negociação, determinando condições indispensáveis e ofertas máximas que podem ser negociadas com a acusação, além de especificar questões inegociáveis.

Art. 4º O advogado tem o dever de informar, esclarecer e se assegurar, preferencialmente por escrito, que o imputado tem ciência e consegue compreender:

- I. os direitos do imputado, como à defesa, ao contraditório, ao silêncio, etc.
- II. as acusações e elementos probatórios incriminatórios conhecidos em seu desfavor;
- III. os direitos renunciados no acordo;
- IV. os deveres assumidos no acordo;

- V. as sanções pactuadas no acordo e a sua forma de cumprimento;
- VI. as possíveis consequências colaterais, como eventuais esferas não abarcadas ou o impacto da prova produzida em outros processos não abrangidos pelo acordo;
- VII. as hipóteses de rescisão do acordo.

Art. 5º O advogado deve tentar abarcar no acordo todas as possíveis consequências ao seu cliente, como nas esferas penal, cível, administrativa, tributária, etc., considerando possíveis efeitos colaterais do aceite ao acordo. Para tanto, em caso necessidade, o advogado deve buscar a inclusão de terceiros interessados para a realização do acordo em conjunto.

Parágrafo único. O advogado deve buscar a realização das negociações diretamente com as autoridades responsáveis pela investigação em curso.

Art. 6º Em caso de discordância entre advogado e cliente, o advogado deve tentar apresentar todas as informações relevantes para a tomada consciente e informada da decisão pelo imputado, a quem caberá exclusivamente a decisão final sobre a celebração do acordo. Se persistir discordância invencível, que impeça o prosseguimento da representação, o advogado deve renunciar ao mandato outorgado, na forma prevista no Código de Ética da OAB e na legislação aplicável.

Art. 7º O advogado deve manifestar sua orientação favorável ou contrária à realização do acordo somente em razão do mérito do caso concreto, afastando qualquer conflito de interesse que possa refletir em benefícios distintos àqueles favoráveis ao seu cliente.

Art. 8º O advogado deve buscar assegurar ao cliente um tratamento isonômico e proporcional, em comparação aos demais imputados em situação semelhante.

Parágrafo único. O advogado pode realizar comunicações com defensores de coimputados que tenham firmado acordos anteriormente, com o objetivo de obter informações visando a assegurar um acordo paritário e justo, resguardadas as hipóteses de sigilo profissional ou que possam prejudicar o cliente.

TÍTULO II CONDUTAS VEDADAS AO ADVOGADO

Art. 9º Considera-se má conduta defensiva e, portanto, é vedado ao advogado:

- I. ocultar do cliente informações relacionadas ao seu caso e às negociações em desenvolvimento.
- II. assinar acordo que apresente cláusulas não aceitas pelo seu cliente ou que narrem fatos inexistentes ou falsos.
- III. consentir com a colaboração informal de um imputado, sem a judicialização de acordo para assegurar segurança jurídica ao negócio.
- IV. aceitar que o imputado seja ouvido ou produza provas sem a presença de defensor.
- V. negociar um acordo de um imputado específico com o objetivo

de favorecer a realização de negociações relacionadas a outros casos e outros clientes.

VI. apresentar a realização do acordo como única opção defensiva ao imputado ou pressionar ativamente o aceite pelo cliente.

Parágrafo único. O advogado pode apresentar sua visão sobre a melhor opção defensiva, desde que informe sobre os motivos de tal orientação e as demais possíveis opções.

TÍTULO III ATOS ACUSATÓRIOS ABUSIVOS

Art. 10. Em caso de elementos consistentes sinalizando qualquer atitude abusiva praticada pela parte acusadora, o advogado deve promover imediatamente a comunicação ao órgão superior de fiscalização no MP e ao julgador competente.

§ 1º Considera-se atitude abusiva da parte acusadora, por exemplo:

I. Acusação inflada (*overcharging*): imputar crime mais grave ou concurso de crimes que não corresponda aos fatos embasados por elementos probatórios atuais e licitamente obtidos.

II. Atuação acusatória por discriminação ou vingança (*prosecutorial discrimination or vindictiveness*): adotar postura persecutória agressiva e desigual em razão de motivos ilegítimos, como discriminação (por exemplo, em razão de raça, religião, orientação sexual, preferências políticas) ou vingança (por exemplo, em razão de exercício de direitos na investigação ou no processo, ou atuações do advogado em outros casos).

III. Meios enganosos: intimidação do imputado com fatos irreais e provas inexistentes ou ilicitamente obtidas.

IV. Proposição de cláusulas desproporcionais em comparação com outros imputados em semelhante situação.

V. Utilização de informações privilegiadas sem a formalização do acordo.

VI. Atraso ou postergação das negociações para obtenção de informações privilegiadas.

§ 2º O advogado não deve alegar atos acusatórios abusivos sem fundamentação em elementos consistentes e com objetivos ilegítimos.

TÍTULO IV FASES DO ACORDO

CAPÍTULO I TERMO DE CONFIDENCIALIDADE

Art. 11. O advogado deve buscar a celebração de termo de confidencialidade (pré-acordo), de modo a resguardar os interesses do cliente em caso de insucesso nas negociações.

Art. 12. Caso o imputado se encontre preso cautelarmente, o advogado deve, preferencialmente, buscar a liberdade provisória do imputado como condição para o início ou o desenvolvimento das negociações, de modo a assegurar a voluntariedade da decisão do cliente.

CAPÍTULO II NEGOCIAÇÕES

Art. 13. O advogado deve assegurar o registro – por meio de ata escrita, gravação de áudio ou audiovisual – dos atos relacionados às negociações e à execução do acordo de colaboração premiada.

Art. 14. Em caso de negativa do órgão acusador à celebração ou à formalização do acordo, o advogado deve buscar a obtenção de uma motivação da recusa.

Art. 15. Em caso de atos acusatórios abusivos, indicados no art. 10, o advogado deverá informar os órgãos e autoridades competentes, inclusive correccionais, para que tomem as providências cabíveis.

CAPÍTULO III ÉTICA CONTRATUAL NAS CLÁUSULAS DO ACORDO

Art. 16. O advogado deve propor cláusulas em conformidade com os dispositivos legais. Em caso de oferta de cláusulas questionáveis pela acusação, o advogado deve informar seu cliente sobre os riscos e consequências de eventual anulação futura.

§ 1º O advogado não pode concordar com cláusulas que acarretem obrigações ou renúncias que violem direitos fundamentais de modo ilegítimo e incontornável, que autorizem a utilização de provas ilícitas ou que acarretem uma situação potencialmente prejudicial ao seu cliente.

§ 2º Considera-se abusiva e ilegítima a cláusula que inviabilizar a atuação do advogado para resguardar os interesses de seu cliente nas fases posteriores à celebração do acordo, como eventuais renúncias prévias e genéricas a recursos ou a meios de impugnação.

Art. 17. O advogado deve evitar cláusulas abertas e genéricas, que possam ocasionar imprecisões e riscos abusivos para a defesa ao longo da posterior execução na fase de pós-acordo.

CAPÍTULO IV ÉTICA NA ATUAÇÃO PÓS-ACORDO (ATOS DE EXECUÇÃO)

Art. 18. O advogado deve conduzir os atos de execução do acordo, após a sua homologação, com o objetivo de resguardar a posição da defesa e assegurar a obtenção dos benefícios pactuados.

Parágrafo único. O advogado deve se abster de realizar atos que possam ocasionar prejuízo para a situação processual do cliente.

Art. 19. O advogado deve ter cautela ao acompanhar a produção de provas pelo cliente, assegurando que o colaborador tenha ciência de que somente deverá incriminar terceiros se houver elementos consistentes para corroboração de suas afirmações.

CAPÍTULO V SIGILO

Art. 20. O advogado deve resguardar o sigilo das negociações, da execução da colaboração premiada e das informações obtidas, resguardando os interesses de seu cliente.

Parágrafo único. Em trabalhos acadêmicos ou manifestações públicas, o advogado deve resguardar informações sigilosas e tomar todas as medidas para que eventuais teses e argumentos divulgados não acarretem prejuízo ao cliente.

TÍTULO V DO CONTRATO ADVOCATÍCIO E DA REPRESENTAÇÃO

CAPÍTULO I DO CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Art. 21. Antes do início das tratativas do acordo de colaboração, deve o advogado buscar a formalização do contrato advocatício escrito com seu cliente, prevendo as cláusulas sobre honorários de modo claro e objetivo.

Art. 22. A utilização da cláusula de sucesso em caso de realização do acordo deve ser evitada como forma de garantir a independência do advogado na condução das negociações e impedir prejuízos ao constituinte.

Parágrafo único. Em caso de previsão de cláusula de sucesso, ela deve ser redigida de modo a não incentivar a atuação do advogado de modo ilegítimo para a realização do acordo.

Art. 23. Nas hipóteses em que os honorários do advogado forem custeados por terceiro, pessoa física ou jurídica, o advogado deve agir com cautela para que não haja pressão da financiadora para o aceite ou não da colaboração premiada.

CAPÍTULO II

REPRESENTAÇÃO DE COIMPUTADOS E CONFLITO DE INTERESSES

Art. 24. Embora a representação de coimputados colaboradores, por si só, não seja proibida, deve-se ter cautela para verificação de eventuais conflitos e possíveis incriminações recíprocas, que fragilizam a defesa em conjunto.

§ 1º O acordo de um colaborador não deve ser negociado com o objetivo de obter benefícios a outro coimputado.

§ 2º O acordo de um colaborador específico não pode depender da realização de acordos com coimputados (proibição de acordos em bloco obrigatórios).

Notas

- (1) Para uma visão geral sobre a colaboração premiada no processo penal brasileiro, remete-se a: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017; PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*. Legitimidade e procedimento. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016; SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodivm, 2016. Ver também dossiê temático publicado em: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1>>.
- (2) Sobre as tensões ocasionadas, ver: CRUZ, Flávio A. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, v.1, n. 2, p. 145-219, dez. 2016; CASARA, Rubens

R. R.; MELCHIOR, Antonio P. Estado pós-democrático e delação premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). *Delação premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016; COUTINHO, Jacinto Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano VI, n. 22, p. 75-84, abr./jun. 2006; VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015; VASCONCELLOS, Vinicius G. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, p. 165-199, abr./jun. 2016.

Vinicius Gomes de Vasconcellos

orcid.org/0000-0003-2020-5516

Doutor em Direito pela USP.

Editor-chefe da RBDPP e editor-assistente da RBCCRIM.

Professor das Faculdades Integradas Campos Salles (SP).

Matheus Herren Falivene de Sousa

orcid.org/0000-0001-9346-2180

Doutorando em Direito pela USP.

Professor da Faculdade Anhembí Morumbi (SP).

Advogado criminalista.

A colaboração premiada e o “novo(?)” Processo Penal: há lugar para a imparcialidade do julgador e a presunção de inocência do delatado, em futuro processo?

Ana Carolina Filippon Stein

A Operação Lava Jato já se estabeleceu em terreno pátrio como um novo norte de prática de persecução penal, mormente no que tange à consolidação do instituto da colaboração premiada nos anais do processo penal brasileiro. Concordando ou não, a verdade é que tal prática se instalou de forma definitiva, sem a prévia discussão sobre os fundamentos e compatibilidade do instituto frente à Constituição Federal e seu sistema de garantias processuais. Tanto a Lei 12850/13 (Organizações Criminosas), quanto a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 12683/12), ao estabelecerem novas regras de investigação, dentre elas a colaboração premiada, concorreram para uma “flexibilização duvidosa de garantias constitucionais”,⁽¹⁾ e, nesse contexto, todo o entorno que envolve a delação e suas consequências acabou ultrapassando os direitos fundamentais daquele que é acusado pelo delator, principalmente no que diz respeito à imparcialidade da jurisdição e à presunção de sua inocência.

Hoje, tão logo um acordo de delação seja homologado (às vezes antes até), o vazamento nos órgãos de imprensa se mostra exaustivo, a mencionar, principalmente, a conduta dos delatados (por vezes minimizando atos do delator), os quais, por certo, serão submetidos a um posterior processo penal, em ambiente em que não se pode desconsiderar certo grau de contaminação, seja pelo fato de o magistrado a julgar o delatado poder ser o mesmo que homologou a delação do delator e/ou participou de atos de investigação, como o deferimento de escutas

ambientais ou decretação de prisão, seja pela pressão provocada pelos anseios populares de punição sem processo para agentes envolvidos em atos de corrupção.

No processo penal brasileiro, ainda em trânsito, sob as vestes do sistema inquisitório, o juiz que despacha em autos de uma investigação resta considerado preventivo para o processo, isto é, será quem irá, ao final, julgar o conteúdo dos autos. Na discussão que ora se pretende levantar, não se pode afastar certa contaminação do julgador que já homologou a delação do delator com relação ao julgamento futuro de um delatado. “A imparcialidade do órgão jurisdicional é um ‘princípio supremo do processo’ e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e final julgamento da pretensão acusatória e do caso penal”.⁽²⁾

No contexto da colaboração, a indicação de um fato criminoso pelo delator a terceiro vem sendo sustentada por alguns como um meio de prova – testemunhal – na qual, para fins de adequação constitucional e processual penal, o contraditório deverá se impor para sustentar a validade de tal depoimento no âmbito da delação. Contudo, há quem entenda que a delação, “do ponto de vista probatório, sempre foi motivo de grandes resistências”, seja “pela sua natural potencialidade de gerar injustiças”,⁽³⁾ seja pela ofensa à imparcialidade da jurisdição e da presunção de inocência. Que ao delator se permita dispor de alguns de seus direitos fundamentais ao aceitar fazer uma delação,⁽⁴⁾ em relação ao

delatado deve-se manter as garantias constitucionais incidentes em todo o caminho da persecução penal.

A Lei 12850/13, a que mais diretrizes concedeu ao instituto da colaboração até agora, em seu art. 4º, § 16, dispõe que: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, relativizando o valor probatório que se possa atribuir a uma delação, sem, contudo, impedir a contaminação da imparcialidade do julgador em virtude do fato deste ter participado de atos de investigação e homologação do acordo de colaboração.

O livre convencimento, motivado a pautar as decisões judiciais, não afasta o fato real de que não há juiz neutro (ou verdadeiramente imparcial), “o qual, como homem normal, está sujeito tanto a sua própria história quanto à história da sua sociedade”.⁽⁵⁾ A imparcialidade perseguida pela atividade jurisdicional é aquela que mantém o magistrado distante das partes e do objeto da demanda, “subjetivamente interessado apenas em solucionar a controvérsia em conformidade com a lei”⁽⁶⁾ e operando dentro das regras do jogo.

Uma vez havendo a contaminação do magistrado por atuação anterior no curso da persecução penal e âmbito da colaboração que implica o delatado, maculada estando a sua imparcialidade, violado estará o direito fundamental à presunção de inocência do terceiro indicado pelo delator. Ou o processo penal é encarado como “instrumento de efetivação de garantias constitucionais”,⁽⁷⁾ tendo como seus pilares a imparcialidade jurisdicional e a presunção de inocência, ou ele passa a ser um objeto de política criminal, com o reforço de institutos⁽⁸⁾ cuja missão é dar uma resposta social, reforçando seu cardápio inquisitório e afastando-se cada vez mais do norte constitucional, implicando a redução de nosso grau de civilidade⁽⁹⁾ como sociedade.

Notas

- (1) ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.p. 509.
- (2) LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n. 73. Ago.-Set. 2016.
- (3) BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 461. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 113-115.
- (4) VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 117. Alguns dos requisitos que devem ser observados com relação à delação: a) consentimento do réu a partir de vontade livre, esclarecida e consciente; b) necessidade de lastro probatório para a confirmação da confissão; c) vedação da utilização da declaração de culpa em caso de insucesso da negociação.
- (5) COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas à verdade, dúvida e certeza de Francesco Carnelutti. *Revista de Estudos Criminais*. n. 14, 2004, p. 77-94.
- (6) MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*. Da prevenção ao juiz de garantias. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 213.
- (7) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 59-62.
- (8) AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>>.
- (9) CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Ed. Servanda, 2012. p.13.

Ana Carolina Filippon Stein
Mestre em Ciências Criminais - PUCRS.
Advogada.

Capitalismo e violência jurídica: ampliando a sociologia do direito marxista⁽¹⁾

Guilherme Leite Gonçalves

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo indicar um modelo de compreensão da reprodução sócio-jurídica do capitalismo na sociologia crítica do direito. A partir da noção de repetição permanente da acumulação primitiva e da teoria da expropriação capitalista do espaço (conforme a tradição inaugurada por Rosa Luxemburgo), sustento que o capitalismo possui uma fase de estabilização, caracterizada pela troca de mercadorias, e uma fase expansionista, definida pela expropriação mercantilista de espaços. Na primeira fase, o direito aparece sob a veste do fetichismo jurídico, conforme descrito por Eugen Paschukanis. Essa descrição não apreende, no entanto, a estrutura e o papel do direito nas situações de sobreacumulação, em que o capitalismo é pressionado a tomar espaços não mercantilizados para deixar fluir o excedente. Minha hipótese é a de que, nessas condições, o direito se configura como violência jurídica explícita e prescrição expressa da desigualdade. Sob essas estruturas, afirmo que o direito se desenvolve em três etapas: discursos jurídicos de *othering*, regimes de privatização e uso massivo do direito penal. Nos próximos tópicos, apresentarei cada uma das proposições do presente modelo de análise.

2. Troca de equivalentes e crítica à forma jurídica

A crítica pachukaniana à forma jurídica tem como ponto de partida a concepção de Marx segundo a qual, na sociedade capitalista, a sociabilidade do trabalho adquire a forma de valor (HEINRICH, 1999). Isso implica que, no capitalismo, o trabalho individual concreto realiza-se somente por meio da permutabilidade dos produtos, o que, por sua vez, torna a forma do valor condição necessária da socialização. Uma vez que a troca de mercadorias iguala diversos produtos uns aos outros, ela cria uma igualdade abstrata entre diferentes trabalhos, que, a partir de medidas – como, por exemplo, o trabalho social médio –, possibilita a autorreprodução da desigualdade e da própria apropriação do trabalho. A forma do valor adquire, assim, um caráter fetichista e místico.

Para a crítica da forma jurídica, a relação da forma do valor com o direito surge da teoria da mercadoria (PASCHUKANIS, 2003[1924], p. 112). Sustenta-se que tal troca e, portanto, a realização do valor nela contida, só pode se dar em uma relação de vontades dos atores (ELBE, 2004, p. 44-45). A condição fundamental para a troca (capitalista) de equivalentes torna-se, assim, a produção de um ato autônomo da vontade dos proprietários de mercadorias. Essa vontade livre é estabelecida

pela forma jurídica. Trata-se da constituição de uma subjetividade que permite a circulação do homem no mercado como um proprietário, que se encontra sem nenhum tipo de impedimento para se vender (NAVES, 2000, p. 66 ss).

Dessa perspectiva, o direito é tratado na sociedade capitalista como uma forma social que se realiza juntamente com a forma do valor (PASCHUKANIS, 2003[1924], p. 117). Para tanto, é essencial o conceito de sujeito de direito e os princípios jurídicos da liberdade e da igualdade. O conceito de sujeito de direito é aquele que permite levar as mercadorias, mas também o próprio homem ao mercado (para vender sua própria força de trabalho). Para dispor de si mesmo, o homem precisa ser livre. Nesse sentido, a liberdade jurídica é a livre disposição sobre si mesmo como mercadoria daquele que já está subordinado ao reino da necessidade. Isso, no entanto, não é suficiente para realizar o processo de troca de mercadorias. O homem precisa também firmar contratos com outros homens. Para tanto, a igualdade formal é fundamental. Nesses termos, ela significa o acordo entre vontades iguais.

A crítica à forma jurídica serve para analisar o funcionamento do direito em um momento específico da acumulação capitalista, qual seja, o momento em que dinheiro é transformado em capital e que, por meio desse, se faz mais-valia e vice-versa. Esse momento é representado pela notória fórmula D-M-D', em que dinheiro acumulado é investido na produção de mercadorias para obtenção de mais dinheiro (MEW 23, p. 161).

Para a normalização e estabilização desse percurso da acumulação, é preciso que o capital estabeleça mecanismos de indiferença ao seu ato expropriador constitutivo. Isso se torna possível pelo reflexo do valor de troca das mercadorias no trabalho (MEW 23: p. 61). O valor de troca torna as mercadorias equivalentes entre si, não obstante os diversos valores de uso que elas possuem. Dessa equivalência emerge uma identificação entre os diferentes trabalhos concretos, na medida em que todos são expressões da atividade produtiva geral. Ao lado da dimensão concreta, desenvolve-se assim um caráter abstrato (homogeneizador e equalizador) do trabalho (MEW 23: p. 56 ss).

Tem-se, portanto, que, no interior da própria estrutura do trabalho, já estão presentes os componentes e as condições para sua alienação. Enquanto o abstrato expressa igualdade, o concreto implica desigualdades e diferenças. Essa contradição primária entre identidade e não identidade *inscreve mas, ao mesmo tempo, oculta* a relação de exploração na mercadoria (FAUSTO, 1987, p. 293). Torna-se, com isso, fator fundamental da normalização e estabilização do modo de produção capitalista.

A crítica à forma jurídica é um modelo importante para observar os desdobramentos dessa contradição primária. Ela explica por qual razão a dominação adquire a forma de uma dominação abstrata, como a expropriação do trabalho do produtor direto é invisibilizada e de que forma a troca entre equivalentes proporciona a reprodução das desigualdades. Trata-se, portanto, de um capítulo chave da teoria da forma-valor.

Mas o capitalismo se resume a esse ciclo?

3. Acumulação primitiva e expropriações

Para continuar a ser capital, o capital tem de se valorizar sempre e, dado que a produção de valor está atada ao trabalho, ele sempre precisa de mais trabalho do que o necessário, levando-o a produzir um excedente de trabalho e, portanto, de capital (MEW 25, p. 263). Como o valor é um “fim em si mesmo” (*Selbstzweck*), ele se torna “desmedido” (*Masslos*) (MEW 23, p. 161 e 167). Quando atinge um determinado volume de grandeza, esse processo desmedido se depara com as condições sociais possíveis de realização do valor criado. Tem-se, assim, uma sobreacumulação que mina as bases da rentabilidade (MEW 25, p. 261 ss). Nesse momento, o capital precisa recorrer a outro espaço, outro ambiente, criar novas

condições sociais que permitam o excedente fluir, abrindo um novo ciclo de valorização.

No entanto, as relações sociais produzidas por essa dinâmica não correspondem àquelas constituídas pelo princípio da troca de equivalentes. Elas não dizem respeito aos mecanismos de estabilização da acumulação capitalista, mas à sua dinâmica expansionista, aos seus imperativos por crescimento, à sua capacidade de produção e destruição do espaço conforme as necessidades de (re)valorização (DÖRRE, 2012; HARVEY, 2009; LUXEMBURG, 1975).

Para compreendê-las, é preciso recorrermos à noção de repetição da acumulação primitiva e de expropriação capitalista do espaço (*kapitalistische Landnahme*). Em Marx (MEW 23, p. 741), a acumulação primitiva é um ato originário, uma acumulação prévia que é ponto de partida para o modo de produção capitalista. Ela é responsável pelo “processo de separação entre o produtor e os meios de produção”. Trata-se de um ato de expropriação de grupos sociais, cuja consequência é a criação de uma massa livre para vender sua força de trabalho. Esse ato envolve conquistas, colonizações, roubo e leis sanguinárias.

Diferentemente de Marx, Rosa Luxemburgo não se limitou a ver esse fenômeno enquanto “ato originário”, mas fator do desenvolvimento do próprio capitalismo. Para ela, como apenas uma parte limitada da mais-valia consegue ser apropriada no local de sua produção, o sistema sempre necessita recorrer a um “fora” não capitalista para realizá-la por completo (LUXEMBURG, 1975, p. 315). Para isso, emprega métodos que recorrem à violência explícita como “a política colonial, a política de interesses privados e a guerra”.

Segundo essa perspectiva, a expansão do capitalismo é analisada como um processo permanente de superação dos obstáculos e limites à acumulação por meio da mercantilização de espaços ainda não mercantilizados (DÖRRE, 2012, p. 39; HARVEY, 2009, p. 72). Esse processo supõe tanto a impossibilidade de realização completa da mais-valia em seu lugar de produção quanto a pressão da sobreacumulação, que exigem a expropriação de um Fora não capitalista como condição necessária para a realização de parte relativa da mais-valia existente e a amortização de investimentos. Trata-se de uma expropriação permanente do espaço.

4. Expropriações e violência jurídica

Nesse estágio expropriador da acumulação capitalista, o direito não possui as mesmas características que ele desenvolve na etapa de estabilização do sistema descrita por Pachukanis. Como afirma Luxemburgo (1975, p. 397), no reino puro da troca de equivalentes, “domina a paz, a propriedade e a igualdade como formas”, o que significa que “a apropriação da propriedade alheia transforma-se em direito de propriedade; a exploração, em troca de mercadorias; e a dominação de classes, em igualdade”. Já no momento de expropriação dos espaços não capitalistas, “dominam a política colonial, o sistema de empréstimos internacionais, a política de interesses privados e a guerra. Aqui se evidencia, de maneira completamente explícita e aberta, a violência, a fraude, a opressão e a pilhagem”. Em resumo: o direito funciona como violência jurídica explícita e prescrição expressa da desigualdade.

Nessa fase, o direito atua em diferentes processos de ocupação e precarização, movidos pela expansão da acumulação do capital. Esses processos são múltiplos e variam conforme sua escala de ação sobre as diversas territorialidades. Podem, portanto, se reproduzir em um plano macro, como os regimes de austeridade e privatização, em aquisições ilegais de terras (*land grabbing*) por companhias privadas para produzir *commodities* ou em intervenções locais, como as políticas de regularização fundiária, desocupação e especulação imobiliária em bairros operários ou favelas.

Em comum, todas essas medidas têm o fato de se desenvolverem por meio de ações diretas do Estado, que efetuam violentamente a mudança das relações de propriedade então existentes e mercantilizam espaços até então pouco atrativos para a produção de valor (DÖRRE, 2012, p. 30-35; HARVEY, 2007, p. 78). Esse modelo é resultado de reformas legislativas e constitucionais desencadeadas pelo Estado com base em procedimentos legais, que alteram uma organização sócio-jurídica coletiva e comum, substituindo-a por um regime jurídico de direito privado.

Como visto, em um processo de expropriação, há sempre a superação de um mecanismo bloqueador da acumulação e a ocupação capitalista de um ambiente social no qual determinadas necessidades encontravam-se desmercantilizadas. Como essa dinâmica implica a reestruturação espacial, ela importa, ao mesmo tempo, expulsão ou precarização das populações locais, que, uma vez retiradas de seu espaço comum, necessitam vender “livremente” sua força de trabalho. Para isso, no entanto, precisam ser disciplinadas para seu novo papel na cadeia produtiva. Assim, além dos instrumentos de expropriação do espaço público e comum, o direito também participa das técnicas de controle dos expropriados.

5. Etapas da violência jurídica no processo de expropriação capitalista do espaço

O processo da reprodução sócio-jurídica da expropriação capitalista do espaço se desenvolve em três etapas.

a) Othing jurídico

A primeira fase implica a caracterização do *Fora* não capitalista como um *Outro* desviante, inferiorizado e atrasado. A desigualdade materialmente estabelecida pelo ato expropriador, legalmente prescrita, precisa pressupor uma justificativa racional para a situação desigual que será estabelecida. Para tanto, a expropriação capitalista do espaço faz uso de sua dimensão linguístico-discursiva (BACKHOUSE, 2015). Trata-se aqui de um processo simbólico, em que o grupo social e o espaço a serem expropriados são retórica e discursivamente estabelecidos como um *Outro* prejudicado, inferiorizado e atrasado.

Os mecanismos que concorrem para tal processo são muito semelhantes àqueles descritos no conceito de *othering*, de Spivak (1985). *Othering* é um instrumento utilizado para se construir imagens de “culturas diferentes” como representações invertidas de si. Isto é: cria-se a representação de um diferente pelo recurso a figuras estereotipadas com o fim de se estabelecer valores positivos para a própria identidade cultural (COSTA; GONÇALVES, 2011, p. 59).

O principal instrumento jurídico de *othering* são os direitos humanos. O caráter universal dos direitos humanos pressupõe a existência de um conjunto de valores inerentes à natureza humana. Esta propriedade requer não apenas que todos sejam tratados de maneira igual, como também exige que o direito destinado à proteção dos valores humanos seja do mesmo modo universal. Isso significa que: se é verdade que qualquer indivíduo carrega a humanidade em si, como a exteriorização de seus atos é contingente, cabe aos direitos humanos opor-se aos atores, grupos e ações desviantes.

Este é o ponto de partida para se fixar um critério universal e moral de bem e de justiça, que é adotado como medida para julgar a realidade como desviante ou não. Note-se que, para autorizar a aplicação dos direitos humanos, o desviante deve ser considerado como parte da humanidade (mantém-se o universalismo abstrato), mas, ao mesmo tempo, deve ser tomado em sua especial fragilidade (porque é desviante). Se os desiguais são iguais enquanto homens, mas inferiores em suas ações, o grupo autoproclamado “não desviante” pode, então, “proteger” os desviantes. Essa autoproclamação evidentemente reafirma a acumulação de capital e de poder existente na sociedade.

Neste contexto, o discurso humanista torna-se motor de intervenções, correções, controles, violências, conquistas e colonizações. No âmbito do capitalismo global, a estratégia desse discurso é construir uma hierarquia espacial: de um lado, espaços civilizados, detentores das virtudes da racionalização moderna; de outro, bolsões de injustiça, governados por normas irracionais e atrasadas. Uma vez apresentadas como atraso, essas últimas regiões podem ser objeto de missões humanitárias e de modernização. A base desses programas é a expropriação ou tomada capitalista do território, que permitem a expansão da acumulação do capital.

b) Instrumentos jurídicos da privatização

Uma vez caracterizado o *Fora* como *Outro*, o espaço encontra-se preparado para sua mercantilização. Para tanto, o direito desenvolve instrumentos que possibilitam a transferência da propriedade e da prestação de serviço público, coletivo ou comum a atores privados do mercado. Esses instrumentos realizam a desregulamentação, a privatização e a abertura de um determinado setor para o comércio global e a concorrência, podendo assumir diferentes desenhos institucionais: leilões e vendas de bens, vias, empresas ou áreas públicas; concessões; parcerias entre atores públicos e privados; transmissões da propriedade, da administração ou da gestão de um serviço público ou meio coletivo para empresas particulares etc. (PICCIOTTO, 2002). Em comum, esses arranjos operam o deslocamento jurídico da capacidade de alocação de recursos de um ente coletivo ou público (o Estado, por exemplo) para empreendimentos privados, que passam a estabelecer novas instâncias produtivas, definir novos padrões de integração dos setores econômicos, de tecnologias e de relações trabalhistas.

Recentemente, as imagens das remoções de favelas no Rio de Janeiro em função das reformas urbanas destinadas a receber os Jogos Olímpicos de 2016 (que, sob a justificativa de “utilidade pública”, viabilizaram a incorporação de favelas e terrenos populares ao mercado imobiliário e a exploração do turismo) mostram o caráter violento dessas medidas jurídicas. O contingente de policiais e o poderio militar mobilizados confirmam que o instrumental jurídico das desapropriações não é um processo idílico nem igualitário (CUMMINGS, 2015; FREEMAN, 2012; SÁNCHEZ; BROUDEHOUX, 2013).

c) Uso massivo do direito penal

Essa etapa foi amplamente descrita por Marx (MEW 23, p.709), quando analisou a chamada “legislação sanguinária”. Essas leis operavam paralelamente à expropriação dos camponeses de suas terras, principalmente na Inglaterra. À medida que eram expulsos, eles se tornavam completamente livres para vender sua força de trabalho ao capitalista, mas não conseguiam ser automaticamente absorvidos pela economia industrial. De um lado, as manufaturas não cresciam na mesma proporção do número elevado de camponeses expropriados; de outro, esses camponeses, socializados em outras práticas, não correspondiam aos novos padrões de trabalho e modos de vida exigidos. Formava-se, assim, uma massa ainda não economicamente absorvida que necessitava ser ajustada à “disciplina da nova situação” (MEW 23, p. 762). É dessa perspectiva que Marx explicou o surgimento na Inglaterra de diversas legislações contra a vagabundagem e a pauperização.

Esse padrão de funcionamento do direito penal se repete nos processos de expropriação do espaço. O emprego de técnicas jurídicas destinadas à privatização do espaço pressiona grupos sociais e populações locais a se desvincularem de suas comunidades ou coletividades, tornando-os “livres” para vender sua força de trabalho. A partir desse momento, o direito penal é utilizado para fins de disciplinamento da força de trabalho. No contexto atual, trata-se de um disciplinamento para as relações de trabalho precarizadas e flexíveis. Isso se dá por diferentes métodos de repressão e criminalização dos grupos expropriados, tornando-os suficientemente preparados para ingressar no sistema de troca de equivalentes.

6. Conclusão

A reprodução sócio-jurídica do capitalismo se realiza em duas fases: na fase da troca de equivalente e na fase de sobreacumulação. Na primeira, o direito funciona como a forma da igualdade e liberdade abstratas, que se encontra vinculada ao fetichismo da mercadoria para ocultar a apropriação do tempo de trabalho que não foi pago (tal como descrito por **Pachukanis**). Na segunda, o direito reflete o processo expansionista do capitalismo sobre espaços que não são prevalentemente governados pela criação primária de valor. Em tal circunstância, caracterizada pela expropriação de espaços não mercantilizados, o direito aparece como violência jurídica explícita e prescrição expressa da desigualdade. Essa violência se manifesta em três etapas: (a) a criação do *Fora* não capitalista por meio de *othering* jurídico; (b) a privatização e (c) a repressão/disciplinamento pelo direito penal.

Uma vez mercantilizado o novo espaço, estão preenchidas as condições para a estabilização da troca de equivalente. Como, todavia, o ciclo da troca de equivalentes tende à formação de sobreacumulação, ele sempre atinge um ponto nevrálgico, que exige a ativação de novas formas de expropriação de novos espaços. A criação e tomada desse novo espaço acionam a fase explicitamente violenta do direito, criando condições para fluir o capital e, com isso, possibilitar uma nova situação de troca de equivalentes.

Fecha-se, assim, um ciclo de reprodução permanente do direito no capitalismo por meio da alternância contínua entre a forma jurídica fetichista e a violência jurídica explícita.

Referências

BACKHOUSE, M. *Grüne Landnahme - Palmölexpansion und Landkonflikte in Amazonien*. Münster: Westfälisches Dampfboot, 2015.

COSTA, S.; GONÇALVES, G. L. Human rights as collective entitlement? Afro-descendants in Latin America and the Caribbean. *Zeitschrift für Menschenrechte*. v. 2, 2011, p. 52-70.

CUMMINGS, J. Confronting favela chic: the gentrification of informal settlements in Rio de Janeiro, Brazil. In: LEES, L. et al. (Eds.). *Global gentrifications. Uneven development and displacement*: Bristol: Policy Press, 2015, p. 81-100

DÖRRE, K. Die neue Landnahme. Dynamiken und Grenzen des Finanzmarktkapitalismus. In: DÖRRE, K. et al. (Hg.). *Soziologie - Kapitalismus - Kritik: eine Debatte*. Frankfurt: Suhrkamp, 2012, p. 21-86.

ELBE, I. Warenform, Rechtsform, Staatsform. Paschukanis Explikation rechts- und staats-theoretischer Gehalte der Marxschen Ökonomiekritik. *Grundrisse. Zeitschrift für linke Theorie und Debatte*. v. 9 p. 44-53.

FAUSTO, R. *Marx: lógica e política. Investigação para uma reconstrução do sentido da dialética*. v. 2. São Paulo: Brasiliense, 1987.

FREEMAN, J. Neoliberal accumulation strategies and the visible hand of police pacification in Rio de Janeiro. *Revista de Estudos Universitários*. v. 38, n. 1, 2012, p. 95-126.

GONÇALVES, G. L. Kapitalistische Landnahme: Eine Erweiterung der kritischen Rechtssoziologie. *Working Paper der DFG - Kollegforscher - Innengruppe Postwachstumsgesellschaften*. n. 4, 2017a, p. 1-35.

_____. Acumulação primitiva, expropriação e violência jurídica: expandindo as fronteiras da sociologia crítica do direito. *Revista Direito e Praxis*. v. 8, n. 2, 2017b, p. 1028-1082.

HARVEY, D. *A brief history of neoliberalism*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007.

_____. The 'new' imperialism: accumulation by dispossession. *Socialist Register*. 2009, v. 40, p. 63-87.

HEINRICH, M. *Die Wissenschaft vom Wert. Die Marxsche Kritik der politischen Ökonomie zwischen wissenschaftlicher Revolution und klassischer Tradition*. Münster: Westfälisches Dampfboot, 1999.

LUXEMBURG, R. Die Akkumulation des Kapitals. In: Luxemburg, R. *Gesammelte Werke*. v. 5. Berlin: Institut für Marxismus-Leninismus, 1975 [1913].

MARX, K. *Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie*. Band 1. In: *Marx Engels Werke*. Berlin: Dietz, 2013 [1867] (= MEW 23).

_____. *Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie*. Band 3 In: *Marx Engels Werke*. Berlin: Dietz, 2013 [1894]. (= MEW 25).

NAVES, M. B. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2000.

PICCIOTTO, S. Introduction: reconceptualizing regulation in the era of globalization. *Journal of Law and Society*. v. 29, n. 1, 2002, p. 1-11.

PASCHUKANIS, E. *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. Freiburg: ça ira-Verlag, 2003[1924].

SÁNCHEZ, F.; BROUDEHOUX, A-M. Mega-events and urban regeneration in Rio de Janeiro: planning in a state of emergency. *International Journal of Urban Sustainable Development*. v. 5, n. 2, 2013, p. 132-153.

SPIVAK, G. C. The Rani of Simur: an essay in reading the archives. *History and Theory*. v. 24, n. 3, 1985, p. 247-272.

Nota

- (1) Trata-se de versão modificada e reduzida de texto publicado originalmente em alemão (Gonçalves 2017a), cuja versão em português se encontra em GONÇALVES 2017b. Agradeço a Cesar Barreira pelos importantes comentários e sugestões.

Guilherme Leite Gonçalves
Professor de Sociologia do Direito na UERJ.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.

COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana Bragagnollo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Biazzi.

EDITORES IBCCRIM: Rafael Vieira, Taynara Lira e Williams Meneses.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda Filho, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, Andre Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emilia M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Frederico Manso Brusamolín, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Suguiomori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anê Andorffato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Lévio Scattolini, Luan Nogueira Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Gervitz, Luiza Guedes Piráquine, Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene

Cristina Santos, Octavio Orzari, Pedro Beretta, Pedro Augusto Simões da Conceição, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael de Souza Lira, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Rosa Cantal, Salomão Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, Vinicius Vasconcellos, Wilson Tavares e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolín, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Karen Regina Amorim Carmo, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadao, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim,

Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thais Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Adriano Galvão, Eduardo Carvalho e Roberto Portugal de Biazzi.

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: midiafazmal@gmail.com.

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

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.
Tiragem: 4.500 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

INSCRIÇÕES ABERTAS

para a nova edição do

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

O Laboratório de Ciências Criminais é uma iniciativa do IBCCRIM que fomenta a iniciação científica em diversas regiões do país.

Estudantes de graduação, participem do processo seletivo em suas cidades!

REALIZAÇÃO:



O Laboratório é um curso semanal, gratuito, realizado entre março e dezembro em mais de 15 cidades do país, voltado para estudantes de Direito e demais áreas das Ciências Humanas. Saiba mais sobre o Laboratório e como participar: www.ibccrim.org.br

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça

Direito Processual Penal. Litispendência. Condenações transitadas em julgado. Prevalência da sentença mais benéfica.6.^a Turma

HC 281.101/SP

j. 03.10.2017 - public. 24.11.2017

Cadastro IBCCRIM 5788

1. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos (Art. 8º, item 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos). 2. No caso, observa-se que a mesma conduta de subtrair, mediante emprego de arma de fogo, determinado veículo automotor na posse de certa vítima, foi imputada ao paciente em duas ações penais que tramitaram em juízos diversos, donde se infere a ocorrência dupla condenação pelo mesmo fato. 3. No caso, não se nega que, em determinado momento, a ação penal proposta perante o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP encontrava-se eivada de vício, tendo em vista a ocorrência da litispendência, já que ajuizada quando em trâmite outra ação penal, em razão dos mesmos fatos. 4. Ocorre que, quando da confirmação da condenação proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, pela 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (em 26/9/2012), já havia o trânsito em julgado da condenação, por ocasião dos mesmos fatos, proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP (10/9/2012), donde se infere que, na circunstância daquela condenação, já se havia operado o instituto da coisa julgada. 5. Em que pese a referida conclusão justifique a anulação da Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590, da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, cuja pena definitiva foi fixada em 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, tendo em vista que esta pena é a menos grave, em comparação com a pena aplicada na ação penal que transitou em julgado primeiro (7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão), deve prevalecer a situação mais favorável ao paciente. 6. Com efeito, diante do trânsito em julgado de duas sentenças condenatórias contra o mesmo paciente, por fatos idênticos, deve prevalecer o critério mais favorável em detrimento do critério temporal (de precedência), ante a observância dos princípios do *favor rei* e *favor libertatis*. 7. Ordem concedida para reconhecer a coisa julgada entre as ações penais em que o paciente foi duplamente condenado pelo crime de roubo circunstanciado, devendo prevalecer apenas a condenação proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, na Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590, na qual ele foi condenado à pena de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 17 dias-multa.

Relatório

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de F.S.S., em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo. Narram os autos que o Juízo de

Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP, em 11/1/2011, condenou o paciente como incurso nos crimes de extorsão mediante sequestro, às penas de 23 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 16 dias-multa (fls. 27/40 – Ação Penal n. 0000658-92.2010.8.26.0157). Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante o Tribunal *a quo*, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base do paciente, resultando a reprimenda definitiva em 21 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 16 dias-multa (fls. 41/46). Consta dos autos, ainda, que o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, em 18/11/2011, condenou o paciente como incurso no crime de roubo circunstanciado, às penas de 8 anos, 3 meses e 16 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 18 dias-multa (fls. 9/13 – Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590). Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que deu parcial provimento ao recurso, reduzindo a reprimenda a 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 17 dias-multa (fls. 17/23). Aqui, a impetrante alega constrangimento ilegal consistente na condenação do paciente por duas vezes, em decorrência do mesmo fato delituoso (roubo circunstanciado). Sustenta a impetrante, em síntese, que houve dupla condenação, uma vez que se trata de subtração, com emprego de arma, de veículo automotor marca Peugeot, placas DUR 2210, pertencente a P.Z.M.L.N., ocorrido no dia 17 de dezembro de 2009. Ainda, constou nos dois processos que o veículo foi subtraído para ser utilizado em posterior delito de extorsão mediante sequestro (fl. 2). Aduz que a Egrégia 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao manter a condenação nos autos do Processo-Crime n. 177/2010 (de São Vicente), condenando o Paciente pelos mesmos fatos ocorridos e destacados no feito 029/2010 (Cubatão), acabou por submeter o Paciente Fabrício Santos da Silva a constrangimento ilegal por ausência de justa causa, face à violação da garantia constitucional da coisa julgada e, portanto, é ela a Autoridade ora apontada como coatora (fl. 3). Postula, ao final, a concessão da ordem, a fim de que seja anulada a condenação imposta na Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590, da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP. Não houve pedido liminar. Prestadas as informações pelo Juízo de primeiro grau (fls. 62 e 68/382), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 391/393): **HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RACIONALIZAÇÃO NO USO DO MANDAMUS. PRECEDENTES DO STJ E STF. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE PARTES E DOS FATOS. PELO NÃO CONHECIMENTO DO APELO E, CASO ULTRAPASSADO O ÓBICE, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.** É o relatório.

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça ____ 2085

Tribunal de Justiça de
Santa Catarina _____ 2087

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 2088

Superior Tribunal de Justiça ____ 2089

Tribunais de Justiça _____ 2091

Voto

O senhor ministro Sebastião Reis Júnior (relator):

(...)

Busca a impetração o reconhecimento da litispendência entre as ações penais em que o paciente foi condenado duas vezes pelo mesmo fato (roubo circunstanciado), ocorrido em 17/12/2009. Da atenta análise dos autos, observa-se que, de fato, o paciente foi denunciado e foi condenado duas vezes pelo crime de roubo circunstanciado, em razão do mesmo fato delituoso. Na Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590, da 2ª Vara de São Vicente/SP, cuja denúncia foi apresentada em 8/3/2010, o Ministério Público estadual imputou as seguintes condutas delituosas ao acusado (fls. 71/72):

[...]

Consta dos inclusos autos de inquérito policial, de nº 177/10, que no dia 17 de dezembro de 2009, por volta das 17 horas, na Rua João Francisco Bendsorp, Cidade Náutica, nesta comarca, F.S.S., qualificado a fls. 10, subtraiu, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, de P.Z.M.L.N., o automóvel da marca Peugeot, modelo 206 SW14 PRES FX, de placas DUR 2210 (S. Vicente-SP), de propriedade desta. A vítima havia entregado uma peça de roupa a uma vizinha, na mencionada via pública, e retornava ao automóvel subtraído, quando foi empurrada pelo indiciado, que pretendia derrubá-la; mas, conseguiu manter-se em pé e revidou a agressão, empurrando o indiciado, o qual, então, sacou de um revólver e o apontou na direção de sua cabeça, engatilhando a arma e determinando-lhe que desse as chaves do veículo. E Paula, assim intimidada, não mais opôs resistência alguma e entregou ao indiciado as chaves do automóvel. F., ato contínuo, entrou no veículo e sentou-se no banco do motorista, para dar a partida. A vítima, por sua vez, “abriu a porta do carona e tentou puxar a sua bolsa para fora, mas o marginal a segurou e novamente lhe apontou a arma...” (fls. 19). O indiciado, por fim, foi embora, levando consigo o automóvel de Paula, no interior do qual havia, além da bolsa supracitada, com diversos documentos pessoais da vítima, as mercadorias relacionadas nos boletins de ocorrência jantados a fls. 3/6 e 7/9. É dos autos, finalmente, que o automóvel foi localizado, em estado de abandono, no dia 31 de janeiro de 2010, no vizinho município de Cubatão (v. boletim de ocorrência nº 167/10, da Delegacia de Polícia de Cubatão, a fls. 25/27), não havendo notícia da recuperação das coisas móveis que se encontravam no interior do veículo quando de sua subtração, exceto documentos pessoais da vítima, que foram encontrados «no meio do mato, dentro de uma sacola que estava na água» (fls. 19), também no referido município. Posto isso, denuncio F.S.S. como incurso no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, requerendo a V. Exa. que, recebida esta, cite-se e interrogue-se o denunciado, ouça-se a vítima e prossiga-se até final condenação.

[...]

Já na Ação Penal n. 0000658-92.2010.8.26.0157, que tramitou na 3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP, cuja denúncia foi apresentada em 31/3/2010, o Ministério Público estadual afirmou que (fl. 206):

[...]

No dia 17 de dezembro de 2009, por volta das 17h, na Rua João Francisco Bendsorp, São Vicente, F. e D., previamente ajustados e com identidade de desígnios, subtraíram o veículo

Peugeot, placa DUR 2210-São Vicente, cor prata, que estava na posse de P.Z.M.L.N. Enquanto D. permaneceu afastado vigiando a chegada de alguém no local do crime, F. abordou a vítima, empurrando-a e, em seguida, apontou-lhe uma arma de fogo, determinando que entregasse a chave do veículo, o que foi atendido. Ato contínuo, os agentes evadiram-se na posse do automóvel roubado, bem como da bolsa da vítima com documentos, cartões e outros objetos.

[...]

Da análise dos trechos transcritos, observa-se que a subtração do veículo Peugeot, placa DUR 2210 – São Vicente, cor prata, pertencente a P.Z.M.L.N., mediante emprego de arma, foi imputada ao paciente em ambas as ações penais em questão. É certo que em uma delas se imputa, ainda, a majorante do concurso de agentes com o corréu Denilson, mas este foi absolvido ao final da instrução, com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal (fl. 39). Assim, verifico a ocorrência de constrangimento ilegal, não apenas pela ocorrência da litispendência, mas, principalmente, por conta da existência de coisa julgada. Vejamos, o porquê: Confira-se, de início, a lição de Renato Brasileiro de Lima:

[...]

A partir do momento em que uma decisão judicial é proferida, temos que, em determinado momento, tornar-se-á imutável e indiscutível dentro do processo em que foi proferida, seja porque não houve a interposição de recursos contra tal decisão, seja porque todos os recursos cabíveis foram interpostos e decididos. A partir do momento em que não for mais cabível qualquer recurso ou tendo ocorrido o esgotamento das vias recursais, a decisão transita em julgado. Tem-se, então, a coisa julgada. A exceção de coisa julgada exige os mesmos elementos necessários para a arguição da litispendência, isto é, que a imputação em ambos os processos seja idêntica, e que ela tenha sido formulada contra o mesmo acusado. A diferença é que, na litispendência, ainda não há uma decisão transitada em julgado, ou seja, o processo ainda está em andamento.

[...]

(LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal. Volume único, Bahia: Editora Jupodivm, 2016, p. 1.098). Da atenta análise dos autos, verifica-se o seguinte:

Ação Penal:	Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590	Ação Penal n. 0000658-92.2010.8.26.0157
Juízo:	2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP	3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP
Pena:	7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão	7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão
Denúncia (oferecimento):	10/3/2010	31/3/2010
Sentença (prolação):	18/11/2011	11/1/2011
Acórdão (julgamento):	26/9/2012	9/2/2012
Trânsito em julgado:	26/11/2012	10/9/2012

Na Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590, da 2ª Vara de São Vicente/SP, em que o paciente restou condenado pela prática do crime de roubo circunstanciado à pena de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, a ação penal foi proposta em 10/3/2010, tendo a condenação transitado em julgado em 26/11/2012. Na Ação Penal n. 0000658-92.2010.8.26.0157, que tramitou na 3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP, ele restou condenado pelos mesmos fatos delituosos à pena de 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, tendo a ação penal sido intentada em 31/3/2010 e a condenação transitado em julgado em 10/9/2012. Não se pode negar que, em determinado momento, a ação penal proposta perante o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP encontrava-se eivada de vício, tendo em vista a ocorrência da litispendência, já que ajuizada quando em trâmite outra ação penal, em razão dos mesmos fatos. Ocorre que, quando da confirmação da condenação proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, pela 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (em 26/9/2012), já havia o trânsito em julgado da condenação, em razão dos mesmos fatos, proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP (10/9/2012), donde se infere que, na ocasião daquela condenação, já se havia operado o instituto da coisa julgada. Em

que pese a referida conclusão justifique a anulação da Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590, da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, cuja pena definitiva foi fixada em 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, tendo em vista que esta pena é a menos grave, em comparação com a pena aplicada na ação penal que transitou em julgado primeiro (7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão), deve prevalecer a situação mais favorável ao paciente. Com efeito, diante do trânsito em julgado de duas sentenças condenatórias contra o mesmo paciente, por fatos idênticos, deve prevalecer o critério mais favorável em detrimento do critério temporal (de precedência), ante a observância dos princípios do favor rei e favor libertatis. Em face do exposto, concedo a ordem impetrada para reconhecer a coisa julgada entre as ações penais em que o paciente foi duplamente condenado pelo crime de roubo circunstanciado, devendo prevalecer apenas a condenação proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, na Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590, na qual ele foi condenado à pena de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 17 dias-multa.

Sebastião Reis Júnior
Relator

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Direito Penal. Falso testemunho. Advogado acusado de participar. Direito à não-autoincriminação. Atipicidade da conduta.

2ª Câmara Criminal

AP 0900156-96.2014.8.24.0011

j. 21.11.2017 – public. 05.12.17

Cadastro IBCCRIM 5789

(...)

Aquele que se encontra na situação fática de suspeito não comete o crime de falso testemunho, tampouco aqueles que supostamente o induziram a falsear a verdade.

Voto

O senhor desembargador Getúlio Corrêa (relator):

(...)

4. J.A.V., J.L.V., L.A.V.I.A. foram condenados pelo cometimento do delito de falso testemunho, assim tipificado no CP: “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”. Nos apelos, sustentaram, em síntese, que L.A.V., ao prestar esclarecimentos perante o Ministério Público, encontrava-se em situação de investigado, motivo pelo qual não pode ser sujeito ativo do referido delito. Têm razão os recorrentes. Com efeito, observa-se que, por constar, dentre os orçamentos apresentados pela Speed ao Município de Brusque, romaneios da Conexão Auto Elétrica e Ar Condicionado, foi determinada a notificação de seu proprietário, L.A.V., “para prestar depoimento” (fl. 1927). No

documento não constou em qual condição seria ouvido. Entretanto, antes de iniciar sua fala, L.A.V. foi advertido nos seguintes termos pelo Promotor de Justiça Daniel Westphal Taylor: “Sr. L.A., esse depoimento é gravado. Esse processo aqui vai ser usado pra fins penais também, tá? Então o senhor tem o direito de ficar em silêncio se o senhor quiser, tá? Se o senhor mentir aqui hoje, pode ser processado por isso, tá bom? Se o senhor for só testemunha. Se o senhor eventualmente for classificado como investigado, o senhor até tem o direito de mentir, mas aí fatalmente vai acabar sendo processado por outras coisas. Tá certo? Se o senhor não tiver nada a ver com os fatos, se o senhor não for responsável por fatos, e estiver mentindo aqui hoje, o senhor vai ser processado por falso testemunho. Tá bom?» (degravação até 33” da mídia de fl. 2825). Ocorre que, nesse momento, o Ministério Público tinha, no mínimo, suspeitas de que as empresas que forneciam os orçamentos pudessem fazer parte de um esquema para burlar as previsões do contrato administrativo. Exemplo disso é o fato de que foram consideradas “empresas comparsas” em manifestação ministerial e de que foram requeridas “providências para suspender de imediato o contrato com a ‘NIT Clínica Automotiva’ (em todos os setores para a qual ela foi contratada), bem como com qualquer outra empresa que, na forma do acima exposto, tenha colaborado com as fraudes” (fls. 1807 – sem grifos no original). E havia, naquela oportunidade, razão para essa suspeita: existiam diversos orçamentos de empresas distintas, preenchidos com letras similares, não havendo aparente razão lógica (e lícita) para tanto. E, de fato, se os donos dessas empresas tivessem fornecido os materiais ou preenchido fraudulentamente os orçamentos visando, em unidade de designios, fraudar contrato em prejuízo ao erário, seriam considerados, no mínimo, partícipes do delito, por terem prestado auxílio material para sua concretização. A

suspeita do Ministério Público, em si, tinha substrato nos autos e exigia investigação, nos termos do art. 129, VIII, da CF. Assim sendo, porém, não poderia L.A.V. sido ouvido como testemunha e investigado ao mesmo tempo, como aconteceu. Ora, nos termos da advertência feita pelo Ministério Público, pode-se dizer que o ora apelante foi acuado: ou dizia a verdade e “fatalmente” seria processado por outras coisas (alegação, no mínimo, infundada, a tomar pelo fato de que os demais proprietários das empresas nem sequer foram denunciados) ou mentia e seria denunciado por falso testemunho. Ademais, o fato de L.A.V. ido prestar suas declarações acompanhado de advogado tão só reforça sua condição de possível suspeito e investigado. Ressalta-se que essa dúvida advertência feita ao depoente, em que ele supostamente teria sido compromissado, não é capaz de afastar a situação fática em que se encontrava, que era a de suspeito. Muito menos de sobrepor-se ao direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo (CF, art. 5º, LXIII, CADH, art. 8º, 2, “g”, c/c Decreto n. 678/92, e CPP, art. 186). A respeito da “paradoxal condição de imputado travestida na de testemunha”, nas palavras de **Cezar Roberto Bitencourt**, cita-se: “Quem é investigado tem assegurado pela Constituição não apenas o direito ao silêncio, mas fundamentalmente o direito de não produzir prova contra si mesmo. Por isso, quem é investigado, ainda que dissimuladamente pela autoridade investigante/processante, que sói acontecer nas Comissões Parlamentares de Inquérito (e, por vezes, nas investigações procedidas pelo Ministério Público), que fraudam a relação processual, procurando impor ao investigado o compromisso de dizer a verdade a quem é potencialmente investigado, pretendendo ‘extorquir’ declarações sob a ameaça do crime de falso testemunho, eventual declaração que não corresponda à realidade (fazendo afirmação falsa, negando ou calando a verdade) não tipifica o crime de falso testemunho, pois o compromisso prestado é materialmente inválido por contrapor-se ao texto constitucional” (Código Penal comentado. Saraiva. 8. Ed. São Paulo, 2014, p. 1508 – grifou-se). Nessa condição em que o apelante L.A.V. foi ouvido era-lhe facultado, inclusive, mentir, se assim entendesse ser a melhor estratégia, como expressão do direito de defesa (CF, art. 5º, LV). Assim, se L.A.V. não era testemunha, mais sim suspeito, não está presente a elementar do tipo, a ensejar o reconhecimento da atipicidade da conduta. Nesse sentido: “1. *Habeas Corpus*. 2. Falso testemunho (CPM, art. 346). 3. Negativa em responder às perguntas formuladas. Paciente que, embora rotulado de testemunha, em verdade encontrava-se na condição de investigado. 4. Direito constitucional ao

silêncio. Atipicidade da conduta. 5. Ordem concedida para trancar a ação penal ante patente falta de justa causa para prosseguimento” (STF, *HC* n. 106876, Min. **Gilmar Mendes**, j. 14.06.2011). “FALSO TESTEMUNHO. IMPOSSIBILIDADE DE OBRIGAR O DEPOENTE A DIZER A VERDADE SOBRE FATOS QUE POSSAM INCRIMINALO. DIREITO AO SILÊNCIO E À NÃO AUTO-ACUSAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. A Constituição Federal assegura a todos os investigados o direito ao silêncio e à não auto-incriminação, motivo pelo qual, ainda que compromissada em juízo, a testemunha não é obrigada a dizer a verdade sobre fatos que possam ensejar a sua acusação pela prática de algum crime. Doutrina. Precedentes” (STJ, *HC* n. 326956, Min. Jorge Mussi, j. 05.11.2015). Ante a ausência da elementar, o fato é atípico, logo o réu L.A.V. deve ser absolvido, na forma do art. 386, III, do CPP. Os réus J.A.V., J.L.V. e I.A. foram condenados porque teriam induzido L.A.V. falsear a verdade. Foram considerados, portanto, partícipes do delito. Ocorre que, reconhecida a atipicidade da conduta de L.A.V., por consequência lógica, igualmente é atípica a conduta daqueles que teriam induzido o suspeito a mentir. Afinal, se não há a elementar do tipo em relação ao autor, igualmente não há para aqueles que concorreram para o delito de modo subsidiário (participação). A fim de elucidar a questão, cita-se um exemplo: imputada a prática de crime de furto a autor e partícipe, demonstrada que a coisa não era alheia, não é possível o reconhecimento da atipicidade tão somente para o autor, permanecendo a condenação do partícipe. Em caso como o dos autos, versando sobre a participação em falso testemunho e reconhecido o direito do autor de não se auto-incriminar, a atipicidade atingiu a conduta do partícipe. Veja-se: “*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. FALSO TESTEMUNHO. ADVOGADO. PARTICIPAÇÃO. CABIMENTO TESTEMUNHA. AUTOINCRIMINAÇÃO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. ATIPICIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O falso, que afasta a auto-incriminação, não caracteriza o delito tipificado no artigo 342 do Código Penal. 2. Ordem concedida. *Habeas corpus* de ofício” (STJ, *HC* n. 47125, Min. **Hamilton Carvalhido**, j. 02.05.2006). Assim, os réus J.A.Vargas, J.L.V. e I.A. também devem ser absolvidos do crime do art. 342 do CP, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Getúlio Corrêa
Relator

2088

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Direito Processual Penal. Prisão preventiva.

Excesso de prazo. Relaxamento da prisão.

1. Habeas corpus. 2. Crimes ambientais, porte de arma de fogo e formação de quadrilha. Prisão temporária convertida em preventiva. 3. Alegações de ausência de motivação para segregação cautelar e excesso de prazo na formação da culpa. 3.1. Custódia cautelar justificada na necessidade de garantir a ordem pública. Temor à vida apartado de elementos concretos a demonstrar sua potencial

ocorrência. Inviabilidade. 3.2. Excesso de prazo configurado. Aparente contribuição da defesa para demora no encerramento da instrução criminal. 4. Concessão da ordem de habeas corpus para reconhecer o excesso de prazo e, assim, relaxar a prisão dos pacientes, ressalvada a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão pelo juízo de primeiro grau.

(STF – 2.ª T. – *HC* 110.120 – rel. **Gilmar Mendes** – j. 06.09.2016 – public. 15.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5790**).

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Revogação da prisão preventiva.

1. Conforme reiterada jurisprudência da Corte, o *habeas corpus* está prejudicado apenas se a sentença condenatória que mantém o condenado preso se vale de fundamentos diversos daqueles adotados pelo decreto de prisão preventiva, o que não ocorreu na espécie vertente (v.g. HC nº 122.939/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 6/10/14). 2. A sentença condenatória, ainda que se tenham agregado outros argumentos, amparou-se essencialmente nos mesmos fundamentos do primitivo decreto de prisão preventiva – risco à instrução e garantia da ordem pública, em face do risco de reiteração criminosa e da gravidade concreta da conduta - para manter a custódia do paciente. 3. Nesse contexto, a superveniência da sentença penal condenatória não torna prejudicado o *habeas corpus*. 4. A sentença invocou, para justificar a custódia do paciente, a necessidade de se garantir uma instrução criminal já encerrada. 5. Decretada a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar por necessidade da instrução, encerrada essa, desaparece o substrato fático que autoriza sua manutenção, razão pela qual, por esse fundamento, a medida adotada não mais pode subsistir. Precedentes. 6. É indevida a invocação, na sentença, da suposta necessidade de se resguardarem outras investigações policiais, bem como a instrução de procedimento penal que tramita em juízo diverso. 7. Essa necessidade deverá ser demonstrada nos respectivos procedimentos e submetida à apreciação de seu juiz natural. 8. Quanto à garantia da ordem pública, os fatos que deram ensejo ao aventado risco de reiteração delitiva estavam longe de ser contemporâneos à manutenção do decreto prisional. 9. Em consequência, por ter sido decretada muito tempo após a última intercorrência ilícita noticiada, o título não deve subsistir por esse fundamento. 10. Como destacado por esse Colegiado no julgamento do HC nº 127.186/PR, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 3/8/15, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar. 11. O princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), como norma de tratamento, significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem ser a esse equiparado. 12. Descabe a utilização da prisão preventiva como antecipação de uma pena que nem sequer foi confirmada em segundo grau, pois, do contrário, estar-se-ia implementando verdadeira execução provisória em

primeiro grau, contrariando o entendimento fixado pela Corte no julgamento do HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/16. 13. Entendimento diverso importaria na restauração do instituto da prisão preventiva obrigatória, ratio da primeira redação do art. 312 do Código de Processo Penal, a qual estabelecia essa modalidade odiosa de constrição nos crimes cuja pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, tendo sido acertadamente revogada pela Lei nº 5.349/73. 14. Ordem de *habeas corpus* concedida para se revogar a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo de que o juízo de primeiro grau venha a fixar eventuais medidas cautelares dela diversas (art. 319, CPP).

(STF – 2.ª T. – HC 136.223 – rel. José Antonio Dias Toffoli – j. 25.04.2017 – public. 15.12.2017 – Cadastro IBCCRIM 5791)

Direito Penal. Fraude a licitação. Atipicidade da conduta.

1. Em se tratando de ação penal oriunda do primeiro grau de jurisdição, o regular prosseguimento do feito reclama a adequação dos ritos procedimentais, com o exame do pedido de absolvição sumária formulado na defesa escrita. Precedente: AP 630 AgR/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe 22.3.2012. 2. Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), a conduta de quem, em tese, frauda licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias. 3. À míngua de quaisquer das hipóteses legais enumeradas no art. 397 do Código de Processo Penal, remanesce íntegra a acusação quanto ao delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967. 4. Questão de ordem, em parte, acolhida, para absolver sumariamente o parlamentar denunciado da prática do crime tipificado no art. 96, I e IV, da Lei 8.666/1993, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal, prosseguindo-se a ação penal no tocante ao delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967.

(STF – 2.ª T. – AP QO 991 – rel. Edson Fachin – j. 28.11.2017 – public. 15.12.2017 – Cadastro IBCCRIM 5792)

Jurisprudência compilada por
Vivian Peres da Silva.

Superior Tribunal de Justiça

Direito Penal. Fraude a licitação. Cartel. Atipicidade das condutas.

1. Transcorrido lapso temporal superior a 8 anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, configura-se a perda da pretensão punitiva estatal quanto ao delito do art. 90 da Lei 8.666/93, porquanto os fatos são anteriores à Lei 12.234/2010. 2. O tipo penal do art. 96 da Lei 8.666/93, por se tratar de delito material, exige a ocorrência do resultado naturalístico, com descrito prejuízo à Fazenda Pública. 3. Ausente a demonstração do prejuízo causado à Fazenda Pública, sequer descrito, mormente porque a empresa que adjudicou o objeto da licitação não integrava o cartel referido na denúncia, vê-se a atipicidade da conduta imputada. 4. O delito do art. 4º, II, da Lei 8.137/90 exige a demonstração que os

acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo domínio de mercado. 5. Não havendo descrição fática suficiente da concentração do poder econômico, ou de que os acordos ajustados teriam sido efetivamente implementados com domínio de mercado, não há falar em formação de cartel, porquanto não demonstrada ofensa à livre concorrência. 6. A ausência de descrição do efetivo prejuízo à Fazenda Pública exigido pelo art. 96 da Lei 8.666/93, uma vez que o bem licitado foi adjudicado a empresa estranha ao suposto cartel, e da demonstração do domínio de mercado exigido pelo art. 4º da Lei 8.137/90, impõe o restabelecimento da decisão de rejeição da denúncia, com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal. 7. Declarada de ofício a extinção da

punibilidade de W.D.I., quanto ao delito do art. 90 da Lei 8.666/93, e julgado prejudicado, nesta parte, o recurso especial, dando-lhe provimento para restabelecer a decisão de rejeição da denúncia, quanto aos demais delitos.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.683.839 – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 12.12.2017 – public. 19.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5793**)

Direito Processual Penal. Interceptação telefônica. Prorrogação do prazo. Prova ilícita.

1. É exigida não só para a decisão que defere a interceptação telefônica, como também para as sucessivas prorrogações, a concreta indicação dos requisitos legais de justa causa e imprescindibilidade da prova, que por outros meios não pudesse ser feita. 2. Diante da ausência de fundamentação suficiente e válida, resta considerar eivadas de ilicitude as decisões que deferiram as prorrogações da medida de interceptação telefônica, assim como as novas decisões de quebra do sigilo telefônico. 3. Recursos especiais providos para declarar nulas as prorrogações e as novas quebras autorizadas e, bem assim, das provas consequentes, a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes, estendido seus efeitos aos demais corréus, ficando prejudicadas as demais questões arguidas nos recursos especiais.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.691.902 – rel. **Nefi Cordeiro** – j. 28.11.2017 – public. 04.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5794**)

Direito Penal. Furto. Insignificância. Atipicidade material da conduta.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas. 4. Posta novamente em discussão a questão da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, mesmo diante da reincidência do réu, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, *DJe* 10/12/2015), estabeleceu a tese de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, a verificação que a medida é socialmente recomendável. 5. Situação em que a tentativa de furto de 1 (uma) peça de carne bovina, avaliada em R\$ 118,06 (cento e dezoito reais e seis centavos), bem como o produto foi devolvido à vítima. 6. Ademais, como o próprio Juízo de primeiro grau havia afirmado, ao conceder a liberdade provisória, que o paciente

encontra-se desempregado, em situação de hipossuficiência social, uma vez que faz tratamento clínico, recebendo tão somente o valor do bolsa família, devendo-se, pois, concluir que se trata também de caso de furto famélico. 7. Assim, na espécie, a situação enquadra-se dentre as hipóteses excepcionais em que é recomendável a aplicação do princípio da insignificância a despeito da existência de reincidência, reconhecendo-se a atipicidade material da conduta. Precedentes análogos: AgRg no REsp 1415978/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 02/02/2016, *DJe* 15/02/2016 e AgRg no AREsp 633.190/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 14/4/2015, *DJe* 23/4/2015, entre outros. 8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a sentença absolutória.

(STJ – 5.ª T. – HC 418.945 – rel. **Reynaldo Soares da Fonseca** – j. 07.12.2017 – public. 13.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5795**)

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Substituição por prisão domiciliar.

1. Consoante o entendimento consolidado desta Corte Superior de Justiça, “excepcionalmente, pode-se conceder ao preso provisório o benefício da prisão domiciliar, quando demonstrado que o seu estado de saúde é grave e que o estabelecimento prisional em que se encontra não presta a devida assistência médica. [...] a Lei n. 12.403/2011, a qual entrará em vigor dia 4/7/2011, já permite, na linha da jurisprudência adotada neste Superior Tribunal, a possibilidade, em caso de doença grave, de o magistrado substituir a prisão preventiva por domiciliar (art. 282, II, e 318, II, do CP)” (*HC* n. 202.200/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, 6ª T., *DJe* 24/8/2011). 2. Conforme apontado pelo Pretório Excelso no julgamento ADPF n. 347/DF, é “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”. 3. Na hipótese, é notório e incontroverso o acometimento do paciente por um quadro de tuberculose pulmonar, bem como a precariedade das instalações do estabelecimento prisional em que cumpre pena, de modo que, enquanto perdurar o agravado estado de saúde, é imperioso o seu afastamento do sistema carcerário. 4. *Habeas corpus* concedido para, confirmada a liminar anteriormente concedida, substituir a prisão preventiva do paciente pela domiciliar.

(STJ – 6.ª T. – HC 415.508 – rel. **Rogério Schiatti Cruz** – j. 12.12.2017 – public. 19.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5796**)

Direito Processual Penal. Lei de crimes ambientais. Conflito de competência entre Justiça Estadual e Justiça Federal.

1. O presente conflito de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal. 2. Em análise à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça - STJ constata-se haver diferenciação de responsabilidade da CEF conforme sua atuação como agente meramente financeiro ou como agente executor de políticas públicas responsável pela execução da obra. Todavia, verifica-se que o fato de o imóvel não estar edificado não implica, por si só, a responsabilização da CEF por danos causados pela obra, sendo imprescindível a

análise contratual e riscos por ela assumidos. Precedentes. Para a responsabilização da CEF por dano ambiental causado pela obra é imprescindível sua atuação na elaboração do projeto, mormente em se tratando de direito penal que inadmita a responsabilidade objetiva. O contrato entre a CEF e a construtora evidencia que o acompanhamento da obra foi restrito à verificação de conclusão de etapas para a liberação do financiamento, sem responder, contudo, pela higidez da obra, que ficou a cargo apenas da construtora. Na espécie, verifica-se que a fiscalização da CEF limitou-se ao cumprimento do cronograma da obra para fins exclusivamente financeiros. 3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal de Santa Rosa/RS, o suscitante.

(STJ – 3.ª S. – CComp. 139.197/RS – rel. **Joel Ilan Paciornik** – j. 25.10.2017 – public. 09.11.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5797**)

Direito Processual Penal. Medida socioeducativa de internação. Gravidade abstrata do ato infracional.

1. Dispõe o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a aplicação de medida socioeducativa de internação é possível nas seguintes hipóteses: pela prática de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta. 2. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente, conforme consignado no enunciado da Súmula n. 492 do STJ. 3. A medida socioeducativa extrema está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que denota a ilegalidade da constrição determinada em desfavor do ora paciente, com base na gravidade abstrata do ato infracional. 4. Muito embora não se possa considerar inexpressiva a quantidade de entorpecente apreendida em poder do adolescente - 85g (oitenta e cinco gramas)

Tribunais de Justiça

Execução penal. Garantias do apenado. Direito de visita.

O direito de visita, assegurado no art. 41, inc. X, da LEP, não apenas constitui o principal meio de manutenção dos vínculos familiares, como assume, na gravíssima crise que atinge o sistema penitenciário do Estado, caráter de importante ferramenta de amparo do preso. O direito de visitas adquire, hoje, diante do quadro de absoluta omissão do Estado, posição de especial relevância no processo de ressocialização do preso. Nesse contexto, o impedimento ao ingresso de menores de idade, familiares do preso, deve constituir não a regra, mas a exceção, buscando-se sempre a proteção dos vínculos afetivos e a reinserção do preso em seu núcleo familiar. No caso, não há qualquer elemento que contraindique o ingresso da irmã do apenado, adolescente com 12 anos de idade. Maior cautela, entretanto, se faz necessária quanto aos sobrinhos do preso, diante da tenra idade (1 ano e 7 meses, e 6 anos), cujo ingresso deve necessariamente estar condicionado à existência, no estabelecimento prisional, de ambiente adequado ao recebimento da criança, atentando-se para a necessidade de especial proteção à sua saúde. Decisão indeferitória parcialmente reformada. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. M/AG 3.643

de maconha -, deve ser considerada a primariedade do paciente, não havendo nem sequer notícia sobre eventual existência de outros processos nos quais se impute ao menor a prática de atos infracionais, evidenciando a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa de semiliberdade. 5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, ratificando a liminar, determinar a aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade ao paciente.

(STJ – 6.ª T. – HC 412.639/SP – rel. **Antonio Saldanha Palheiro** – j. 12.12.2017 – public. 19.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5798**)

Direito Penal. Homicídio qualificado por motivo torpe. Exclusão da qualificadora.

1. A vingança como motivo é aquela que mais vivamente ofende a moralidade média, o senso ético social comum. É o motivo abjeto, repugnante, indigno. A realidade fática, as características do acontecimento, as peculiaridades relevantes e as condições das pessoas envolvidas é que nortearão o intérprete na acolhida ou na repulsa do gravame. 2. Embora reprovável, não se pode acoiar de repugnante o sentimento do acusado no presente caso, que matou a vítima para vingar a morte de seu pai, a qual ocorreu quando o réu era criança e de forma violenta, pois, depois de ser morto, seu pai fora jogado aos porcos. Tal circunstância, no passado, afasta, de plano, a apontada torpeza do motivo. 3. Permite-se a exclusão das qualificadoras do crime de homicídio quando manifestamente improcedentes, isto é, quando completamente destituídas de amparo legal, como na hipótese. 4. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1637001/PR – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 12.12.2017 – public. 19.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5799**)

Jurisprudência compilada por
*Milene Maurício
e Vivian Peres da Silva.*

2091

- S 30.11.2017 - P 537

(TJRS – 6.ª Câmara – Ag. 70075513275 – rel. **Aymoré Roque Pottes de Mello** – j. 30.11.2017 – public. 05.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5800**)

Direito Processual Penal. Réu preso não conduzido a audiência de instrução. Nulidade absoluta.

No caso, em questão prejudicial de ofício, impende decretar a nulidade do processo-crime sob exame a partir do início da sua instrução probatória, inclusive, pois o réu estava sob a tutela do Estado mediante prisão cautelar no processo, não tendo sido conduzido pelo órgão penitenciário à audiência de instrução realizada, na qual foram inquiridas, inclusive, as vítimas e as testemunhas, cujos depoimentos foram usados, na sentença recorrida, como base estruturante do seu veredicto condenatório. Ainda no ponto, a nulidade absoluta ocorrida também avulta em face da caracterização do estado de vacância técnico-defensiva do réu no processo, pois o seu Defensor Público não titulava poderes mandatários ad judicium escritos que lhe outorgasse, modo

expresso, a faculdade de dispensar a presença pessoal de réu preso a solenidade instrutória oral decisiva para o julgamento da pretensão punitiva deduzida pelo dominus litis contra ele. Tratando-se de violações às garantias constitucionais do réu no *due process of criminal law*, a nulidade absoluta dos atos instrutórios viciados pode ser conhecida e declarada a qualquer tempo e grau de jurisdição, afastando a aplicação da Súmula, verbete 160, do STF. Destarte, réu preso e condenado com base em provas colhidas em solenidade de instrução à qual não foi conduzido e, portanto, não teve a oportunidade de exercer a sua defesa pessoal, está configurado o prejuízo concreto do réu no processo, decorrente de violação às suas garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório no devido processo legal aplicável à espécie, daí resultando a desconstituição da sentença condenatória, com a declaração de nulidade absoluta do processo a partir dos atos instrutórios orais nulos, inclusive, e a determinação de retorno dos autos ao Juízo *a quo*, para a renovação dos atos de instrução oral desconstituídos e a subsequente procedimentalização do feito na forma da lei, ficando prejudicado o exame e resolução do presente recurso de apelação no mérito da causa. EM QUESTÃO PREJUDICIAL DE OFÍCIO, DECLARAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO A PARTIR DO INÍCIO DOS ATOS DE INSTRUÇÃO ORAL, COM DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. SENTENÇA CONDENATÓRIA DESCONSTITUÍDA. APELO PREJUDICADO NO MÉRITO.

(TJRS – 6.ª Câmara – Ag.Exec. 70075513275 – rel. **Aymoré Roque Pottes de Mello** – j. 30.11.2017 – public. 05.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5801**)

Direito Penal. Furto tentado. Princípio da insignificância. Atipicidade da conduta.

No caso, os bens subtraídos - dois pares de chinelos - foram avaliados globalmente em R\$57,98 (cinquenta e sete reais e noventa e oito centavos), equivalentes a 7,35% do salário mínimo vigente à época do fato (R\$788,00), reclamando, na espécie vertente, a incidência do princípio da insignificância, pois não estão configurados o “desvalor da conduta” do réu-embargante e o “desvalor do resultado”, uma vez que a ação por ele empreendida consistiu em se apoderar dos dois pares de chinelos que estavam à venda no estabelecimento comercial, sendo abordado na saída do local, quando o agente de segurança verificou que os bens estavam no interior da sua mochila, sendo os objetos prontamente apreendidos e restituídos. Ainda no ponto, segundo recente julgado paradigmático do STF (*HC 145.406/MG*, STF, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 31/08/2017, j. monocrático), com pertinência temática no caso concreto, em que a alegada habitualidade delitativa, substanciada “na existência de procedimentos penais contra o paciente, arquivados ou em curso, nos quais ainda não se registrou condenação penal com trânsito em julgado”, caracteriza “situação que não basta, só por si, para afastar o reconhecimento, no caso, do delito de bagatela”, suscitando a “incidência, em tal hipótese, da presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVIII)”, aplicando-se à espécie os “precedentes” do Supremo Tribunal Federal na matéria. Natureza fragmentária do Direito Penal. Incidência do princípio da insignificância no caso. A reincidência não impede o reconhecimento do crime bagatela, conforme paradigmas jurisprudenciais recentíssimos do STF e do STJ. RECURSO PROVIDO.

(TJRS – 6.ª Câmara. Crim. – AP 70075352229 – rel. **Aymoré Roque Pottes de Mello** – j. 30.11.2017 – public. 05.12.2017 – **Cadastro 5802**)

Direito Processual Penal. Cerceamento de defesa. Nulidade.

Preliminar de nulidade da instrução pela inobservância da Súmula Vinculante nº 11 do STF. Equivocada a ideia de que o uso de algemas representa emprego de força, pois se trata de um meio para evitá-la, na medida em que é menos arriscado imobilizar o réu do que ter de fazer uso de força física para detê-lo/contê-lo. A previsão da Súmula 11 do STF assegura garantias aos presos, é verdade, mas na prática torna-se premente garantir, também, a segurança dos presentes e dos agentes policiais. Estando devidamente justificado em ata de audiência, o uso de algemas é permitido, não havendo falar em nulidade. Preliminar rejeitada. Preliminar de Nulidade - Cerceamento de Defesa - Colidência. Compromete as garantias da ampla defesa e do contraditório o fato de um mesmo advogado representar os interesses conflitantes de dois acusados, especialmente quando D. fez-se revel e não apresentou versão judicializada e R. se eximiu de qualquer responsabilidade, atribuindo ao corréu D. a posse dos bens furtados. A renovação do interrogatório é de rigor, pois existência de teses ou versões colidentes entre os réus exige a nomeação de patronos distintos e, ainda, em momento processual que seja possível a construção de tese defensiva. No caso concreto, apenas com a pluralidade de procuradores seria possível a elaboração de perguntas relacionadas à atribuição de autoria realizada por R. contra D. durante seu interrogatório, não se podendo admitir que o advogado que estava representando seus interesses o contestasse para, ao mesmo tempo, defender os interesses de D.. 1º PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. UNÂNIME. 2º PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA. UNÂNIME. MÉRITO PREJUDICADO. UNÂNIME.

(TJRS – 6.ª Câmara. Crim. – AC 70075342147 – rel. Ícaro Carvalho de Bem Osório – j. 13.12.2017 – public. 15.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5803**)

Direito Penal. Falsidade ideológica. Desclassificação.

É cabível a desclassificação para o delito de falsa identidade quando o agente atribuir-se nome falso perante autoridade policial, no ímpeto de ocultar maus antecedentes e outras vantagens pessoais, sem apresentação de documento falso. Embargos Infringentes e de Nulidade que se acolhem, ante o acerto do voto vencido.

(TJMS – 2.ª S. Crim. – EIN 0004738-13.2013.8.12.0019 – rel. **Carlos Eduardo Contar** – j. 25.10.2017 – public. 05.11.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5804**)

Direito Processual Penal. Código de Trânsito Brasileiro. Medida cautelar restritiva de direitos.

Deve ser afastada a medida cautelar de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por um ano se, além de ser severa e desproporcional, foi aplicada sem fundamentação concreta. Recurso provido.

(TJMS – 2.ª Câmara. Crim. – RES 0000468-47.2017.8.12.0037 – rel. **Ruy Celso Barbosa Florence** – j. 27.11.2017 – public. 13.12.2017 – **Cadastro IBCCRIM 5805**)

Jurisprudência compilada por

Caroline Bussoloto De Brum,
Gabriela Rodrigues Soares,
Marcela Vieira da Silva e
Roberta Werlang Coelho Beck.