

REVISTA JURÍDICA

Eletrônica

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo | Vol. 2 | Abril 2018

PENAL E PROCESSO PENAL

ARTIGOS SELECIONADOS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA



3 DE FEVEREIRO DE 1874

REVISTA JURÍDICA

Eletrônica

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo | Vol. 2 | Abril 2018

PENAL E PROCESSO PENAL

ARTIGOS SELECIONADOS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA



3 DE FEVEREIRO DE 1874

O Tribunal de Justiça de São Paulo apresenta o segundo volume da Revista Jurídica Eletrônica, reunindo temas relacionados com o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

A Revista Jurídica Eletrônica realiza, no ambiente do canal próprio do Tribunal de Justiça, a divulgação da produção intelectual dos magistrados, além de contar com valiosa colaboração de autores e professores das principais universidades.

A atividade intelectual desenvolvida pelos magistrados, advogados e representantes do Ministério Público reúne ingredientes indispensáveis para o debate e o enfrentamento das questões submetidas ao controle jurisdicional, considerando, para tanto, que a velocidade da comunicação eletrônica contribui para a pesquisa a partir da criação de um periódico eletrônico que utiliza as facilidades e as funcionalidades das tecnologias da informação e comunicação.

Nesse cenário, a Revista constitui veículo periódico de comunicação eletrônica, maximizando o emprego desta produção para repercutir no ambiente do Direito, a partir da formação de material de pesquisa que irá emprestar suporte técnico nas atividades de pesquisa e reflexão sobre a interpretação a ser empregada para a norma jurídica, versando sobre temas relevantes do nosso cotidiano forense.

A finalidade deste periódico não se restringe à divulgação de artigos doutrinários. Em outra etapa a Revista pretende reunir, também, comentários a acórdão e jurisprudência especialmente selecionada, gravitando em torno de temas relevantes de diversas áreas do Direito. Imaginase que, a partir da constituição do Conselho Editorial, as futuras edições possam versar sobre tema específico de determinada área do Direito e, com isso, observar seu enfoque na doutrina e na jurisprudência.

Atualmente parece surgir um novo modo de pensar o Direito Penal e o Direito Processual Penal, que aponta para uma significativa mudança de paradigma a partir de uma nova perspectiva empregada para a apuração dos ilícitos penais. Nesse cenário, inegável o papel de destaque assumido pelo Judiciário como verdadeiro protagonista do significativo avanço institucional nos últimos tempos, especialmente no combate à ilegalidade e à improbidade no trato da coisa pública.

Com imensa satisfação a Revista Eletrônica do Tribunal de Justiça conta com valiosa contribuição dos autores que prontamente aceitaram refletir e escrever sobre temas relacionados com o Direito Penal e Direito Processual, dentre os quais alguns intimamente relacionados com as questões que despertam interesse na mídia nos últimos dias.

No ambiente virtual hoje tudo se sabe. A Revista ocupa espaço sem pretender dissipar dúvida, mas sim aproveitar velocidade e o alcance da informação eletrônica para propiciar a reflexão e o debate de questões relevantes do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

A criação desse canal no seio do Tribunal de Justiça permitirá a divulgação da produção intelectual dos magistrados e acadêmicos, proporcionando a formação de material de pesquisa que certamente contribuirá para a reflexão sobre temas relevantes do nosso cotidiano forense, propiciando a expansão do conhecimento e o aprimoramento da nossa atividade.

José Maria Câmara Junior
Desembargador

Gilson Delgado Miranda
Juiz Substituto em 2º Grau



REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA

Edição nº2 - Abril 2018 - São Paulo - SP

ISSN: 2595-0193

A Revista Jurídica Eletrônica é uma publicação digital bimestral do TJSP que reúne artigos doutrinários, comentários de acórdãos e jurisprudência sobre diversas áreas do Direito.

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças

Autores

Alamiro Velludo Salvador Netto
Francisco José Galvão Bruno
Gláucio Roberto Brittes de Araújo
José Damião Pinheiro Machado Cogan
Lauro Mens de Mello
Milton Paulo de Carvalho
Renato de Mello Jorge Silveira
Roberto Caruso Costabile e Solimene
Roberto Grassi Neto
Thiago Anastácio
Ulisses Augusto Pascolati Junior

Layout e Diagramação

Daniel Gaiciner Minghin
Mario Cesar Silva

Revisão

Rosângela Maria Moraes Sanches

Realização

Tribunal de Justiça de São Paulo
Secretaria da Presidência
Diretoria de Comunicação Social

Periodicidade Bimestral

Endereço eletrônico:
issuu.com/revistajuridicaeletronica



Considerações sobre a Pena de Multa <i>Alamiro Velludo Salvador Netto</i>	11
Colaboração Premiada: Algumas (Singelas) Observações à Luz dos Modernos Desafios ao Direito Penal Democrático <i>Francisco José Galvão Bruno</i>	31
Os Abusos dos Crimes de Abuso de Autoridade <i>Gláucio Roberto Brittes De Araújo</i>	55
Da Prisão em Flagrante de Magistrados e Membros do Ministério Público Frente ao Regimento Interno do TJSP e à Lei nº 12.403, de 4 de Maio de 2011 <i>José Damião Pinheiro Machado Cogan</i>	97
Desafios Penais de um Mundo Novo <i>Lauro Mens de Mello Thiago Anastácio</i>	121
Direitos da Vítima no Projeto de Código de Processo Penal (PL 8045/2010) <i>Milton Paulo de Carvalho</i>	145
Permissões e Restrições: o Curioso Caso dos Indultos de 2017 <i>Renato de Mello Jorge Silveira</i>	209
O Supremo Tribunal Federal, o Julgamento do HC 143.641 e o Caso das Mulheres Submetidas à Prisão Cautelar no Sistema Penitenciário Nacional, que Ostentem a Condição de Gestantes, de Puérperas ou de Mães de Crianças com até 12 Anos de Idade sob sua Responsabilidade <i>Roberto Caruso Costabile e Solimene</i>	233
Da Prisão por Força de Acórdão Condenatório Emanado de Órgão Colegiado de Segundo Grau de Jurisdição <i>Roberto Grassi Neto</i>	255
Influências das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Comissão e Corte Interamericana) no Ordenamento Jurídico-Penal Relativamente ao Delito de Redução a Condição Análoga à de Escravo (art. 149, CP) <i>Ulisses Augusto Pascolati Junior</i>	291

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PENA DE MULTA

Alamiro Velludo Savaldor Netto

ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO

Professor Titular do Departamento de Direito Penal
Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo (FDUSP)
Advogado

1) **APONTAMENTOS INICIAIS**

O Direito Penal brasileiro estabeleceu a pena de multa como uma das espécies de sanção, ao lado das penas privativas de liberdade e das restritivas de direitos. As disposições que a regulam estão tanto na codificação penal quanto na Lei de Execução Penal. Em sintética definição, cuida-se a multa de sanção de cunho patrimonial, cuja finalidade é impor ao condenado uma diminuição econômica que tenha um caráter aflitivo e de punição. A multa não se confunde, portanto, com outros tipos de disposições patrimoniais que podem advir do delito, como, por exemplo, a obrigação de reparar o dano ou a prestação pecuniária. A sua natureza é punitiva¹.

Existente deste a antiguidade, a pena de multa atravessou alguns períodos de significativa importância e outros de esquecimento. Um destes momentos de pouca relevância foi exatamente o apogeu da pena de prisão, quando todas as atenções do sistema punitivo parecem ter se voltado para o cerceamento da liberdade dos condenados. Entretanto, MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN destacam que o século XX permitiu um novo auge para esta modalidade de punição. Foram reconhecidas vantagens da pena de multa em face das privativas de liberdade, *incorporando-se amplamente nos sistemas jurídicos contemporâneos e estabelecendo-se frequentemente como possibilidade de aplicação em lugar da pena de prisão de curta duração*.²

¹ PRADO, originalmente em dissertação de mestrado defendida na PUC/SP, destaca que: “A pena de multa opera uma diminuição do patrimônio do indivíduo”. Assim, a “perda de determinada importância representa sua consistência material e a imposição retributiva a razão de ser da perda”. PRADO, Luiz Regis. *Multa penal: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 18-19.

² MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 521.

As principais vantagens da pena de multa tradicionalmente apresentadas pela doutrina são a sua adaptabilidade, por ser mensurável, ao grau de reprovação do ilícito e à capacidade econômica do apenado; a possibilidade de reparação na hipótese de erro judicial; a economia para o Estado em seus gastos na execução das penas; a menor incidência de efeitos nocivos secundários de estigmatização etc.³

Dentre as objeções postas a esta modalidade de punição, certamente a que mais se destaca é a referente a um possível tratamento desigual a ser conferido entre condenados favorecidos e desfavorecidos economicamente. Isto porque, se a privação de liberdade afeta, em tese, igualmente a todas as pessoas, a pena pecuniária terá um efeito muito mais aflitivo àquele sujeito que não possui maiores riquezas⁴. Esta objeção, contudo, pode ser refutada com base na própria evolução dos sistemas de fixação das penas de multa. O desenvolvimento do denominado sistema de dias-multa tem a sua maior qualidade na capacidade de compensação desta distorção que possa eventualmente ser causada em decorrência das diferenciadas situações patrimoniais dos condenados⁵.

³ Ampla exposição sobre as vantagens da pena de multa: MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *La pena de multa*. Madrid: Excma Mancomunidad de Cabildos. Plan Cultural, 1977, pp. 33 ss.

⁴ Obviamente os cidadãos não gozam, todos eles, das mesmas condições econômicas: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de derecho penal*. parte general. Tomo I. 6ª ed. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 397.

⁵ Analisando este aspecto da multa também na hipótese de sua aplicação como pena às pessoas jurídicas: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 258.

No Brasil, a consolidação histórica da adoção do sistema de dias-multa permite que cada condenado seja apenado de acordo com a gravidade do crime, sem desconsiderar as diferenças patrimoniais materialmente existentes. COSTA bem destaca que o sistema de dias-multa foi recuperado pela reforma penal de 1984, eis que havia sido abandonado no Código de 1940. De acordo com o autor, o Código Penal de 1940 não *“optou por um regime que relacionasse diretamente”* a multa com a renda do condenado. Preferiu prever *“em cada caso o mínimo e o máximo da multa, determinando ao juiz que, na fixação de sua quantia, atendesse principalmente à situação econômica do réu”*.⁶ Na década de 1980, com o advento da Lei nº 7.209/1984 que retomou a sistemática dos dias-multa, foi reestabelecida a tradição brasileira das codificações de 1830 e 1890.

2) SISTEMAS E CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA

No Direito comparado é possível dizer que o sistema de dias-multa ganha cada vez mais espaço nas legislações. Além dele, contudo, podem ser observados dois outros. Tratam-se dos sistemas de multa global e de multa proporcional. O sistema de multa global, o primeiro visto historicamente, é aquele em que o magistrado, em um único juízo valorativo, *condena diretamente o réu ao pagamento de uma soma global, resultado da conjugação de duas coordenadas: gravidade do delito e situação econômica do delinquente*. Os dois critérios não consubstanciam, portanto, fases separadas, devendo ser considerados indistintamente na ponderação destinada a

⁶COSTA, Álvaro Mayrink. *Execução penal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, pp. 175/176.

alcançar o montante final. As legislações costumam demarcar, entretanto, um valor fixo ou, em alguns casos, limites muito estreitos entre quantias. Com isso, o sistema apresenta um grande defeito, ou seja, *comporta uma carga exageradamente desigual para ricos e pobres*⁷. Trata-se da opção brasileira em 1940 e superada em 1984.

O sistema de multa proporcional é aquele cuja soma a ser paga pelo condenado deriva diretamente do dano causado, do valor objeto do delito ou do benefício obtido com a prática delitiva. Assim, suas *regras de dosimetria são mais flexíveis, eis que maior é o arbítrio judicial*.⁸ Essa dinâmica privilegia a perspectiva de que a multa proporcional poderia melhor refletir um valor compatível com os danos causados pelo delito, os benefícios obtidos e a capacidade econômica do condenado.

Por fim, encontra-se o sistema de dias-multa, o qual, conforme afirmado, faz parte da tradição histórico-legislativa nacional. Esse modelo também é conhecido como sistema escandinavo, por ter a sua paternidade geralmente outorgada ao jurista sueco JOHAN THYRÉN, responsável pela elaboração em 1916 de um anteprojeto de Código Penal para aquele país. Como a proposta legislativa não foi convertida em lei, diz-se que o primeiro diploma legal a adotar o modelo foi o Código Penal da Finlândia em 1921, seguido pela Suécia (1931) e Dinamarca (1939).

⁷ ROCA AGAPITO, Luis. *La responsabilidad personal subsidiária por impago de la pena de multa: estudio histórico-comparado, dogmático y político-criminal*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2003, pp. 87-88.

⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de derecho penal: parte general*. Tomo I. 6ª ed. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 398.

Relevantes autores apontam o Código Penal do Império do Brasil de 1830 como precursor na adoção do modelo, destacando, como faz REALE JÚNIOR, o pioneirismo da legislação brasileira oitocentista⁹. Já a doutrina estrangeira, principalmente europeia, costuma dizer que, se por um lado o diploma brasileiro destinava maiores atenções à condição econômica dos apenados, por outro lhe faltava a ideia essencial dos dias-multa, consistente na separação exata de dois momentos criteriosamente diversos. Nos dizeres de ROCA AGAPITO, não havia uma nítida cisão das tarefas do juiz, consistente, em primeiro lugar, na análise da multa mediante as balizas “*de gravidade do fato e culpabilidade do autor*”, e, depois, na aferição do valor com lastro nas condições econômicas do apenado.¹⁰ Seja como for, atualmente o modelo de dias-multa consagra o sistema bifásico de aplicação desta pena.

O *caput* do artigo 49 do Código Penal, após estabelecer que a pena de multa consiste em pagamento em favor do fundo penitenciário, disciplina que o número de dias-multa a ser fixado pelo juiz na sentença deve variar entre o mínimo de 10 (dez) e o máximo de 360 (trezentos e sessenta). A fixação, dentro deste patamar, deverá obedecer a critérios atinentes à gravidade do fato e à responsabilidade do autor, valendo a alusão, portanto, às circunstâncias judiciais já previstas no artigo 59 do Código Penal, as quais poderão servir de diretivas importantes ao magistrado.

Uma vez fixado o montante de dias-multa, será preciso estabelecer o seu valor individualizado. Daí, inclusive, a própria origem histórica do nome “*dias-multa*”, em

⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 397.

¹⁰ ROCA AGAPITO, Luis. *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa: estudio histórico-comparado, dogmático y político-criminal*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2003, p. 89.

clara referência ao valor ou parte do valor produzido pela pessoa em um dia de trabalho. O artigo 60 apregoa que a fixação do valor deve atender, principalmente, à situação econômica do réu, podendo a acusação ou a defesa, inclusive, requerer diligências ou apresentar documentos hábeis a comprová-la. O valor do dia-multa não poderá ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário (artigo 49, §1º, do Código Penal). No caso de insuficiência punitiva, tendo em vista a alta condição econômica do réu, a lei permite ao juiz que o valor seja ainda triplicado, nos termos do artigo 60, §1º, do Código Penal. Quando do pagamento na execução, o valor da multa deverá ser atualizado pelos índices de correção monetária (artigo 49, §2º, do Código Penal). Havendo pluralidade de delitos, ou seja, concurso de crimes, as penas de multa serão aplicadas distinta e integralmente (artigo 72 do Código Penal).

Algumas legislações extravagantes podem apresentar algumas determinações específicas para a pena de multa, o que ocorre em setores relacionados aos crimes econômicos e financeiros ou a incriminações de atividades que geram alta rentabilidade ilícita. Exemplo disso é a Lei nº 7.492/1986, em seu artigo 33, ao estatuir que o valor final da pena de multa nos crimes contra o sistema financeiro pode atingir, caso assim entenda o juiz, até o décuplo. Menção necessária também deve ser feita à Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), a qual também permite o aumento no décuplo, conforme a redação do parágrafo único do artigo 43. No caso da Lei de Drogas, há ainda a cominação específica de quantidade de dias-multa em cada um dos tipos penais previstos entre os artigos 33 e 39, saindo, portanto, dos parâmetros do Código Penal. A legislação que cuida dos delitos ambientais, artigo 18 da Lei nº 9.605/1998, faculta ao juiz, após a fixação da multa com base no Código, aumentar

ainda o valor final em três vezes, se revelar-se ineficaz, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida. O artigo 21, inciso I, da lei ambiental também estabelece a multa como uma das modalidades principais de penas a ser aplicada às pessoas jurídicas infratoras¹¹.

3) DAS COMINAÇÕES DA PENA DE MULTA

A pena de multa é pena principal. Isso significa que o legislador deve prevê-la, dado o respeito inafastável ao princípio da legalidade, nos preceitos secundários dos tipos penais nos quais pretende que ela seja aplicada. Dito de outro modo, assim como as penas privativas de liberdade, a sanção pecuniária deve vir expressamente cominada, seja isolada, alternativa ou cumulativamente.

Os casos de cominações de multa isoladamente referem-se aos tipos penais contravençionais. A própria Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n° 3.688/1941) estabeleceu em seu artigo 5°, inciso II, ser a pena de multa aplicável às contravenções, podendo vir isolada ou acompanhada de prisão simples. A propósito, na hipótese de ser a multa a única pena cominada ao tipo contravençional, o prazo de prescrição da infração será de 2 (dois) anos, conquanto o disposto no artigo 114, inciso I, do Código Penal.

¹¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 288 ss.

Este mesmo prazo de 2 (dois) anos também regulará a prescrição da pretensão executória se a multa, embora prevista alternativamente à pena privativa de liberdade, for a eleita pelo juiz para o caso concreto. O juiz, nos termos do artigo 59, inciso I, do Código Penal deverá escolher as penas aplicáveis, podendo compreender, com base nas circunstâncias judiciais, que a pena de multa é a mais recomendável, sendo suficiente para a prevenção e repressão do crime. Em outras palavras, a prescrição se dará em dois anos nos casos da pena de multa ser a única cominada (*multa isolada*) ou aplicada (*multa alternativa*).

Além destas situações, a multa pode aparecer cominada de modo cumulativo à pena de privativa de liberdade, o que, aliás, ocorre nos delitos com maior incidência na realidade social brasileira, a exemplo dos crimes patrimoniais (*multa cumulativa*). Neste caso, o magistrado deverá fixar ambas as penas com seus respectivos critérios, isto é, fixar a pena privativa de liberdade com base no critério trifásico e, posteriormente, fixar a multa com amparo no sistema bifásico de dias-multa. Para estes casos, a prescrição da pena de multa será no tempo previsto para a sanção de privação de liberdade, nos termos do artigo 114, inciso II, do Código Penal.

Ponto bastante relevante diz respeito à coerência e necessidade de existir algum grau de correspondência entre o montante das penas privativas de liberdade e de multa, principalmente naquilo que toca às fases de fixação que obedecem aos mesmos critérios. Isso quer dizer que se a pena-base de privação de liberdade foi fixada no mínimo legal, já que assim sinalizam as circunstâncias judiciais do artigo 59, não faz sentido que o número de dias-multa, primeira fase de aplicação desta outra modalidade, também não seja assim definido no mínimo. Isso ocorre porque a

definição judicial acerca do número de dias-multa é pautada pelos mesmos critérios da aferição da pena-base. Em outras palavras, a fase primeira da pena de multa deve guardar proporção com o juízo de valor sobre a gravidade do fato e responsabilidade do autor realizada na fixação da pena privativa de liberdade. Obviamente que, no tocante ao valor dos dias-multa, já não há como parametrizar ou comparar os critérios que definem ambas as penas, eis que, no caso da multa, deve prevalecer como baliza essencial a situação econômica do condenado.

Além da multa como pena principal (*multa isolada, multa alternativa e multa cumulativa*), pode ser ela também *substitutiva*. Esta situação não se confunde com as demais, pois aqui a multa não aparece prevista no preceito secundário do tipo penal. O que aqui ocorre é o estabelecimento de critérios por meio dos quais o juiz pode, após fixar a pena privativa de liberdade, até certo montante, substituí-la pela multa. A multa *substitutiva* aparece, portanto, como uma solução menos gravosa para o condenado à pena de privação de liberdade, dada algumas circunstâncias concretas.

A legislação penal permite, de acordo com o artigo 44 do Código, que exista a substituição das penas privativas de liberdade, fixadas em até 4 (quatro) anos, nos crimes dolosos e, independentemente do montante, nos crimes culposos. Para isso, o condenado não pode ser reincidente em crime doloso, bem como apresentar circunstâncias judiciais favoráveis. Caso a pena fixada seja de até um ano de privação de liberdade, a substituição poderá ser por multa ou pena restritiva de direitos. No caso que supere um ano, a substituição dar-se-á por duas restritivas de direitos ou por uma restritiva de direitos e multa. Importante salientar que esta *multa substitutiva* não pode conviver, na mesma condenação, com a *multa cumulativa*. Isto é, se a pena privativa de

liberdade que será substituída já vier acompanhada de multa principal cominada no tipo, a substituição apenas poderá comportar penas restritivas de direitos, uma vez que, do contrário, haveria duas multas recaindo sobre a mesma condenação.

Esta normatização da *multa substitutiva*, acompanhada ou não de outra pena restritiva de direitos, foi inserida no Código Penal por meio da Lei nº 9.714/1998, produto da lógica de ampliação dos *substitutivos penais* e, em consequência, busca da desencarcerização. Com isso, a outra hipótese de *multa substitutiva*, ainda textualmente prevista no artigo 60, § 2º, e destinada para as condenações até 6 (seis) meses de privação de liberdade, perdeu qualquer utilidade. Afinal, esta hipótese já está englobada pelo atual artigo 44, §2º, do Código Penal, responsável por, conforme já salientado, permitir a substituição somente por multa naqueles casos em que a pena privativa de liberdade fixada não superar 1 (um) ano.

4) DA EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA

A pena de multa tem como destinatário o fundo penitenciário, o qual poderá ser nacional ou estadual. Os valores referentes às condenações pecuniárias proferidas pela justiça estadual, pertencente à Unidade Federativa que já tenha instituído o seu fundo, serão a ele destinados¹². O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), tem sua base legal na Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, devendo seus

¹² PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Direito de execução penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 291.

recursos serem empregados principalmente para a melhoria das condições estruturais das unidades prisionais brasileiras. Nada obsta, entretanto, que outras entidades possam ser as destinatárias dos montantes pagos em forma de multa, sendo, contudo, necessário lei que preveja a hipótese. Exemplo disso é o parágrafo único do artigo 29 da Lei de Drogas que criou um Fundo Nacional Antidrogas, para o qual deve ser destinada a multa pelo descumprimento das medidas educativas nas condenações por posse de drogas para consumo próprio (artigo 28 da Lei nº 11.343/2006).

Uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, a multa deverá ser paga no prazo de 10 (dez) dias, a ser contado da citação do condenado. A pena de multa, nesse sentido, não permite qualquer forma de execução provisória, já que o próprio título executivo judicial, por força do artigo 164 da Lei de Execução Penal, consistirá na certidão a ser extraída da sentença condenatória com trânsito em julgado. Caso o condenado não tenha condições de arcar de imediato com o pagamento, o juiz poderá lhe permitir o parcelamento da dívida. O desconto em folha será ordenado pelo magistrado, não podendo superar um quarto nem ficar aquém de um décimo de sua remuneração. Os descontos serão feitos mensalmente (artigo 168 da LEP), não podendo, porém, incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família (artigo 50, §2º, do Código Penal).

Certa confusão ainda paira na doutrina acerca do exato procedimento de cobrança da multa naquelas hipóteses em que o condenado, podendo fazê-lo, não o faz. A Lei nº 9.268/1996 alterou o texto do artigo 51 do Código Penal, impedindo que o não pagamento da multa implicasse na sua conversão ao cumprimento de pena privativa de liberdade. Daí, inclusive, a impossibilidade de ajuizamento de ação de *Habeas Corpus*

se o apenamento é somente de multa (Súmula 693 do Supremo Tribunal Federal – STF). Ocorre que, além de vedar esta conversão, o texto legal disse mais, ou seja, atestou que, transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, sendo aplicáveis as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

A solução apresentada pelo legislador brasileiro não foi das melhores. Em primeiro lugar, retirou da multa qualquer efeito aflagante, desprestigiando o instituto na medida em que o seu descumprimento na prática quase nada acarreta. Não se quer aqui dizer que a conversão em pena privativa de liberdade era a melhor solução, porém seria possível imaginar hipóteses outras, como a proposta descrita por COSTA e consistente na sua conversão inicial em, por exemplo, *perda de bens e valores e em prestação de serviços à comunidade*.¹³ Assim, a hipótese de prisão ficaria bastante remota, eis que somente se concretizaria se o sujeito, podendo pagar a multa, não o faz e, mais ainda, igualmente se nega a cumprir a pena restritiva de direitos.

Outro problema da alteração legislativa de 1996 foi a definição da multa como *dívida de valor*, submetida às normas da Fazenda Pública e sujeita à cobrança por meio de ação de execução fiscal (Lei nº 6.830/1980). A consequência efetiva disso é que toda a dinâmica de cobrança e execução da multa em casos de não pagamento espontâneo foi suprimido por completo da esfera penal. Problemas vários surgem daí, a começar pelos valores mínimos exigidos pelas procuradorias das fazendas nacional e estaduais para o ajuizamento de ação de execução fiscal. Tendo em vista os valores

¹³ COSTA, Álvaro Mayrink. *Execução penal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, pp. 175/176.

relativamente baixos das multas criminais aplicáveis, muitas delas sequer vão atingir esse patamar mínimo, impedindo, em consequência, sua própria cobrança.

Além disso, os órgãos da execução tiverem suprimida sua capacidade de cobrança, a exemplo do Ministério Público. A recusa ao pagamento apenas poderá ocasionar a remessa de ofício expedido pelo juízo da execução para a procuradoria da fazenda competente. HAMMERSCHMIDT bem destaca essa polêmica, mencionando alguma polêmica jurisprudencial no que tange à eventual existência de legitimação do Ministério Público para a cobrança. De todo modo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Súmula 521, afirmou que a legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública. Em que pese possa não ser essa a melhor solução, não há dúvidas de que o entendimento sumulado é o único que se ajusta à solução do legislador brasileiro, a qual, se inadequada, apenas por ele poderá ser revista mediante alteração do conteúdo legal.

O prazo de prescrição será fixado pelas normas do artigo 114 do Código Penal, contudo os termos interruptivos e suspensivos da prescrição da pretensão executória serão aqueles estabelecidos no procedimento de execução fiscal, conforme expressamente determina o artigo 51 do mesmo diploma legal¹⁴.

Uma vez paga a multa, deverá o juiz declarar extinta a pena. Caso o condenado venha a falecer antes do pagamento integral ou parcial será declarada extinta a sua punibilidade nos termos do artigo 107, inciso I, do Código Penal, não podendo a multa

¹⁴ BRITO, Alexis Couto. *Execução penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 302.

ser cobrada de seus sucessores em razão do princípio da pessoalidade das penas. Aliás, os herdeiros sequer terão abatido o valor da multa de eventual herança do *de cujos*, pois a dimensão aflitiva do pagamento, que vai além de sua faceta exclusivamente patrimonial, não pode ser transferida ou recair sobre pessoa diversa do condenado. Com o mesmo raciocínio, determina o artigo 52 do Código Penal a suspensão da execução da multa, caso sobrevenha doença mental ao condenado.

5) DA RECUSA AO PAGAMENTO: EFEITOS

A recusa ao pagamento da multa, embora não enseje mais a sua conversão em privação de liberdade, é capaz de gerar consequências no âmbito da execução penal. Uma delas, muito bem pontuada por ROIG, consiste na impossibilidade de extinção do processo de execução. Desse modo, e até o advento da prescrição da multa, o condenado não terá extinta a sua punibilidade, o que lhe prorroga o período depurador de 5 (cinco) anos apto a impedir reincidência (artigo 64, inciso I, do CP), bem como dificultando-lhe a reabilitação (artigo 94 CP). Na prática, fica o condenado igualmente *“impossibilitado de retirada de certidões negativas para fins de obtenção de emprego”*, culminando em *“autêntica penalização da pobreza, com a postergação do estigma de condenado por período absolutamente desproporcional”*. Salienta ainda o autor que, por esta razão, tem sido a multa incluída nos decretos presidenciais de indulto mais recentes, de tal sorte a extinguir definitivamente a execução penal¹⁵.

¹⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 445-446.

Outro problema que aqui se coloca diz respeito ao eventual impedimento à progressão de regime da pena privativa de liberdade derivado do inadimplemento da multa. O Supremo Tribunal Federal já manifestou em criticável julgado o entendimento no sentido de que “o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão do regime prisional”. Esse obstaculização apenas pode ser afastada se “comprovada absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente” (STF. Plenário. EP 12 ProgReg-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 8/4/2015). Nada mais equivocado que esta decisão.

De plano, verifica-se uma total confusão entre penas que são, juridicamente, distintas e incomunicáveis. No caso da *multa cumulativa*, o condenado está legalmente sujeito a duas punições diversas, com regimes e critérios diferentes, além de sistemáticas executórias próprias. Uma não pode gerar efeito sobre a outra, pois privação de liberdade e multa são, factual e juridicamente, autônomas. Soma-se a esta lógica a própria legislação, a qual em momento algum condiciona a progressão de regime prisional ao pagamento de multa (artigo 112 da Lei de Execução Penal). Nem se pode aqui falar que o inadimplemento da multa seria manifestação de falta de bom comportamento, elemento a justificar a vedação da progressão do regime prisional. Isso porque *bom comportamento* é conceito normativo que se refere à disciplina interna do cárcere, não possuindo relação alguma com penas diversas da privação de liberdade. De forma clara, a decisão fere o mais basilar princípio do sistema criminal, qual seja, a legalidade. Criou-se, à margem da lei, um critério adicional em nítido prejuízo ao réu.

A multa igualmente não se confunde com a reparação de danos ou devolução do produto do ilícito, efeito da condenação previsto como condição de progressão exclusiva dos crimes contra a administração pública, em face do que alude o artigo 33, §4º, do Código Penal. Se não bastasse, a decisão do Supremo Tribunal Federal vai no sentido exatamente inverso da própria legislação. Em 1996, ao vedar a conversão do inadimplemento de multa em privação de liberdade, o legislador expressamente quis desvincular por completo as duas dimensões punitivas (artigo 51 do CP). Ao afirmar que a multa não adimplida gera efeitos de impedir a progressão, o tribunal viola a própria sistemática brasileira, pois submete o sujeito a regime com regramento mais severo com o fito de constrange-lo ao pagamento.

COLABORAÇÃO PREMIADA:
ALGUMAS (SINGELAS)
OBSERVAÇÕES À LUZ DOS
MODERNOS DESAFIOS AO
DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO

Francisco José Galvão Bruno

FRANCISCO JOSÉ GALVÃO BRUNO

Formado pela Faculdade de Direito de Bauru, em 1978

Especialização em Direito Público em curso da Faculdade de Direito de Bauru/PUC de São Paulo

Ex-Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Bauru

Professor (licenciado) de Direito Penal e de Direito Administrativo da UNIP

Ingresso na Magistratura: janeiro de 1982

Juiz Substituto em Jaú; Titular de Pacaembu e Lençóis Paulista, Auxiliar da Capital

Desembargador a partir de julho de 2009

Corregedor dos Presídios do Estado de São Paulo de 1988 a 1991

Corregedor da Polícia Judiciária da Capital de 1994 a 1998

Ex-Conselheiro Fiscal da APAMAGIS (de 1989-1990)

Ex-Coordenador de Direito Penal da Escola Paulista da Magistratura (2016-2017)

Membro do Conselho Consultivo e de Programas da Escola Paulista da Magistratura (2018-2019)

I. INTRODUÇÃO

O instituto da colaboração premiada vem tendo, faz algum tempo, enorme destaque em nosso País; destaque muito superior, diga-se, que o merecido por sua importância jurídica em nosso sistema penal. As razões dessa relevância momentânea são conhecidas de todos e, espera-se, ocasionais: a operação Lava-a-Jato está mudando o Brasil, e em grande parte graças ao uso da delação premiada (o nome popular já se difundiu). No futuro (admitindo-se, para argumentar, que o Brasil tenha um futuro digno desse nome), a tendência é a de que perca quase toda a atual relevância; voltará, então, a ser usada para o fim a que inicialmente se destinava: o crime organizado propriamente dito (inclusive o – mal – denominado “de colarinho branco”); seu uso contra políticos será ocasional e causará muito menos impacto jornalístico que hoje. (O instituto é muito mais adequado ao sistema do direito anglo-saxão, como se verá.)

Porém, este artigo se justifica por pelo menos duas razões. A primeira, aliás curiosa, é que o atual prestígio (ou, para alguns, desprestígio) de que goza a colaboração premiada vem causando efeito curioso e, por ora ao menos, incipiente, mas que pode difundir-se: o uso desnecessário ou indevido do instituto. O efeito é bastante deletério e, se se tornar mais comum, pode vir a causar prejuízos significativos (embora, repito – ao menos ao que se espera –, temporários). Prejuízos que podem incluir a própria abolição do instituto – que, como se verá, é mais necessário que nunca.

A segunda, mas importante, decorre da celeuma provocada por algumas (principalmente por uma) delações premiadas feitas às pressas, por motivos nem sempre muito nobres, que acabaram trazendo consequências desastrosas (embora, creio, longe

de definitivas). Como a Operação Lava-a-Jato atingiu duramente boa parte da classe política, era de esperar que esta reagisse, procurando desmoralizar não apenas os que utilizam a delação premiada; também ela (inegavelmente o meio mais eficiente de atingir grupos criminosos organizados) está sob ataque.

Os argumentos utilizados são, basicamente, dois: a) o instituto seria pouco confiável, pois é claro que o colaborador tem interesse em dizer o que o acusador quer ouvir, e b) ele seria imoral, por permitir a concessão ao delator de benefícios injustos – que, eventualmente, podem significar o não cumprimento de pena alguma –; ademais, seria incompatível com um direito penal democrático: fala-se muito, nos abusos contra direitos individuais que a delação premiada propiciaria (embora estes, em princípio – nos casos em geral citados –, sejam pouquíssimos e nada tenham que ver com o instituto em si: muito mais frequentes e graves são, por exemplo, os que se veem diariamente em processos contra cidadãos comuns, causados por delações anônimas).

Nenhum dos argumentos, a meu ver, procede; porém, como boa parte dos políticos atingidos pelas delações são de esquerda, e dado que a imprensa é notoriamente (e não só no Brasil) dominada por ela, a repercussão dos ataques tem sido grande. Já se fala em rever a colaboração premiada; e isso, a meu ver, seria desastroso: não só pelas consequências imediatas, relativas a importantes processos em andamento, decorrentes das investigações da Lava-a-Jato, mas – e principalmente – por que o instituto tem importância, como já se disse, se destina, em princípio, a um problema de que tão cedo este País não se verá livre, se é que um dia isso ocorrerá: o do crime organizado propriamente dito. E se o Brasil, um dia, puder dedicar-se ao combate a esse tipo de crime com um mínimo de técnica e eficiência, terá de utilizar-se desse

instrumento – como vários países do mundo já fizeram, com sucesso.

Dáí por que vou tentar demonstrar a improcedência dos argumentos utilizados pelos que, hoje, tentam desacreditar (muitas vezes com excelentes intenções, embora servindo de instrumentos inocentes) o instituto da colaboração premiada.

2. A “IMORALIDADE” DA DELAÇÃO PREMIADA

É sabido que a relação entre direito e ética é questão controvertida; realistas, positivistas, jusnaturalistas (estes, teimosamente, recusam-se à morte sempre anunciada), neokantistas etc. sempre debateram – e, ao que parece, sempre debaterão – esse assunto. Para os fins deste artigo, porém, importa somente que de há muito deixou-se de falar em dois círculos, maior e menor, aquele constituído pela moral e este pelo direito, em que o maior continha integralmente o menor. Hoje, mesmo jusnaturalistas (para quem o que contraria o direito natural não é direito) admitimos que os círculos são secantes: se há, indubitavelmente, regiões da ética que nada têm que ver com o direito, não menos certo é que este tem aspectos também sem ligação alguma com a moral. Os exemplos são claros: alguém diria que os ingleses e japoneses, porque dirigem pelo lado esquerdo da rua, e não pelo direito, são imorais? Ou, se se quisesse mudar o prazo do recurso de apelação criminal de cinco para dez dias, alguém discutiria a questão – de mera conveniência – usando argumentos éticos?

Reconheço, porém, ser impossível dizer que a colaboração premiada é instituto jurídico que nada tem que ver com a ética. Diz ele, afinal, com a punição e a consequente

pena a ser aplicada; ora, embora os liberais modernos insistam em repudiar o fundamento basicamente retributivo (e, portanto, moral) da pena, a questão a meu ver é daquelas artificialmente criadas pela nossa infeliz modernidade, em que o relativismo moral se tornou regra.

Não há dúvida de que Sutherland tem razão quando, citando Franz Exner, diz que desde sempre os homens puniram, e desde sempre nunca deixaram de discutir acerca das razões porque o fazem (SUTHERLAND, Edwin E. *Principles of Criminology*. 3.ª ed. Chicago/Philadelphia/New York: J. P. Lippincott Company, 1939, p. 355). Porém, nunca se discutiu que um dos fundamentos era o retributivo; não fosse a retribuição o fundamento básico da pena, por que se puniria o criminoso passional, que praticamente se pode afirmar não reincidirá e cuja punição jamais servirá, pela própria natureza do crime, como prevenção geral? Também não ignoro que já von Liszt dizia que remeter pode explicar a pena, mas não a justificar (LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2006, vol. I, p. 121, nota 3, remetendo a 4ss.). Mas a explicação de algo faz parte de seu fundamento (fático); pode exigir complementação (moral, neste caso), mas não há dúvida de que o integra. O filósofo, abstratamente considerado, pode ter dúvidas; o filósofo concreto cuja filha foi estuprada tem certeza.

Daí por que o discurso antiprisional e abolicionista é tão pouco convincente. Aliás, indague-se de um dos defensores desses pontos de vista, e do do caráter não-retributivo da pena, se e por que se deve punir a “homofobia” (palavra, além de inexistente, mal formada, porque nada significaria no sentido em que é usada); logo se verá a mudança do discurso.

Mais. Reconheço – com todo o respeito pelo entendimento diverso – ser difícil defender o caráter ético da delação premiada. Um deles (o excelente Marcelo Batlouni Mendroni, grande conhecedor da matéria, por anos membro do atuante Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado – GAECO –, do Ministério Público do Estado de São Paulo, afirma, após reconhecer que estamos tratando, a final, de uma “barganha” entre justiça e criminoso: “Alguns sustentam, por isso mesmo, que se reveste de prática antiética. Não concordamos com esse raciocínio, porque se busca exatamente a atuação de um instrumento previsto em lei – trazido, portanto, ao mundo jurídico, que tem a finalidade de tornar mais eficiente a aplicação da justiça, exatamente nos casos considerados mais graves, que abalam de forma mais agressiva a ordem pública. A ordem pública, não podemos esquecer, é de interesse público – o interesse maior do Direito. Se é ‘traição’, imoralidade e não se coaduna nas relações jurídicas, especialmente do Estado em relação aos investigados, como alguns alegam, é, em última análise, a ‘traição’ do traidor contra seus comparsas, todos traidores do Estado” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 152).

Mas esses argumentos – sempre com o maior respeito pelo, repito, profundo conhecedor do assunto que é Marcelo Mendroni – poderiam ser resumidos em duas conhecidas “princípios”: o do “ladrão que rouba ladrão” e o de que o fim justifica quaisquer meios. O primeiro é, inegavelmente, imoral; do segundo pode-se dizer, quando menos, que pode conduzir (ainda que utilizado com a melhor das intenções) a resultados trágicos – e o Séc. XX é prova inequívoca disso.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto acrescentam (após repetir, mais

brevemente, os argumentos anteriores) que não há falar de imoralidade, porque “a colaboração premiada pressupõe, para sua admissão, a voluntariedade do agente, como se vê do *caput* [do art. 4.º da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013]. Em outras palavras e de forma mais direta: o colaborador, em absoluto, se vê compelido a aceitar seus termos. O juiz, aliás, somente homologará o acordo se nele detectar a voluntariedade do agente (§ 7.º ...). Caso pressinta a imoralidade da iniciativa, basta ao colaborador que rejeite a proposta de delação” (CUNHA, Rogério Sanches, e PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado. Comentários à Lei 12.850/13*. 4.ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, pp. 37-38).

Mais uma vez – e sempre respeitosamente – o argumento não convence. Dizer que a proposta de delação premiada não é imoral porque pode ser recusada pelo acusado é afirmar que o crime de corrupção exaurido não é imoral por ter havido comum acordo entre corruptor e corrompido. Afinal, a imoralidade da delação premiada, se existe, está na própria “barganha” (para usar o expressivo termo de Marcelo Mendroni) oferecida, e não na maneira como o consentimento pode ser obtido. (É claro que essa maneira é importante, mas por outros motivos e outras possíveis formas de imoralidades e abusos.)

Na verdade, força é reconhecer ser difícil, se não impossível, negar a imoralidade (ou, quando menos, amoralidade) da delação premiada. Em primeiro lugar, e desde logo, força é reconhecer o caráter moralmente dúbio de qualquer delação, ainda que realizada com a melhor das intenções –quando muito, obrigação moral; raramente, em si, mérito pessoal (o mérito pode estar nas circunstâncias em que é feita, não nela própria). A respeito, remeto a magnífico artigo de Olavo de Carvalho, “A Ética da

Indignação”, que mostra os perigos a que se sujeita uma sociedade que se funda na fiscalização recíproca dos próprios cidadãos (CARVALHO, Olavo de. *O Imbecil Coletivo I, Atualidades Inculturais Brasileiras*. 7.ª ed. São Paulo: É Realizações Editora, 2016, pp. 372 e ss.).

Depois, é mesmo inegável o caráter de “barganha” realizado entre Estado e infrator penal. Nem mesmo o Cândido de Voltaire imaginaria que o delator faz o acordo por estar arrependido e querer reparar os erros; é evidente que ele deseja levar vantagem, em troca daquilo que propicia em termos de punição e prevenção de crimes. Não se pode esquecer que a delação premiada (assim como toda a legislação) é feita por políticos; como tal, é um instrumento do Estado para atingir seus fins. Ora, o ideal (a ilusão, melhor se diria) do Estado absolutamente ético, capaz resolver todos os problemas, é exatamente a grande diferença que separa a esquerda da direita: aquela acredita-o possível, no futuro; esta, tendo aprendido com a História, prefere-o mínimo, deixando ao próprio cidadão a tomada de suas próprias decisões e a responsabilidade pela escolha feita.

Pode-se – e deve-se – exigir do Estado que seja o mais ético possível; que sua legislação respeite os direitos humanos básicos conquistados durante a História; que não impeça o cidadão de exercer, ao máximo, os talentos que a Natureza (desigual e injusta) lhe forneceu. E que os que nele nos representam sejam exemplos **pessoais** de ética e respeito; que não se utilizem das posições em que foram colocados para representar-nos (direta ou indiretamente: por eleição, concurso ou outra forma de escolha) em benefício pessoal.

Mas nas escolhas eminentemente políticas, feitas em nome da coletividade, não raro o político é obrigado a abrir mão das convicções pessoais em nome do bem comum; se há algo que a História ensinou, é que – até hoje, e por muito tempo – impera a *realpolitik*, e em nome dela ele é obrigado a agir. Poucos – a não ser os comunistas mais fanáticos e disciplinados – defenderam ou defenderiam, hoje, a moralidade do acordo feito entre Inglaterra e Rússia contra a Alemanha nazista: afinal, a Rússia fizera, há poucos anos, tratado com a Alemanha – que só se deixou de existir por ter sido rompido, unilateralmente, por Hitler, com a invasão do até então aliado.

Mas, como disse o grande estadista que foi Churchill, “contra Hitler eu me aliaria ao próprio Demônio”.

Pode parecer exagero lembrar as circunstâncias da II Grande Guerra; todavia, se o for, não o é de forma absurda: não parece haver dúvida de que as tradições ocidentais (de origem grega, romana e cristã) estão em perigo. (E antes que esquerdistas se arrepiem com as palavras “tradição” e “cristã”, lembro que elas englobam a democracia, a responsabilidade pessoal, a igualdade perante a lei, o direito de livre manifestação etc.). Entre a decadência interna (a que cada um atribuirá a causa que quiser, mas é inegável), o terrorismo internacional e o crime organizado (dedicado, hoje, principalmente ao tráfico de drogas), e o – para ser extremamente otimista e evitar a palavra fracasso – a evidente pouca efetividade das ações que vimos adotando para combater esses perigos, creio que mesmo o mais otimista teme pelo futuro dos filhos e netos.

Daí por que não me parece nada exagerado discutir a questão da delação premiada nesse contexto, ou seja: no da *realpolitik* jurídica que inegavelmente vem se impondo

pela força dos fatos, e não será evitada por declarações genéricas de boas intenções e, correspondentemente, por absoluta inação ou por ações que, por sua vez, colocam em risco as próprias tradições por que lutamos.

3. AINDA SOBRE A “IMORALIDADE” DA DELAÇÃO PREMIADA, A REALPOLITIK E OS FATOS ATUAIS

Aqueles que, embora eventualmente discordem de meu posicionamento político (que, creio, a esta altura é claro), concordam com os fatos que até agora expus (e creio ter deixado bastante claro que eles independem do que penso), por certo concordarão que alguns fenômenos modernos são facilmente explicáveis. Dentre eles, cabe citar: a) a adoção, já de há algum tempo, de institutos como o da delação premiada por sistemas jurídicos a cuja tradição ele é, quando menos, estranho, e b) o “direito penal do inimigo” (ou “direito penal de terceira velocidade”).

Começando pelo item “a”, parece evidente que em nenhum país anglo-saxão ocorreria, a esta altura, discussão acerca da imoralidade da colaboração premiada. É que no *common law* o instituto é adotado há séculos; o *plea bargaining* faz parte da tradição jurídica. Ao que consta, na Inglaterra foi admitido pela primeira vez no Séc. XVIII; mais exatamente, em 1755, no processo Rudd (cf. AMODIO, Ennio. I “pentiti” nella “common law”; apud SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações Criminosas - Aspectos Penais e Processuais Penais da Lei n.º 12.850/13*. 2.º ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 54). É que, nesses países, ela se estabeleceu pela aceitação judicial, e não por uma legislação específica.

É certo que a Inglaterra foi o primeiro país europeu a admitir a intervenção dos órgãos representativos do povo no desenvolvimento do sistema legal (isso ocorreu progressivamente entre 1322 e 1415; cf. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 215); porém, até hoje o direito costumeiro concorre (e predomina) sobre o *statute law*. (Tanto assim que uma das grandes democracias do mundo, e a primeira num sentido moderno, não tem Constituição escrita.).

Ora, a *plea bargaining* é de inegável utilidade prática: mesmo quando não há delação, mas mera confissão e acordo entre acusação e defesa acerca da pena a ser aplicada, garante, para o Estado, certeza da condenação e economia, e, para o acusado, uma pena mais branda. Daí por que provavelmente jamais ocorreu (nem ocorre) aos países que a adotam questionar-lhe a “moralidade”: é inegável a enorme diferença de mentalidade entre os povos anglo-saxões e os latinos. Não terá sido por outro motivo que a Revolução Americana foi a **única** que deu certo; suas instituições básicas persistem até hoje. Já a Revolução Francesa logo retornou à monarquia, ao governo absoluto e à total instabilidade política – tudo porque, nos Estados Unidos (onde, não por acaso, surgiu o realismo jurídico e o pragmatismo filosófico), buscava-se um governo que permitisse o máximo de liberdade com o máximo de funcionalidade, permitindo a cada cidadão a busca da felicidade (*search of happiness*), e não lhes “garantindo” juridicamente, como sói acontecer em países latinos, que têm o **direito** de ser felizes, ou seja: aquilo que Thomas Sowell chamou de “justiça cósmica” – que só existe no Reino dos Céus (cf. SOWELL, Thomas. *The Quest for Cosmic Justice*. New York: Simon & Schuster, 1999).

Ora, qual a diferença moral (**moral**, friso) entre o Estado fazer, ele próprio, um acordo

com um criminoso e não só permitir, mas incentivar e sacramentar, um acordo entre um devedor confesso que se aproveita do desespero momentâneo do credor para conseguir um acordo extremamente vantajoso para ele e momentaneamente necessário para o credor? Em ambos os casos, trata-se, em última análise, de *realpolitik* de Estado; a aceitação do necessário e possível em prejuízo da inútil busca do ideal inatingível – é dizer, da justiça cósmica.

Não é por outro motivo que os que têm objeções morais à colaboração premiada (como, v.g., o digno Eugenio Raúl Zaffaroni) são reconhecidos e confessos visionários, que criam ou adotam visões do futuro (muitas vezes “científicas”, como o marxismo) em que creem acima de tudo e pelas quais estão dispostos a sacrificar tudo e todos. Como lembra Thomas Sowell, é uma posição extremamente autogratificante, pois garante a certeza de superioridade moral – razão por que as discussões com esse tipo de pessoas em geral envolvem poucos argumentos e muitos insultos (“fascista”, “moralista”, “desumano” etc.) (SOWELL, cit., p. 43).

Porém, a realidade dos fatos é implacável; cedo ou tarde cai o muro de Berlim. E a criminalidade moderna, é inegável, apresenta características que apresentam enormes desafios aos sistemas jurídicos tradicionais e às nossas tradições ocidentais: crime organizado, crime do “colarinho branco”, terrorismo. É certo, como afirma Silva Sanchez, que pode haver aí um erro de perspectiva: pelo menos 80% dos crimes (e creio que a percentagem por ele citada é até bastante conservadora) continua a que ele chama de “criminalidad de los desposeídos” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Postindustriales*. 3.ª ed. Madri: EDISOFER S. L., 2011, P. 53).

Porém, é evidente que a questão não é o número de crimes, mas a importância e o vulto deles: a queda das Torres Gêmeas, em Nova Iorque, equivaleu, pode-se dizer, a quase todos os outros crimes violentos praticados por “despossuídos” em 2001; os crimes desvendados pela Lava-a-Jato causaram prejuízo social muito maior que os, digamos assim, “normais” ocorridos no mesmo período; um “salve” do Primeiro Comando da Capital coloca em pânico o próprio Estado.

Daí por que a Itália, ao enfrentar um sistema político corrupto, a Máfia e as Brigadas Vermelhas, não teve outra opção senão lançar mão da colaboração premiada, embora o acordo entre Estado e réu acerca da pena fosse ideia até mesmo estapafúrdia até pouco tempo antes. A impunidade de Tommaso Buscetta pareceu (e, a meu ver, foi) preço pequeno a pagar perante os resultados obtidos.

Passando ao item “b”, desde logo menciono haver outro motivo, além da mera quantidade de crimes, para a importância que adquiriram as modernas formas de criminalidade: pela primeira vez (nos tempos modernos), a civilização ocidental sente-se ameaçada em sua própria existência por inimigos (internos e externos) que não têm representatividade jurídica de direito internacional. O nazismo e o comunismo eram ameaças externas que representavam uma ameaça tradicional: a da guerra entre Estados.

Ora, embora muitos encarem a expressão “guerra contra o terrorismo” como mera retórica política, não há dúvida de que não só ele, mas as demais formas de criminalidade, têm semelhanças inequívocas com a guerra (daí o estudo da chamada “guerra assimétrica”). Daí por que Michael Pawlik, por exemplo (referindo-se ao

terrorismo islâmico), e analisando seu potencial destrutivo, seus fins e sua disposição de ajustar-se às normas vigentes, reconhece: “De acuerdo com ello creo que es difícil que podamos evitar el concepto de guerra” (PAWLIK, Michael. El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno, *in La libertad institucionalizada*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 148).

Dessas circunstâncias nasceu, entre outras ideias, o direito penal do inimigo, com o uso desse nome ou não: nesse sentido, por exemplo, as doutrinas expostas por John Yoo, professor da Universidade de Berkeley, Califórnia, e um dos ideólogos da “guerra contra o terror” no governo de George W. Bush (YOO, John, *War by Other Means*. New York: Atlantic Monthly Press, 2006; Idem, *The Powers of War and Peace: the Constitution and Foreign Affairs after 9/11*. Chicago and London: The University of Chicago Press, s/d.). Aliás, o já citado Pawlik lembra que já para von Liszt o delincente não era “un conciudadano lamentablemente orientado en una falsa dirección, sino como un enemigo del ‘mundo social de los bens jurídicos’” (ob. cit., p. 155; remete à obra *Strafrechtliche Aifsätze und Vorträge*, de Franz von Liszt, 1905, vol. I, p. 292, e vol. II, pp. 3, 65, 68, 78 e ss., 236).

Em síntese: a ideia do criminoso como inimigo, como indivíduo que pode perder sua condição e seus direitos de cidadão, nada tem de nova; e, ante os novos desafios mencionados, apresenta inegáveis atrativos. Aliás, já se contempla com seriedade a hipótese de a tortura como meio legal de obter provas; e os que condenam essa ideia como absurda ignoram a seriedade de certos dilemas éticos – um deles bem resumido no chamado “dilema de Massu”. (Refere-se ao General Jacques Massu, herói da II Guerra Mundial e chefe das forças francesas na Guerra da Argélia.) Não há dúvida

alguma de que qualquer pessoa civilizada encara a tortura como mal absoluto; porém, não é fácil enfrentar a escolha entre torturar um terrorista que acabou de colocar uma bomba, salvando assim centenas de inocentes, ou obedecer ao imperativo ético.

Não terá sido por outras razões que autores sérios se sentiram obrigados a escrever a respeito, combatendo a ideia; v.g., Kai Ambos. Ele é autor de livro em que indaga, inicialmente, se um Estado pode torturar suspeitos para salvar a vida de inocentes; conclui, é claro, pela negativa. Porém, o só fato de tratar do assunto mostra que o encara como controvertido; a ponto de defender, em seguida, a ilegalidade, por derivação, do uso transnacional da prova obtida por esse meio, ainda que o tenha sido em país onde a tortura tenha sido legalizada e regulamentada (cf. AMBOS, Kai. *Terrorismo, Tortura e Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, s/d.).

Por fim, reclamar dos benefícios (realmente muitas vezes injustos) concedidos ao delator é esquecer que, como disse o grande Nicolás Gómez Dávila, uma “denegación de justicia evita a veces la agravación de la tragedia” (GÓMEZ DÁVILA, Nicolás. *Escolios a un Texto Implícito*. Girona: Ediciones Atalanta, 2009, p. 1.073).

Portanto, ante os desafios que nos cabe enfrentar no mundo moderno e os dilemas éticos reais e verdadeiros que propõem, discutir a “moralidade” da contribuição espontânea dada pelo criminoso, seja quais forem os motivos que o levam a fazê-la, e de sua aceitação pelo Estado consiste ou em extremada inocência ou em interesseiro oportunismo.

4. A “CONFIABILIDADE” DA DELAÇÃO ESPONTÂNEA

O outro argumento que se esgrime contra esse utilíssimo instrumento de combate à moderna criminalidade seria sua pouca confiabilidade: o delator estaria naturalmente disposto a dizer tudo o que lhe parece ser agradável de ouvir à autoridade com quem acordou a colaboração. O que, em princípio, pode, é claro, realmente ocorrer.

Mas daí decorre a importância de lembrar algo evidente, mas que já vi ignorado em mais de um processo: a delação premiada **não é prova**; é, isso sim, **meio de obtenção** de prova. Pode, quando muito (dependendo das circunstâncias), constituir valioso indício, que, somado a outros, pode garantir a condenação; jamais, porém, uma condenação poderá basear-se única, ou mesmo preponderantemente, na delação em si mesma. A lei é expressa quanto à primeira hipótese (art. 4.º, § 16); o segundo, porém, decorre, à evidência, do princípio da presunção de inocência.

É portanto muito importante lembrar algo que parece óbvio, mas já vi esquecido em processo penal: o colaborador **não perde a condição de réu**; não é possível, durante o processo, “excluí-lo” dessa condição e, compromissando-o como testemunha, ouvi-lo como tal.

É certo que sua condição de réu é *sui generis*; certo, também, que pode ser ouvido em processo em que não ostenta essa condição: ele pode delatar fatos praticados pela associação criminosa a que pertence, mas de que não participou diretamente (a lei é clara ao mencionar processos “relativos ao colaborador”: art. 4.º, § 3.º). E será sempre, ainda que réu, advertido; não, porém, na condição de depoente (pena de falso testemunho); eventual descumprimento do acordo será punido com a revogação deste, e essa será a advertência.

Daí o cuidado que a autoridade há de ter ao firmar acordo desse tipo: importa – força é reconhecer – não a sinceridade ou os motivos do colaborador, mas as provas que está disposto **e é capaz** de fornecer acerca dos fatos. Porque a palavra do delator, isolada, vale, é claro, **menos** do que a do corrêu confesso que, sem ter firmado acordo, implica os comparsas. Este, quando muito (se não for primário e sem antecedentes), poderá estar visado à atenuante da confissão espontânea, ao passo que o colaborador tem interesse sempre muito maior na condenação dos corrêus.

Descabido, portanto, cogitar de “ineficácia” do instituto. A colaboração poderá revelar-se, concretamente considerada, como ineficaz; nesse caso, porém, o acordo não será firmado, ou será rejeitado pela sentença (art. 4.º, § 11).

5. PROPOSTAS DE CONCLUSÕES (PROVISÓRIAS)

De início, cabe lembrar as **condições para o acordo de colaboração premiada**, conforme resumidas, com a habitual mestria e concisão, pelo eminente Vicente Greco Filho: “1) que se trate de investigação ou processo relativos a crime de organização criminosa ou crime praticado no âmbito de organização criminosa; 2) a colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal; 3) que dessa colaboração resulte um ou mais dos seguintes efeitos: a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações por eles praticadas; b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito

das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada” (GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n.º 12.850/13*. 1.ª ed., 2ª tir. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 39 e s.).

A isso caberia acrescentar que o instituto é, hoje, indispensável não só no Brasil, tendo em vista os novos paradigmas criminosos que hoje temos de enfrentar. Nem por isso, porém, se há de ignorar os cuidados que todo instituto jurídico (mormente os de natureza penal, que dizem com a liberdade) deve inspirar.

Principalmente, é importante evitar-lhe o uso desnecessário e, não raro, prejudicial; isso só servirá para desprestigiá-lo e, assim, levar água ao moinho daqueles que, por inocência ou esperteza, buscam desacreditá-lo.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. *Terrorismo, Tortura e Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, s/d.

CARVALHO, Olavo de. *O Imbecil Coletivo I, Atualidades Inculturais Brasileiras*. 7.ª ed. São Paulo: É Realizações Editora, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches, e PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado. Comentarios à Lei 12.850/13*. 4.ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GÓMEZ DÁVILA, Nicolás. *Escolios a un Texto Implícito*. Girona: Ediciones Atalanta, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n.º 12.850/13*. 1.ª ed., 2ª tir. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2006, vol. I.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

PAWLIK, Michael. *El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico-jurídica del*

terrorismo moderno, in *La libertad institucionalizada*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações Criminosas - Aspectos Penais e Processuais Penais da Lei n.º 12.850/13*. 2.º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Postindustriales*. 3.ª ed. Madri: EDISOFER S. L., 2011.

SOWELL, Thomas. *The Quest for Cosmic Justice*. New York: Simon & Schuster, 1999.

SUTHERLAND, Edwin E. *Principles of Criminology*. 3.ª ed. Chicago/Philadelphia/New York: J. P. Lippincott Company, 1939.

YOO, John, *War by Other Means*. New York: Atlantic Monthly Press, 2006.

Idem, *The Powers of War and Peace: the Constitution and Foreign Affairs after 9/11*. Chicago and London: The University of Chicago Press, s/d.

OS ABUSOS DO PROJETO DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE

Gláucio Roberto Brittes de Araújo

GLÁUCIO ROBERTO BRITTES DE ARAÚJO

Graduado pela USP

Mestre em Direito Penal pela PUC/SP

Doutor em Direito Penal pela USP

Especialista em Direito Público pela EPM

Professor assistente da pós-graduação da EPM

Professor convidado da UNICSUL

Conferencista na PUC e ESMP

Juiz de direito criminal no Estado de São Paulo

Resumo: Impõe-se a discussão premente e técnica sobre o conteúdo do Projeto de Lei 280/16 e 85/2017, que versa sobre abuso de autoridade, a fim de evitar que sejam aprovadas normas eivadas por inúmeras inconstitucionalidades, sobretudo decorrentes da violação dos princípios da intervenção mínima, da legalidade, seu corolário taxatividade, e da culpabilidade, além do comprometimento, por via oblíqua, da segurança jurídica e dos fins legítimos de política criminal, do rendimento dogmático da teoria da proteção do bem jurídico e da proibição de insuficiência da tutela penal.

Palavras-chave: Projeto de Lei. Crimes de abuso de autoridade. Intervenção mínima. Princípio da legalidade. Inconstitucionalidades.

Abstract: It is demanding an urgent and technical discussion on the content of the Project of Law 280/16 e 85/17, which deals with abuse of authority, in order to prevent the approval of standards rotten by unconstitutional dispositions, especially arising from the breach of the principles of minimum intervention, of the legality - its restrictive corollary -, of guilt, beyond the commitment, by oblique means, of the legal security and of the legitimate purposes of the criminal policy , of the dogmatic income of the theory of protection of the juridical assets and of the prohibition of lack of penal trusteeship.

Keywords: Project of Law. Crime of abuse of authority. Minimum intervention. Principle of legality. Unconstitutional dispositions.

1. Introdução

O Senado aprovou no dia 26/4/2017 a reforma da Lei de Abuso de Autoridade, mais precisamente o substitutivo, por 54 votos a 19, enviado ao Plenário pela Comissão de Constituição e Justiça. O texto agora tramita na Câmara dos Deputados. Apesar de alguns avanços, como a alteração da redação original para excluir a possibilidade de criminalizar juiz que viesse a ter decisão reformada por instância superior, e da momentânea interrupção do debate sobre o tema, é preciso atentar para retrocessos e para eventual aprovação açodada, sem a necessária discussão técnica, tanto sob o aspecto dogmático, quanto sob o prisma de política criminal, além do risco de comprometimento de princípios constitucionais e de garantias fundamentais para o exercício de funções públicas relevantes para a sociedade, para o combate à criminalidade organizada e à corrupção sistêmica. Enfim, aprovado o texto proposto pelo senador Roberto Requião (MDB-PR), que reuniu os dois projetos (o da Comissão de Regulamentação da Constituição, apresentado pelo senador Renan Calheiros, e o de autoria da Procuradoria-Geral da República, que previa expressamente a não criminalização da divergência de interpretação de lei) resta sanar seus graves equívocos durante a tramitação na Câmara.

O substitutivo eliminou trechos do projeto que poderiam resultar no "crime de hermenêutica" e a promoção de ações pelas supostas vítimas de abuso de autoridade e pela OAB. Assim, somente o Ministério Público, pelo texto final, poderia ajuizar ações judiciais, em seis meses, restando à vítima, na hipótese de omissão do Parquet, a "ação privada subsidiária" também no prazo de seis meses. O MP poderia ainda aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do

processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso. A despeito destas correções, o substitutivo estabelece mais de 30 crimes de abuso de autoridade, como os de algemar pessoas sem necessidade, conforme prevê a Súmula Vinculante 11 do STF; decretar condução coercitiva sem prévia intimação; pedir vista de processo para atrasar a conclusão do julgamento; demorar injustificadamente na análise de pedidos; e a “carteirada”. Entre as sanções previstas estão obrigação de indenizar, a inabilitação para exercício de cargo público por até cinco anos e perda do cargo.

No dia 30 de outubro de 2017, todavia, foi criada comissão especial na Câmara, que vai discutir projetos de lei que tratam do tema (PLs [6361/09](#) e [7596/17](#), ambos do Senado, e outras 12 propostas que tramitam em conjunto). O PL 6361/09, aliás, altera a Lei de Abuso de Autoridade ([4.898/65](#)) para incluir quatro novas hipóteses: impor a uma pessoa ou empresa obrigação cuja cobrança tenha sido considerada inconstitucional por decisão judicial de efeito vinculante; exigir de uma pessoa ou empresa a apresentação de documentos sem amparo legal para tanto; retardar ou deixar de prestar, sem motivo justo, serviço inerente ao cargo ocupado pela autoridade; divulgar decisão judicial antes de sua publicação oficial, a menos que ela seja transmitida ao vivo pelo Poder Judiciário e pelos sites oficiais na internet.

Agora na Câmara, o texto necessita, inegavelmente, de discussão mais aprofundada pela sociedade civil, sobretudo com contribuições de acadêmicos e operadores do Direito, para que não seja incorporado à ordem jurídica como mais um diploma legal maculado por inconstitucionalidades, contraproducente quanto aos fins de política criminal e fadado a não alcançar o objetivo colimado, despertando intermináveis controvérsias sobre a validade e extensão de suas normas, na jurisprudência e na

doutrina, tumultuando ainda mais as persecuções penais e até mesmo paralisando a atividade das instâncias de Segurança Pública e de Justiça Criminal. Advirta-se ainda para o risco de desvio de sua finalidade e de manobras imbuídas de má-fé, como meio de intimidação ou retaliação a autoridades, servidores ou oponentes, o que já recomendaria o emprego cuidadoso e excepcional de conceitos abertos e de expressões sujeitas à interpretação extremamente controvertida, sobretudo quando ausente exigência de dolo específico.

Preliminarmente, não obstante todo respeito que merecem os autores do projeto, despontam evidentes excessos de incriminação, em afronta ao princípio da intervenção mínima, seus corolários da subsidiariedade e fragmentariedade, e em detrimento do rendimento dogmático da teoria da proteção do bem jurídico. Representam verdadeiro retrocesso diante dos esforços envidados para frear a expansão desmedida do Direito Penal, o desvirtuamento de sua missão precípua e a ingerência indevida da função punitiva em variegados âmbitos da vida social, com todo seu custo social e risco para direitos individuais e garantias fundamentais.

O projeto ignora ainda críticas vetustas de penalistas renomados e estudiosos do Direito às tendências de hipertrofia da legislação penal, na busca pelo controle inviável de quaisquer fontes de risco social e pela administrativização de conflitos mediante cominação da restrição à liberdade. Abandona, outrossim, a incriminação de condutas como *ultima ratio*, ou seja, justificada apenas quando atestada a inviabilidade da solução de problemas sociais por outros setores do Direito, menos gravosos para os cidadãos. Tenta oferecer resposta simbólica, que, com a devida vênia, não prima pela melhor técnica, desprestigiando o Direito Penal, ao banalizá-lo e ao lhe conferir

finalidades estranhas à sua natureza, sua evolução histórica e os ideais de sua modernização.

Destarte, olvida-se do interesse público dependente de tutela penal e dotado de dignidade constitucional. Em vários artigos não se vislumbram sequer o bem jurídico que se pretende tutelar, suas raízes constitucionais e a imprescindibilidade da cominação de pena privativa de liberdade para satisfazê-lo. Em outros, as condutas tipificadas representam remoto perigo abstrato de ofensa ao interesse invocado, afrontando o princípio da lesividade ou ofensividade. Adiantam-se as barreiras do Direito Penal para criminalizar atos meramente preparatórios ou de risco não proibido.

Ademais, alguns dos dispositivos do projeto contribuem para desencorajar e manietar órgãos de persecução penal, sobretudo perante a criminalidade organizada e sucessivos escândalos de corrupção. A propósito, tipos repletos de elementos normativos e excessivamente abertos obstam o conhecimento seguro pelos destinatários das normas de quais condutas são efetivamente criminosas e quais representam exercício regular da função pública. Poderão ser invocados diuturnamente em notícias de crime (“representações”) contra autoridades para obstar persecuções legítimas. Como se não bastasse, a insuficiência de critérios objetivos declinados no texto e a indefinição de limites claros entre as hipóteses normativas violam os princípios da segurança jurídica e da legalidade, sobretudo seu corolário taxatividade, na seara penal. A inserção de dolo específico voltado para a lesão a bem jurídico certo e determinado contribuiria para sanar estes vícios em vários dispositivos.

Além disso, algumas tipificações já estão contempladas por outros diplomas legais, por vezes com algumas notas distintivas, as quais, embora secundárias, certamente ensejarão despiciendos conflitos aparentes de normas, em detrimento da segurança jurídica, da isonomia substancial na sua aplicação e no tratamento dos imputados. O abuso dos tipos de perigo abstrato e das normas penais em branco também afronta as conquistas do Estado Democrático de Direito e seus princípios basilares, os avanços dogmáticos e as contribuições da criminologia e das ciências sociais. Merece destaque também a ausência de proporcionalidade nas cominações de pena e na equiparação de atos de gravidade objetivamente distinta e substancialmente diferentes em relação ao grau de perigo criado para o interesse pretensamente protegido.

Por fim, há conflitos entre alguns de seus preceitos e aqueles da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (lei complementar) atinentes à vedação de punição por manifestações e pelo teor das decisões judiciais, os quais fatalmente terão de ser resolvidos em favor da prevalência hierárquica desta lei complementar, comprometendo a aplicação integral e eficaz do novo diploma, com conseqüente desprestígio para os meios escolhidos pelo legislador no invocado combate ao abuso de autoridade.

Portanto, o problema da legitimação do elevado número de incriminações do projeto deve ser objeto de debate amplo, técnico e responsável, sob a égide do equilíbrio entre direitos fundamentais e garantias individuais, eficiência no exercício do poder-dever do Estado em prol do interesse público, proibição da insuficiência da tutela penal, legitimidade da ingerência excepcional nas liberdades do indivíduo, aprimoramento da persecução e combate à criminalidade, sobretudo à corrupção.

2. Análise dos dispositivos Projeto 280/16

Como já se advertiu, vários dispositivos do Projeto original foram mantidos para análise da Câmara, subsistindo as críticas às máculas apontadas. Ao menos já se obteve a imperiosa supressão dos incs. II e III, do art. 9, do projeto. O tipo omissivo próprio de deixar de conceder liberdade provisória, quando assim admitir a lei (em tese sempre, consoante entendimento predominante acerca da inconstitucionalidade das vedações automáticas do benefício para certos crimes) e quando preenchidos os requisitos legais viola vários princípios constitucionais, como os da legalidade, da intervenção mínima e da culpabilidade. Ora, tais conceitos eram extremamente abertos e sujeitos a interpretações opostas, no caso concreto. O risco de exegese gramatical e de aplicação precipitada do preceito serviria à intimidação dos juízes, que poderiam responder criminalmente sempre que, negando a liberdade por reputarem presentes os fundamentos da custódia cautelar, tivessem suas decisões reformadas. O reconhecimento da presença dos requisitos da liberdade por outra instância do Judiciário implicaria, em tese, a conclusão pela ilegalidade na antecedente e, por conseguinte, pelo delito praticado por aquele julgador.

Outrossim, cumprir diligência policial em desacordo com as formalidades legais constituía infração assaz vaga e ampla. Para o fim colimado era despicienda a norma penal em branco, além de temerária a possibilidade de complementação por quaisquer fontes normativas. Ora, mero equívoco ou irregularidade formal atinente a aspecto secundário poderia ensejar a condenação do agente. Ademais, a falta de dolo específico ou de outro elemento capaz de restringir a incriminação era preocupante,

permitindo que contemplasse situações completamente distintas e outras desprovidas de qualquer gravidade compatível com a imposição de pena privativa de liberdade.

Por outro lado, várias normas foram preservadas no texto remetido à Câmara, como veremos no capítulo seguinte. Auspicioso o escorço histórico com indicação dos vícios do Projeto 280/16 para que sejam sanados na nova etapa. O art. 10 (deixar de comunicar prisão em flagrante, execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária no prazo legal, à família ou pessoa indicada), por exemplo, deveria conter elemento subjetivo especial, pois a falta de comunicação no prazo ou a simples superação deste por minutos, por vezes em razão de acúmulo de serviço ou de equívoco material de subordinados, poderia levar à responsabilidade penal da autoridade. A amplitude e o grau de indeterminação da norma ignoravam a realidade das delegacias de polícia, sobretudo em regiões longínquas e pobres, e os problemas da prática forense. Todos os incisos do parágrafo padeciam do aludido defeito. Ainda quando ausente má-fé, descaso patente no cumprimento dos deveres funcionais ou qualquer pretensão de violar garantias fundamentais ou privilegiar alguém, poderia haver subsunção das condutas ao tipo penal, sem que sequer fosse reconhecida antes alguma infração funcional ou administrativa. A propósito, a referência ao mesmo dia da expedição de alvará para efetivação da soltura é desprovida de sentido lógico, razoabilidade e proporcionalidade, pois ninguém responderia pela manutenção de um detento durante todo o expediente, mesmo após recebimento da ordem emanada nas primeiras horas, mas haveria punição para a liberação após zero hora do dia seguinte por ordem expedida nas últimas horas do plantão anterior (ex. 23:30h).

O art. 11, do projeto (constranger o preso, mediante violência ou grave ameaça ou após reduzida a capacidade de resistência, a exhibir-se, ou ter seu corpo ou parte dele exibido, à curiosidade pública, a submeter-se a situação vexatória, a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro) já sancionada por outros ramos do Direito, inclusive com a nulidade judicialmente reconhecida, prescindia da cominação de pena privativa de liberdade, quando já seriam suficiente também as sanções de jaez diverso. As hipóteses de tortura, além de já previstas em lei própria, foram expressamente ressalvadas, assim como a sanção da violência, não restando condutas subsidiárias de interesse penal. Ademais, a imprecisão dos vocábulos empregados e a vasta controvérsia acerca da extensão do direito referido gerariam grande insegurança jurídica. Certamente surgiria quem defendesse a ideia de que configuraria o delito a conduta inexorável de submeter o investigado ao reconhecimento por vítimas contra a sua vontade ou a insistência para realização do teste de alcoolemia em quem não conta com discernimento e potencial volitivo íntegros. Submeter a situação vexatória, igualmente, era conceito muito aberto, cujo preenchimento variaria conforme a formação cultural e ideológica dos envolvidos, sobretudo quando se tratar de investigado por crime grave. A expressão “constrangimento não autorizado por lei”, aliás, conduzia à conclusão ilógica de qual alguns seriam legais. Restaria saber se entrevistas a repórteres policiais ou imagens de presos em flagrante e de suspeitos estariam ao alcance da incriminação, quando a autoridade não as impedisse ou ainda quando as autorizasse, premida pelo receio de ser acusada de afrontar o princípio da publicidade da persecução e a liberdade de imprensa.

O art. 12, do projeto, poderia ser suprimido, até porque já existem delitos previstos para ofensa à honra, intimidade, vida privada ou imagem de indiciado ou preso,

independentemente do instrumento e sede. A propósito, para aqueles meios de comunicação em que o dano seria potencializado já haveria a possibilidade de aumento da pena. A redação, outrossim, era confusa e contraditória, pois se referia à imagem de pessoa indiciada para, em seguida, incluir como sujeito passivo vítima e testemunha. O art. 13 do projeto - constringer alguém, sob ameaça de prisão, a depor sobre fatos que possam incriminá-lo (caput) ou pessoa que deva guardar segredo em razão da função (parágrafo) - igualmente, padecia de vários vícios, como inobservância da lesividade e da taxatividade. As condutas ofensivas ao interesse supostamente invocado já estariam contempladas pelas infrações de tortura ou constrangimento ilegal. De outro lado, simples alusão à possibilidade de prisão, em caso de inércia do interessado em se defender, não estaria dotada de gravidade apta a justificar sua incriminação. O conteúdo do parágrafo, por sua vez, poderia ser açambarcado pelo concurso na violação de sigilo profissional prevista no Código Penal.

O art. 14, do projeto (deixar de identificar-se ao preso ou identificar-se falsamente), despertava várias preocupações de cunho prático, diante da indeterminação de seus conceitos. Além de suficiente o Direito Administrativo Sancionador para coibir tal espécie de comportamento, não se mostrando necessária a intervenção penal para tanto, olvidava-se da possibilidade de que a falta de identificação tivesse decorrido do esquecimento, da simples falha, durante a celeridade de uma tumultuada ação, ou de receio de represálias. Não se sabia qual seria o prazo para tanto e se, por exemplo, a redação do auto de flagrante seria termo final para um policial se identificar. O dispositivo também não explicava no que consistiria a identificação e quando se daria por satisfeita, bastando a alusão à condição de servidor ou impondo-se a especificação da função ou até mesmo o fornecimento de nome e outros dados de qualificação. A

falsa identidade do inc. II, por sua vez, já contava com previsão correlata no Código Penal, não se compreendendo a necessidade de sua inclusão na lei especial. Subsistiria lacuna, além disso, para as hipóteses de infiltração de agentes e de necessidade de proteção de servidores contra integrantes de organização criminosa ou agentes de grande periculosidade.

O art. 15, do projeto (submeter o preso ao uso de algemas ou de qualquer outro objeto que lhe tolha a locomoção, quando ausente resistência, perigo de fuga ou à integridade), avançava ainda mais na linha da criminalização desnecessária e injustificada de condutas que sequer são reconhecidas como graves e reprováveis pela sociedade. O controvertido tema do uso de algemas não deve ser resolvido pela lei penal em prol de uma das posições divergentes, incriminando-se a outra, até porque sequer o tipo exige dolo específico. A rigor, então, bastaria a falta de expressa justificação das autoridades e de todos responsáveis pela guarda e remoção do preso para a configuração do crime ou a impugnação de sua pertinência lógica e embasamento fático. Assim, se alguém discordasse do risco de fuga ou de perigo à integridade física alheia, poderia imputar referido delito ao agente público por ter concorrido para a colocação ou manutenção de algemas. Não nos parece, de qualquer modo, que mesmo eventual excesso no emprego do excepcional instrumento reclame privação de liberdade da autoridade, quando seriam suficientes sanções administrativas e disciplinares para coibir ou retribuir o comportamento. A propósito, já existe rigorosa súmula do STF para evitar abusos. Mais uma vez, deparamo-nos com a banalização do Direito Penal. Não atenta para o princípio da razoabilidade, a opção por se pretender resolver os inúmeros problemas sociais que nos afligem, segregando-se atrás das grades contingente crescente e inestimável de servidores públicos, como se tal

movimento pudesse de fato alterar abruptamente práticas culturais e comportamentos enraizados, contrariando incontáveis estudos criminológicos e contributos vetustos das ciências sociais sobre os efeitos desta estratégia, e sem antes recorrer aos instrumentos convencionais e menos gravosos à disposição do Estado.

O art. 16, do projeto (interrogatório policial durante o período de repouso noturno, sem flagrante ou anuência), igualmente, recorria à ingerência penal despicienda para cuidar de circunstâncias que, na melhor das hipóteses, justificariam cautelas no bojo de outros ramos do direito. O tipo versava sobre perigo de perigo ao bem tutelado, visando coibir comportamento muito distante da efetiva criação de risco proibido ao interesse legítimo que se pretende proteger. Criminalizar o simples interrogatório, muito antes de qualquer ato preparatório de efetiva constrangimento ou outra espécie de vício grave, sobretudo capaz de comprometer a defesa ou até mesmo a integridade psíquica ou física do suspeito, é trabalhar com conjecturas e o princípio da precaução. Extrai-se do mero horário do ato ilação sobre danos, em detrimento do princípio da intervenção mínima e seus corolários da fragmentariedade e subsidiariedade. Bastam os tipos existentes na legislação pátria para situações de tal jaez, sobretudo aqueles que poderiam ser aprimorados na reforma do vetusto diploma, sobretudo na modalidade tentada. Vale dizer, qualquer início de ataque aos interesses do investigado já estaria fatalmente contemplado pelas normas penais. Além de despertar divergências sobre o termo inicial e final deste período, como já ocorrera com o furto no repouso noturno e expressões semelhantes, sujeitas a grande amplitude de interpretação, o tipo carecia de dolo específico e elementos mais ligados à noção de lesividade objetiva da conduta. Ademais, poder-se-ia punir mera irregularidade, oriunda de precipitação ou

despreparo, cometida pela autoridade policial, mesmo que sequer cogitasse do intuito de prejudicar o interrogando.

O art. 17, do projeto (impedir ou retardar injustificadamente o envio de pleito de preso à autoridade judiciária ou deixar, esta, de sanar o óbice), mais uma vez deixava de especificar elemento subjetivo que revelasse má fé ou finalidade ilícita e não afasta hipóteses de simples descuido, impossibilidade física, demora por adversidades materiais ou até mesmo erro do servidor. Segundo exegese literal do preceito, ainda que não pretendesse subtrair a apreciação da prisão pelo Judiciário ou ocultar ilegalidade, o agente poderia responder criminalmente pela demora, dependendo do significado que fosse atribuída à expressão “injustificadamente”. De qualquer modo, com alguma complementação para evitar tal abrangência e a insegurança decorrente de interpretações díspares, o dispositivo poderia ser útil para os fins da lei, sem incorrer em ilegitimidade ou mácula de inconstitucionalidade. O art. 18, do projeto (impedir, sem justa causa, que o preso se entreviste com seu advogado), também merecia discussão mais aprofundada sobre os objetivos de política criminal adequada à coibição e repressão do abuso de autoridade, pois avançaria sobre nulidades não necessariamente identificadas com o dolo de comprometer a defesa ou os demais direitos do investigado. Não é incomum o atropelo do ato ou restrições decorrentes de inexperiência profissional que dispensariam a carga sancionatória penal. Assim, as sanções de nulidade e pessoais na seara administrativa e funcional seriam suficientes.

O art. 19, do projeto (constranger preso para obter vantagem ou favorecimento sexual), fatalmente ensejaria polêmicas infundáveis, por não ter sido preciso na reunião de conceitos tão diferentes e abertos. As condutas aproximam-se muito daquelas já tipificadas pela extorsão, concussão, constrangimento ilegal, de um lado, estupro e alguns dos crimes sexuais, de outro. A expressão “favorecimento sexual”, ademais, era dúbia, até porque prestar favor não condiz, em tese, com a situação de constrangido. No mesmo diapasão, o texto do art. 20, do projeto (manter presos de ambos os sexos na mesma cela), embora de inspiração legítima, poderia encerrar situações excepcionais, que não decorreriam da vontade e da opção do agente, mas de falhas de outras autoridades ou inviabilidade fática de meios alternativos para cumprimento da lei. Vale dizer, o servidor poderia ter de escolher entre soltar alguém legalmente detido por sua própria iniciativa, na falta de local adequado à custódia, para não responder penalmente pela infração citada ou desobedecer à ordem judicial e concorrer para eventual desaparecimento do investigado. Tais aspectos devem ser sopesados, ainda que apenas para aprimoramento do texto normativo.

O art. 21 (ingresso ou busca sem falta de mandado judicial) reproduzia hipótese de invasão de domicílio, de modo desnecessário, inócuo e contraproducente, na medida em que eventual divergência entre parte dos elementos do tipo - a depender da redação final - geraria insegurança jurídica. A norma poderia ser reelaborada para conter apenas situações mais específicas, como aquelas dos incisos, mormente da coação para ter acesso franqueado ao domicílio (expressão mais ampla do que “casa” e já consagrada no tratamento do tema) e da execução vexatória ou abusiva de mandados de busca e apreensão. Mesmo neste ponto, questionável a penalização, contestando-se a ideia de *ultima ratio*. O parágrafo 2º (simples declaração de que não é crime a

permanência ou entrada durante o cometimento de crime ou na sua iminência), por sua vez, apenas reproduzia previsão constitucional, embora sem empregar o conceito mais amplo de infração penal, sendo passível de eliminação.

O art. 22 (interceptação telefônica, de fluxo de comunicação informática e telemática, ou escuta ambiental, sem autorização judicial ou fora das demais condições estabelecidas ou ainda atingindo terceiros e o acesso a dados sigilosos) versava sobre violações de regras de interceptações telefônicas e de dados já previstas em legislação própria e especial. Acrescentava, contudo, no inciso III, a simples publicidade do resultado da interceptação e não do seu conteúdo, este sim legitimamente protegido pelo sigilo, mediante sanções. Ora, a norma assaz ampla não permitia concluir se o crime era próprio, observando sua origem e natureza funcional, ou se qualquer interveniente na cadeia causal da publicação pode responder penalmente, como os jornalistas. Ademais, perante o conflito entre o princípio da publicidade, mediata e imediata, como corolário do controle democrático da atividade jurisdicional pela sociedade, e os direitos individuais dos investigados e de terceiros, o legislador faria opção prematura em abstrato, sem observar a proporcionalidade e a otimização dos princípios constitucionais. Sacrificaria o conhecimento de provas e de atos de persecução antes da denúncia, mesmo quando ausente hipótese de segredo de Justiça. O art. 23 (mandar ou praticar violência física ou moral contra pessoa, no exercício de função ou a seu pretexto) tipificava comportamento já previsto em outras normas penais, merecendo as mesmas críticas lançadas acima sobre tal problema de método na elaboração legislativa.

O tema do art. 24 (inovar artificialmente, no curso de diligência, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade) já encontrava similar no Código Penal. Os incisos do parágrafo, como o fim de se eximir de responsabilidade ou a ausência de socorro), veiculavam apenas condutas já tipificadas pelo ordenamento ou hipóteses variáveis do *caput*, talvez porque mais recorrentes ou revestidas de repercussão por força de alguns casos concretos dos últimos anos. Poderiam ser preservados, se concebida finalidade diferente da influência no resultado da persecução, como a de impor sofrimento a suspeito ou terceiro. O art. 25 (obtenção ou uso de provas ilícitas), embora com conceitos abertos, mostrava-se figura útil aos fins propostos e subsidiária em relação a outras, como as interceptações ilegais. O art. 26 (induzir ou instigar alguém a praticar infração penal com o fim de capturá-lo em flagrante), por sua vez, causaria sérios problemas, em hipóteses de infiltração de agentes, considerando que, por vezes, a atitude do infiltrado encoraja o comportamento criminoso, por força da solidariedade e do gregarismo, intrínsecos à criminalidade grupal, conforme vasta doutrina de criminologia. Poderia ao menos ser discutida a previsão de ressalva ou excludente explícita para tais situações, sob pena de prejuízo à aplicação de importante meio de obtenção de provas no combate às organizações criminosas. O flagrante provocado já era refutado pela jurisprudência, ensejando relaxamento da prisão, e a figura penal parecia produto assaz severo e dispensável da preocupação legítima com a disseminação de tal prática. Também evidencia a desnecessidade de tipificação da participação como autoria de outro crime, a previsão de sanção mais gravosa para a infração de resultado (vítima detida) no parágrafo em relação àquela formal do *caput*.

Os fins supostamente almejados pelo art. 27 (requisitar ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa em desfavor de alguém pela simples manifestação artística, de pensamento, de convicção política ou filosófica, de crença, culto ou religião, na ausência de qualquer indício de crime) já seriam suficientemente satisfeitos pela responsabilização funcional ou, quanto ao *extraneus* do serviço público, pela figura da denúncia caluniosa. Teria sido essencial ao menos a inserção de dolo específico ou de expressão que distinguisse melhor tal injusto - como ausência "manifesta" de indício ou requisitar "sem justa causa" - das providências de boa-fé, adotadas para fins de apuração de *notitia criminis*, ainda que de maneira prematura ou equivocada. Não haveria reprovabilidade e vontade de ataque ao bem jurídico tutelado que pudessem justificar, nestes casos, a resposta penal, podendo servir, o dispositivo, de inibidor da atuação profícua de agentes públicos, até porque a conclusão pela ausência de indício demanda valoração e pode ser permeada por algum subjetivismo e controvérsia. Levada às últimas consequências, o trancamento de inquérito, o arquivamento, a rejeição de denúncia ou até mesmo a absolvição por inexistência do fato e atipicidade poderiam levar a represálias e investidas do suspeito ou de terceiros contra o servidor que tivesse instaurado ou requisitado a investigação para obter sua responsabilização penal, inegavelmente excessiva em hipóteses de mudança casual do quadro probatório, de mero voluntarismo ou de precipitação. Parece-nos que a ingerência penal aqui é contraproducente, não atende às finalidades do direito penal moderno e à proteção do bem jurídico.

O art. 28 (reproduzir ou inserir nos autos diálogo ou outra comunicação do investigado com pessoa que, em razão de função ou profissão, deva guardar sigilo sobre o objeto da investigação), também era prescindível, considerando a preexistência do crime de

violação do sigilo profissional. Ainda que se refute participação naquele crime próprio, a norma parece exagerada para procedimentos sob sigilo, pois a ciência apenas pelas partes e juiz poderia, na pior das hipóteses, produzir eventualmente alguma contaminação do livre convencimento deste último. Todavia, isto já ocorre na produção de provas ilegítimas ou ilícitas, preexistindo remédios apropriados, como desentranhamento, juízo de garantias etc. Evita-se assim o contato do público e do julgador com tais conteúdos, que, ademais, deve motivar seu convencimento com base exclusivamente nas provas lícitas. Portanto, não se mostrava imprescindível a previsão de figura penal para cuidar da matéria, podendo ensejar ainda controvérsias sobre o dever de sigilo quanto ao diálogo e elemento subjetivo da conduta, além de conflito com as normas especiais da Lei de Interceptações.

O art. 29 (prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesses de investigado) continha apenas a expressão investigado, sendo conveniente a inserção de denunciado, como alternativa, para evitar lacuna de punibilidade injustificada e eventual interpretação restrita nesse sentido, sob a invocação da taxatividade. A redação acertava, ao estabelecer expressamente o dolo específico de prejudicá-lo, técnica que poderia ser reproduzida em outros dispositivos da lei, como já exposto, a fim de atender à exigência de lesividade e evitar o emprego desvirtuado do diploma. O parágrafo (omitir informação sobre fato juridicamente relevante e não sigiloso), todavia, deveria ficar condicionado à preexistência de dever específico de agir, sob pena de alcançar qualquer pessoa que, por simples falta de solidariedade, não comunicar fato relevante de interesse do investigado. Vale dizer, vislumbrar obrigações gerais, neste caso a de contribuir para defesa de terceiros, como supedâneo de responsabilização penal ampla e

indiscriminada, é método sabidamente rechaçado pela doutrina, até mesmo por afrontar liberdades públicas. Sem explícita alusão ao dever específico, fatalmente a inconstitucionalidade do dispositivo será arguida. Ou seja, somente quando presente indubitável obrigação de informar, cogitar-se-ia de reprovabilidade. Tal solução impediria ainda que fosse preciso reconhecer excludente de culpabilidade, depois de configurada a tipicidade material, movimentando a máquina estatal desnecessariamente. Em tese, seria necessário então superar a fase de denúncia para que fosse acolhida, por exemplo, a inexigibilidade de conduta diversa.

O art. 30 (dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa, sem justa causa fundamentada) incidia no mesmo equívoco do art. 27, desta feita alcançando, numa análise inicial e perfunctória, a autoridade judiciária, mesmo sem dolo específico. O princípio da inércia, os recursos, *habeas corpus*, mandados de segurança, representações correicionais e demais mecanismos de controle judicial evitariam qualquer prejuízo concreto para o imputado, não se compreendendo a necessidade de tipificação criminal de conduta que admite valoração subjetiva, sobretudo na falta de exigência de elemento subjetivo especial. Ora, a autoridade - a depender da exegese da expressão “justa causa” e da conclusão geralmente imprevisível e controvertida sobre sua presença no caso concreto - ficaria premida entre o risco de ter seu comportamento considerado prevaricação ou ao menos omissão funcional, principalmente por conta do princípio da indeclinabilidade e inafastabilidade da atividade jurisdicional, ou vê-lo tipificado como delito do art. 30, do projeto. Preocupante esta desnecessária ingerência penal sobre condutas situadas em zonas cinzentas e até mesmo sobre desvios que já são resolvidos a contento pelo ordenamento jurídico. Despontava nítida a ofensa ao princípio da intervenção mínima, tanto sob o

aspecto da subsidiariedade, quanto da fragmentariedade. O tipo com conceito extremamente aberto e de perigo abstrato, ademais, não observava fielmente a taxatividade, como corolário do princípio da legalidade.

Defeito semelhante é detectado no parágrafo do art. 31, que criminalizava a conclusão abusiva, sob o aspecto temporal, do procedimento, mesmo na falta de prazo fixado em lei. Ora, extremamente subjetiva a concepção do que seria abusivo em cada situação concreta. Se até mesmo para a duração de prisões cautelares, existem divergências entre os operadores do direito e a jurisprudência admite a subsistência da medida excepcional, quando descumpridos os prazos, não há supedâneo lógico e jurídico para criminalizar o simples atraso, por vezes por circunstâncias alheias ao interesse e à dedicação do servidor. Ressalte-se mais uma vez que já existem inúmeros instrumentos legais para coibir demora desarrazoada e que o tipo não conta com previsão de dolo específico, podendo alcançar agentes públicos que sequer cometeram falta disciplinar. Mesmo o atraso injustificável é comportamento suficientemente coibido por outros ramos do Direito e não digno de sanção penal. Observe-se que a parte final da redação não continha o “fim de prejudicar o investigado”, mas a simples consequência imprecisa de prejuízo a ele, mesmo que ausente tal propósito no comportamento do servidor. O *caput* merecia críticas análogas, motivo pelo qual o artigo deveria ser eliminado do projeto.

O art. 32 (negar, sem justa causa, ao defensor acesso aos autos de qualquer procedimento investigatório ou obtenção de cópias, ressalvadas as diligências sob sigilo imprescindível ou ainda decretar sigilo arbitrariamente) reproduzia o vício de afronta à ideia basilar de Direito Penal como última *ratio*, quando já existem várias normas para assegurar ao advogado acesso aos autos, inclusive no Estatuto da OAB, e

para responsabilizar o juiz e demais servidores por obstáculos criados para a defesa. A justa causa que hoje pode ensejar divergências, como na falta de acesso a autos submetidos à conclusão ou que aguardam cumprimento de determinações judiciais ou outros atos, seria amplificada para receber contornos penais e para intensificar a malfadada litigiosidade no meio social e profissional. Mais uma vez o legislador, no afã de resolver problemas variegados, excedeu-se, ao acreditar erroneamente que o Direito Penal possa fazê-lo e ao lhe conferir função de controle social estranha à sua missão. Ao arrepio de garantias fundamentais e princípios consagrados no Direito Penal e Constitucional, aceita a administrativização de tão excepcional ingerência estatal, quando precipuamente destinada, na verdade, à proteção de bens jurídicos relevantes, diante da incapacidade de outros instrumentos. Despreza assim as contribuições da ciência e as conquistas de séculos em tão relevante ramo do direito.

Cumprir destacar, por fim, a contradição entre perda do cargo, como efeito da condenação, e mera suspensão do exercício, como pena restritiva de direitos, além de prescindíveis tais referências peculiares diante da disciplina suficiente e uniforme do Código Penal. Era criticável ainda, sob o aspecto processual, a faculdade da ação privada subsidiária após prazo tão exíguo conferido ao MP (15 dias) para denúncia, bem como a própria previsão da ação condicionada à representação. Esta certamente poderia ser utilizada, com abuso e desvio de finalidade, para intimidação de autoridades. Provocaria inúmeros incidentes e procedimentos, tumultuando persecuções e retardando o exercício das funções estatais, além de gerar custos inestimáveis ao erário e transtornos pessoais. Qualquer pessoa a todo momento poderia representar agentes públicos junto ao MP, movimentando a máquina estatal, mesmo sem nenhum cabimento e por interesses privados, inclusive ilegítimos, opostos ao público.

3. Análise dos dispositivos Projeto 85/17 com alterações submetido à Câmara dos Deputados

As críticas tecidas sobre os dispositivos do Projeto 280/16 se aplicam ao Projeto 85/17, que os reproduziu, com algumas inovações, e que será apreciado pela Câmara, com perspectiva firme de aprovação em breve. O texto, que ora sintetizamos, declara, inicialmente, sua finalidade de definir os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído. Exigem expressamente finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. E o § 2º, atendendo às críticas de penalistas e operadores do direito, ressaltou explicitamente a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, que não configuraria, por si só, abuso de autoridade

Estabelece como sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I – servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II – membros do Poder Legislativo; III – membros do Poder Executivo; IV – membros do Poder Judiciário; V – membros do Ministério Público; VI – membros dos tribunais ou conselhos de contas. A pretensa lei reputará agente público ainda, para os seus efeitos, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra

forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangido pelo caput.

Os crimes previstos na Lei são de ação penal pública incondicionada, admitindo-se a ação privada apenas se a pública não for proposta no prazo legal, em 6 meses do fim deste, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal. A condenação torna certa ainda a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração. Para reincidência específica, implica a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos; e acarreta a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Tais efeitos não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

Os crimes previstos no art. 9, do projeto, são: decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais, deixar, dentro de prazo razoável, de relaxar a prisão manifestamente ilegal; de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; de deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível. A detenção cominada de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa para decisões que podem decorrer de simples convencimento judicial controvertido, no exercício regular da judicatura, é nitidamente incompatível com a autonomia da função jurisdicional e com os princípios da taxatividade e lesividade.

O art. 10 tipifica a conduta de decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo. O tipo aberto, cuja taxatividade está comprometida pelas inúmeras variações de sentido que pode receber a expressão “descabida”, veio atender à conveniência de investigados que eram surpreendidos por medida mais branda do que prisões provisórias, mas que causava repercussão e dificultada expedientes protelatórios. A proibição, contudo, restringiu-se, talvez por equívoco, ao comparecimento em juízo, sem recair, em tese, sobre a prestação de esclarecimentos em inquérito, ainda que por força de intimação judicial.

O art. 11, por sua vez, estabeleceu hipótese clássica de abuso, qual seja, executar a captura, prisão ou busca e apreensão de pessoa que não esteja em situação de flagrante delito ou sem ordem escrita de autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, ou de condenado ou internado fugitivo. A norma não desperta controvérsias como as demais, pois de fato impede abuso de poder que afeta a liberdade individual. No mesmo sentido, o art. 12 tipifica omissão dolosa que viola o preceito constitucional de inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de lesões a direito. Assim, deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal, é sancionada com a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Admitida como infração de menor potencial ofensivo, embora sem contar com finalidade específica, não deve contemplar a simples negligência ou descuido, sob pena de tornar crime toda e qualquer infração funcional nesta seara, como a falha involuntária na remessa dos autos ao juízo competente ou até mesmo leniência na superação de adversidades à entrega, quando possível. Assim, a ausência de justificativa é determinante para

configuração do delito, mas também torna o tipo assaz aberto. A incriminação incide ainda sobre outras omissões: da comunicação de execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou; da prisão de qualquer pessoa e do local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada; da entrega ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas, além do prolongamento da execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de preventiva, de medida de segurança ou internação.

O art. 13 incrimina a conduta de constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública; a submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei; a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro, sem prejuízo da pena cominada à violência. O art. 14 visa coibir expedientes hodiernamente empregados na mídia que afrontas direitos individuais, sem utilidade para o interesse público, como fotografar ou filmar (ou permitir), divulgar ou publicar fotografia ou filmagem de preso, internado, investigado, indiciado ou vítima, sem seu consentimento ou com autorização obtida mediante constrangimento ilegal, com o intuito de expor a pessoa a vexame ou execração pública. O parágrafo traz uma excludente, ressaltando o intuito de produzir prova em investigação criminal ou processo penal ou de documentar as condições de estabelecimento penal.

O art. 15 tipifica o ato de constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo; e que prossegue com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o

direito ao silêncio ou que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor, sem a presença de seu patrono. A tutela da garantia individual poderia não ser penal. O art. 16 cria o crime omissivo de deixar de se identificar e comissivo de se identificar falsamente ao preso quando de sua captura ou quando deva fazê-lo, incluindo interrogatório em sede de procedimento investigatório, que açambarcaria Inquérito ou PIC, enquanto admitido tal poder ao MP, e podendo a falsidade recair sobre cargo ou função exercida.

O art. 17, como já ponderado, criminaliza, com evidente afronta à intervenção mínima, a submissão do preso, internado ou apreendido ao uso de algemas ou de qualquer outro objeto que lhe restrinja o movimento dos membros, quando manifestamente não houver resistência, ameaça de fuga ou risco à integridade física da própria vítima, da autoridade ou de terceiro. Ainda há majorante (dobro da pena) para o algemado menor de 18 (dezoito) anos de idade; grávida, quando a condição for revelada por evidência ou informação, sem prejuízo das hipóteses de soltura, inclusive por força de recente decisão do STF; ou se o fato ocorrer em penitenciária. O art. 18 mantém a penalização do simples interrogatório policial durante o repouso noturno, salvo se flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações. O art. 19 também é prescindível, pois recai sobre conduta que poderia ser reprovada apenas na seara administrativa, qual seja, a de impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia. Além dos meios alternativos mais eficazes para tutelar o interesse envolvido, restaria para tipicidade material exigir má fé, compreendida na finalidade de ocultar algum grave abuso de poder ou de prejudicar o titular do direito. No mesmo sentido preconizamos a exegese

teleológica e restritiva do parágrafo que tipifica a omissão de providências tendentes a sanar o problema ou da remessa à autoridade judiciária competente.

O art. 20 agora se destina a punir o ato de impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado (caput) ou do réu solto ou do investigado por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, ressalvada a videoconferência (parágrafo). Mais uma vez o uso de expressão vaga, como “prazo razoável”, poderá comprometer a boa aplicação da norma e ensejar representações infundadas contra autoridades, inclusive em detrimento do poder de presidir o ato, conforme a acepção que se atribua à faculdade de comunicação durante o ato e distância para ser considerada “ao lado”, em cotejo com necessidade de realização das audiências seguintes, que não pode ficar à mercê da ideia subjetiva de período razoável, com eventuais adversidades físicas para acomodar cada réu, mormente algemado, ao lado de seu patrono, e com os riscos de interferência de seus diálogos simultâneos na compreensão dos depoimentos colhidos e gravados. Indubitavelmente, circunstâncias tão minuciosas não deveriam ser objeto do texto normativo, sobretudo penal.

O art. 21 versa sobre a manutenção de presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento, desafiando problema decorrente da exegese literal, quando um deles for travesti, transexual não operado ou não puder, por sua condição evidente, ficar na cela masculina, em contraste com a recente decisão do ministro Luis Roberto Barroso (fevereiro de 2018, STF), que determinou a transferência para estabelecimento carcerário feminino de duas travestis. Assim, não há como asseverar que o ministro cometeria o crime, se vigente a lei, ao colocar no mesmo ergástulo pessoas de sexo diferentes (mulheres e homens que se

assuem do gênero feminino). A propósito, sequer estaria excluída a hipótese de risco de investida libidinosa de bissexual, com aparência e identidade de um dos gêneros, contra o outro. Ora, justamente situações desta espécie são incompatíveis com a aludida incriminação, sobretudo sem se vislumbrar bem jurídico digno de tutela penal e clara lesividade. O texto sequer reclama algum perigo concreto para a integridade física ou psicológica do detento. O parágrafo único, ao menos, tipifica a reunião no mesmo espaço de criança ou adolescente com maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda neste ponto, para justificar a resposta penal o legislador deveria ter exigido a falta de justificativa, capaz de conferir gravidade ao comportamento, a qual seria dispensada apenas para responsabilização administrativa.

O art. 22 cria modalidade de invasão de domicílio, especial pela condição do sujeito ativo. Tipifica a conduta de invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei. O parágrafo, por sua vez, cuida do coagir alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências; executar mandado de busca e apreensão em imóvel alheio ou suas dependências, de forma ostensiva e desproporcional, ou de qualquer modo extrapolando os limites da autorização judicial, para expor o investigado a situação de vexame (dolo específico essencial); cumprir tal mandado após as 21h00 ou antes das 5h00. Por fim, há excludente para prestar socorro ou quando houver fundados indícios de situação de flagrante delito ou de desastre.

O art. 23 incrimina o inovar artificialmente, no curso de diligência, estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade. O Parágrafo único estende a tutela para o fim de se eximir de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência e para a omissão de dados ou informações ou sua divulgação incompleta para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo. O art. 24 também se ocupa da regularidade da persecução, versando sobre o constrangimento, sob violência ou grave ameaça, para admitir a tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, sem prejuízo da pena correspondente à violência. O art. 25 traz figura penal ampla e subsidiária para obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito, ou para uso de prova, em desfavor do investigado, tendo prévio conhecimento de sua ilicitude.

O art. 26 cuida do delito formal de induzir ou instigar pessoa a praticar infração penal com o fim de capturá-la em flagrante delito. No § 1º, contudo, para a hipótese de execução e prisão da vítima, comina pena específica, sem ressaltar a participação no crime desta, o que certamente provocará problemas exegéticos. E o § 2º exclui as situações de flagrante esperado, retardado, prorrogado ou diferido. O art. 27 é de aplicabilidade ainda mais controvertida, pois o ato de requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa, somente será considerado típico conforme o conceito de indício e a opinião, com algum grau de subjetivismo, acerca da presença ou não de elementos

mais sólidos do que a simples suspeita. A lei ressalva apenas sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

O art. 28, outrossim, incriminar o divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado. O art. 29 tipifica o prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo; e a omissão sobre fato relevante não sigiloso (parágrafo) com o fim de prejudicar interesse de investigado (dolo específico). O art. 30 penaliza a conduta de dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada, que gera problema interpretativo semelhante ao do art. 27, ou contra quem sabe inocente. No mesmo diapasão, o art. 31 cuida da extensão injustificada de investigação. O art. 32, incidindo no mesmo vício de incriminar todas infrações administrativas, versa sobre a negativa ao interessado, seu defensor ou advogado de acesso aos autos de qualquer procedimento ou de obtenção de cópias, ressalvando apenas diligências em curso, cujo sigilo seja imprescindível. Impossível sustentar que o óbice a cópias seja digno de privação de liberdade da autoridade, despontando nítida a banalização do direito penal e o propósito corporativista de manietar o poder por conveniências sem identificação com efetivo interesse público. O art. 33, por sua vez, seguindo a tendência de inflação punitivista, tipifica conduta que já encontraria guarida no CP, qual seja, exigir informação ou cumprimento de obrigação, sem expesso amparo legal. E o parágrafo único cuida da “carteirada”, ao impor a mesma pena para quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.

O art. 34 vai ainda mais longe, franqueando espaço para inúmeras *notitia criminis* contra meras rejeições de pleitos ou insatisfação de pretensão processual, ao criar o crime omissivo de deixar de corrigir, de ofício ou mediante provocação, tendo competência para fazê-lo, erro relevante que sabe existir em processo ou procedimento. O próprio conceito de erro, a depender da posição adotada, mormente quanto controvertida a questão, já compromete o princípio da legalidade e a segurança jurídica. O art. 35 também pode ser mal empregado para intimidar o exercício de poder, inclusive de polícia, perante movimentos ideológicos ou de outra ordem, ainda que adotem métodos questionáveis, pois exige apenas seu fim legítimo para incriminar todo ato que possa ser compreendido como de coibir, dificultar ou impedir, por qualquer meio, sem justa causa, a reunião, a associação ou o agrupamento pacífico de pessoas. O art. 36, novamente, transfere para a esfera penal condutas que admitem controvérsia na sua classificação jurídica e que, na pior das hipóteses, caracterizaria falta funcional: decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração do erro, deixar de corrigi-lo. Ora, inegavelmente, desponta o escopo espúria de criar desestímulo ao juiz ou autoridade para medidas que contrariam devedores, inclusive em razão de desvios de recursos públicos, e que podem ser sempre impugnadas. O art. 37 penaliza mera demora demasiada e injustificada no exame de processo, após pedido de vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento, mesmo sendo pouco provável a comprovação deste dolo específico, quando outros motivos podem estar presentes, como a complexidade da matéria ou necessidade de estudos.

Por fim, do art. 38 transparece mais o interesse em silenciar investigadores do que de proteger bem jurídico com dignidade penal, ao criminalizar a conduta de antecipar, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação. Não pode ser concebido como crime qualquer juízo provisório e perfunctório, mediante ressalva de que fundado em indícios, mesmo que divulgado por interesse público. Obviamente, a fim de evitar formalização de notícia de crime, o responsável pela investigação comumente manterá sigilo, por vezes contraproducente, sobre apurações reclamadas pela sociedade, sendo de duvidosa constitucionalidade esta restrição, mormente na seara criminal, à publicidade e manifestação de pensamento.

O art. 41 altera o art. 10 da Lei nº 9.296/96, para definir como crime a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, a escuta ambiental ou quebra de segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, incluindo no Parágrafo único a autoridade judicial que determina sua execução. E o art. 43 muda a Lei nº 8.906/94, para que o art. 7º-B contemple a violação de direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II a V do caput do art. 7º, o que certamente tornará inúmeras autoridades, em tese, investigadas, conforme a compreensão do que seja violar, com toda carga de subjetivismo inerente à conclusão sobre sua efetiva ocorrência, contaminando a tipicidade penal.

Como se depreende dos dispositivos expostos, é inequívoca a preocupação do legislador com o recente protagonismo de autoridades e com a contrariedade a interesses, por vezes corporativistas, ao penalizar inúmeras condutas funcionais, carreando ônus às autoridades e agentes públicos e desestimulando o desenvolvimento

de seus trabalhos. Sob o pretexto de proteger direitos e garantias fundamentais contra abuso de poder, o projeto torna crimes faltas funcionais, inclusive não graves, ou condutas passíveis de classificação divergente, o que já seria o bastante para não recomendar a aprovação.

Enfim, não se refuta a necessidade de inovação legislativa para cuidar do tema do abuso de autoridade, mas, nos termos em que foi engendrada, reclama prévia e profunda discussão, ampla revisão e a colheita de opiniões abalizadas, inclusive de quem estuda e opera o Direito.

Com a devida vênia, é contraproducente a aprovação de projeto com o conteúdo atual, que, além de estar permeado por inconstitucionalidades, terá o condão de desestimular as atividades de persecução de delitos ou de coibir desvios sem gravidade compatível com a privação da liberdade e sanáveis por outros mecanismos. De qualquer modo, a edição precipitada de normas tão importantes poderá comprometer justamente a finalidade legítima do tratamento penal dos abusos de autoridade.

BIBLIOGRAFIA:

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *Crime organizado e proibição da insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BECHARA, Ana Elisa Liberadora S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, n. 1, maio-ago. 2009, IBCCRIM.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos de tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Munoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. O garantismo desde sua perspectiva constitucional: projeções sobre o direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 37, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *Direito penal. Fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 8, p. 41-51, out.-dez. 1994.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito penal do inimigo*. 3. ed. Trad. e org. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KIST, Dario José. Bem jurídico-penal – Evolução histórica, conceituação e funções? *Direito e Democracia*, v. 4, n. 1, p. 154-179, jan.-jun. 2003.

LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo. A terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: uruá, 2009.

MUÑOZ CONDE. Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Ingerência indevida*. Tese de Livre-Docência da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PUIG, Santiago Mir. *Direito penal e fundamentos da teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 9, n. 35, p. 13-27, jul.-set. 2001. SP.

_____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: RT, 2011. (Coleção direito e ciências afins – v. 7.)

_____. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DA PRISÃO EM FLAGRANTE
DE MAGISTRADOS E
MEMBROS DO MINISTÉRIO
PÚBLICO FRENTE AO
REGIMENTO INTERNO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE
SÃO PAULO E À LEI Nº 12.403,
DE 04 DE MAIO DE 2011

José Damião Pinheiro Machado Cogan

JOSÉ DAMIÃO P. M. COGAN

Desembargador do Tribunal de Justiça/SP

Mestre em Processo Penal pela USP

Professor Decano da Academia de Polícia Militar do Barro Branco

Situação pouco estudada em razão de raríssimas ocorrências diz respeito à prisão em flagrante de membros da Magistratura e do Ministério Público.

Os Magistrados e membros do Ministério Público estão diuturnamente submetidos a tarefas estressantes, quer pelo volume de serviço invencível, quer pela natureza das funções, mormente na área criminal, a lidar com o lado imperfeito do ser humano envolvido na prática dos mais chocantes delitos.

Felizmente o envolvimento de Magistrados e membros do Ministério Público na prática de delitos é excepcional.

Anota a Lei Complementar à Constituição Federal nº 35/79 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional - que:

“Art. 33. São prerrogativas do Magistrado:

[...]

II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do Órgão Especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do Magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado;

III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do Órgão Especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

[...]

Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do Magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, a fim de que se prossiga na investigação.”

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.265/93, determina:

“Art. 40. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

III - ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça;

IV - ser processado e julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça de seu Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a exceção de ordem constitucional;

V - ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final.

Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

II - não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no parágrafo único deste artigo.

[...]

Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte do membro do Ministério Público, a autoridade policial civil, ou militar, remeterá imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.”

Estabelece, ainda, a Lei Complementar à Constituição Paulista nº 734/93 que entre as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público encontram-se:

“Art. 222. Quando, no curso de investigação, houver indício de prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração do fato.

[...]

Art. 224. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras asseguradas pela Constituição e por outras leis:

[...]

III - ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade, sob pena de responsabilidade, fará, de imediato, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça;

IV - ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final e à dependência separada no estabelecimento em que houver de ser cumprida a pena;

XVIII - não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no artigo 222 desta Lei Complementar.”

Ocorre que, estabelecendo o art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar à Constituição Federal nº 35/79, quanto aos Magistrados, e o art. 41, parágrafo único, da Lei Complementar à Constituição Paulista nº 734/93, quanto aos membros do Ministério Público, que, se em investigação instaurada por autoridade policial civil ou militar, “houver indício da prática de crime por parte de Magistrado ou Membro do Ministério Público, devem os autos ser remetidos de imediato, no caso do primeiro, ao Tribunal ou Órgão Especial, e, no caso do segundo, ao Procurador-Geral de Justiça, para que se prossiga na investigação”.

A Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), mais moderna que a Lei Complementar nº 35/79, determina de forma incisiva que “a autoridade policial ou militar remeterá imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao

Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração” (art. 41, parágrafo único).

Isso significa que, frente à prerrogativa de foro especial, a investigação deve ser conduzida por autoridade predeterminada (Presidente do Tribunal ou Procurador-Geral de Justiça).

Cessa, portanto, por determinação legal, a possibilidade de Delegado de Polícia ou Autoridade Policial Militar continuar a investigar Magistrado ou membro do Ministério Público.

Dessa forma não pode o auto de prisão em flagrante ser presidido por Delegado de Polícia.

E isso ocorre por lógica interpretação do dispositivo legal.

O art. 5º do Código de Processo Penal esclarece que, nos crimes de ação pública, ou preenchidas as condições de procedibilidade nos delitos de ação pública condicionada (representação) e nos de ação penal privada (requerimento do ofendido ou representante legal), uma das formas de instauração do inquérito policial ocorre “de ofício”, que pode ser mediante portaria da autoridade policial ou auto de prisão em flagrante.

Acontece que, no auto de prisão em flagrante delito, já se está a praticar ato de polícia judiciária consistente na colheita de prova inquisitorial contra o autor do delito.

Ora, se as Leis Orgânicas da Magistratura e do Ministério Público determinam que, havendo “indício da prática de crime” por Magistrado ou membro do Ministério Público,

devem os autos ser remetidos de imediato à autoridade a quem cabe apurá-los (Presidente do Tribunal ou Procurador-Geral de Justiça), não há como se pretender que o auto de prisão em flagrante não seja lavrado por essas mesmas autoridades.

Cessa, portanto, qualquer atribuição da autoridade policial para presidir auto de prisão em flagrante.

Nem se argumente que a presença do Procurador-Geral de Justiça ou do Presidente do Tribunal legitimaria tal ato por parte do Delegado de Polícia, posto que tal atribuição é ato indelegável e indeclinável por expressa disposição legal.

Se as Leis Orgânicas pretendessem que se seguisse a regra geral quanto à prisão em flagrante, nada teriam mencionado, nem designado autoridades específicas para conduzirem a apuração.

Por outro lado, anote-se que tal prisão em flagrante só pode ocorrer se o crime for inafiançável.

Estabelece o Código de Processo Penal, com a mudança trazida pela Lei 12.403/2011:

“Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV – revogado;

V – revogado.”

“Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - revogado;

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).”

Dessa forma, como se vê, só são infiançáveis as hipóteses acima mencionadas e que são meras reiteraões do artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV da Constituição Federal.

Fica esclarecido que os crimes hediondos são os previstos no artigo 1º da Lei 8.072/90, que são os seguintes, na forma tentada ou consumada:

“I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela [Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998](#)).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos [arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956](#), tentado ou consumado.”

Assim, se ocorrerem quaisquer das hipóteses que não estejam excepcionadas pelo texto legal, tem-se que o delito é delito afiançável, não podendo o Magistrado ou membro do Ministério Público ser preso em flagrante.

Observe-se que prisão em flagrante apenas por crime inafiançável já tinha previsão na Constituição Federal de 1988 para Deputados Estaduais, Federais e Senadores, no artigo 53, parágrafo 2º. Para os Magistrados e Membros do Ministério Público tal determinação decorre das respectivas Leis Orgânicas, que são Complementares à Constituição Federal.

Anote-se que a prisão em flagrante e a lavratura do auto de prisão em flagrante delito são coisas diversas.

O artigo 301 do Código de Processo Penal estabelece que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. E as hipóteses de flagrância, de todos conhecidas, estão no art. 302 daquele Código.

Assim, a prisão poderá ocorrer por autoridade policial ou qualquer do povo, sendo o crime inafiançável; todavia, a lavratura do auto de prisão em flagrante, que consiste na colheita da prova indiciária, portanto, investigação do delito, só pode ser realizada pelo Presidente do Tribunal ou Procurador-Geral de Justiça.

A prisão captura é esta realizada em situação de flagrância, mas só se justifica no caso de Magistrados e Membros do Ministério Público quando se tratar de crime inafiançável, não podendo ocorrer em outras hipóteses. Cuida-se da prisão-retenção, quando a autoridade competente em seguida lavrar o auto de prisão em flagrante, que é o ato pelo qual ocorrerá a constrição efetiva de liberdade.

Além disso, é sabido que a apresentação de detido à autoridade competente não significa, necessariamente, que ocorrerá a lavratura do auto de prisão em flagrante, mesmo porque

a esta cabe um juízo de valoração das condições objetivas da flagrância e verificação da razoabilidade probatória pelos indícios trazidos, de forma a determinar a medida extrema de constrição de liberdade. Dessa forma é de exclusiva valoração da autoridade competente para a lavratura do auto de prisão em flagrante o reconhecimento das rígidas hipóteses legais de flagrante delito, além do reconhecimento da fundada suspeita contra o conduzido decorrente dos elementos indiciários.

E não é por outra razão que o legislador pretendeu deferir às autoridades maiores de cada carreira (Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador-Geral de Justiça, no âmbito estadual) que façam esse juízo de valoração, eis que os eventuais investigados exercem cargos de autoridade.

É de se acrescentar que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público determina que, efetuada a prisão de membro daquela Instituição em flagrante, o prazo para comunicação e apresentação do mesmo ao Procurador-Geral de Justiça é de 24 horas, o que ratifica a conclusão de que o auto de prisão em flagrante deve ser lavrado pelo Chefe da Instituição, eis que vinte e quatro horas após a prisão é o prazo máximo para a lavratura do auto de flagrância e fornecimento de nota de culpa ao preso (art. 306, § 2º, do CPP).

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional e a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo determinam, de forma uníssona, que a comunicação do ocorrido e a apresentação do preso ao Presidente do Tribunal de Justiça ou Procurador-Geral de Justiça serão efetuadas imediatamente, o que reitera a conclusão de que essas autoridades é que deverão lavrar eventual auto de prisão em flagrante delito.

Não há qualquer incompatibilidade entre a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, uma vez que na primeira faz-se menção ao prazo máximo para lavratura do auto.

Não se trata de mera vaidade funcional a determinação de apresentação de Magistrado ou membro do Ministério Público suspeito da prática infracional e preso em flagrante ao Presidente do Tribunal ou Procurador-Geral de Justiça para eventual lavratura do auto de prisão em flagrante, eis que tal fato tem o caráter de acautelamento dos direitos e obrigações maiores dos cargos ocupados, frente a uma análise serena, experiente e madura do ocorrido, longe de conflitos de interesses e dos holofotes da mídia imprudente a impulsionarem providências eventualmente descabidas.

Lembre-se, outrossim, que, efetuada prisão em flagrante daquele que tem direito à prisão especial, nos termos do art. 295 do Código de Processo Penal e do art. 242 do Código de Processo Penal Militar, “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso” (art. 284 do CPP).

Outrossim, é vedado o emprego de algemas naqueles que têm direito à prisão especial, pois estipula o art. 234 do Código de Processo Penal Militar, cuja analogia leva à aplicação do mesmo dispositivo aos presos sujeitos à Justiça Comum: “§ 1º O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.”

A Súmula Vinculante nº 11 do Colendo Supremo Tribunal Federal veio pôr pedra de cal sobre excessos abusivos anteriores.

Isso significa que Magistrados e membros do Ministério Público não podem ser algemados se presos em flagrante, anotando-se, como decorrência, que também não podem ser conduzidos no guarda-presos de viatura policial.

Fica aqui a lembrança que se se tratar de infração penal em que se aplique a Lei nº 9.099/95, referente aos crimes de menor potencial ofensivo, é vedado à autoridade policial elaborar Termo Circunstanciado quando se trate de possível autor da infração Magistrado ou Membro do Ministério Público, pois se trata de peça investigativa feita à guisa de inquérito policial, onde se colhem depoimentos probatórios. Se não pode o mais a autoridade policial, investigar em inquérito policial Magistrado ou Membro do Ministério Público, também não pode o menos (elaboração de Termo Circunstanciado).

Deve, nesses casos, a autoridade policial elaborar mero Boletim de Ocorrência e caso se mostre necessária urgente perícia com o autor da infração, posto que os indícios possam se desfazer com o tempo, deve entrar em imediato contato com o Presidente do Tribunal de Justiça, para os Magistrados, ou com o Procurador Geral de Justiça, para os membros do Ministério Público, para que essas autoridades, reconhecendo a pertinência e urgência da perícia, cuidem elas próprias de requisitá-la, pois tal medida é vedada à autoridade policial por expressa determinação legal.

Anota José Frederico Marques que: “A prisão em flagrante é uma restrição à liberdade individual, de natureza administrativa, a qual, embora permitida pela Constituição, possui caráter excepcional, pois amplia o poder estatal de supremacia, em detrimento do direito de locomoção, sem as formalidades processuais de prévio controle jurisdicional. Em tal conjuntura, as normas formais impostas à autoridade administrativa são indeclináveis:

trata-se de requisitos *ad solemnitatem*, cuja razão de ser se encontra na excepcionalidade do poder conferido à referida autoridade.” (1)

A Constituição Federal de 1988 tornou a prisão monopólio do Poder Judiciário, acabando com a possibilidade de autoridades administrativas decretarem prisões, como o faziam o Ministro da Justiça e o Ministro da Fazenda no derogado Capítulo sobre Prisão Administrativa previsto nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Assim prevê o art. 5º da Carta Magna em seu inciso LXI: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Como se vê, as Constituições do Brasil anteriores mencionavam sempre que a prisão se daria por ordem escrita de autoridade competente (art. 113, inciso XXI, da Constituição de 1934; art. 122, inciso II, da Constituição de 1937; art. 141, § 20, da Constituição de 1946; art. 150, § 12, da Constituição de 1967; art. 153, § 12, da Constituição de 1967, alterada pela Emenda nº 1 de 1969).

Já a Constituição Federal de 1988 restringiu a ordem de prisão como aquela emanada apenas da autoridade judiciária competente.

Excepcionou, como as demais, a prisão decorrente do flagrante, mantendo tradição desde a antiguidade, quando a autoridade administrativa, face à urgência, lavra o auto e remete imediatamente cópia à autoridade judiciária e ao Ministério Público para aferição da legalidade do ato que gera constrição de liberdade.

Não remanesce dúvida, a nosso ver, da competência do Presidente do Tribunal para lavratura de auto de prisão em flagrante contra Magistrado, nem nos parece ilógico que o Procurador-Geral de Justiça lavre auto de prisão em flagrante contra membro do Ministério Público.

Hoje o Ministério Público conta com secretaria e oficiais de promotoria que podem servir de escrivão *ad hoc, ex vi* do art. 305 do CPP. Como só o Procurador-Geral de Justiça está legitimado a apurar o ilícito *ratione personae*, está ele plenamente legitimado para a lavratura do auto de prisão em flagrante, que é, como dito, forma de início de investigação. Trata-se de substituição *ad procedimentum*, por determinação legal, da figura do Delegado de Polícia.

E substituto legal “é aquele que está na obrigação de colocar-se em lugar de um outro, na sua falta, ou nos seus impedimentos, por determinação ou por indicação de lei”.(2)

Ensina José Frederico Marques que: “Entendem alguns que os casos de competência originária dos tribunais superiores para o processo e julgamento de determinadas pessoas constituem exceções de direito estrito, através do texto constitucional [...]. É errôneo tal entendimento, porque a competência *ratione personae* dos Tribunais Superiores não constitui “foro privilegiado”, nem se regula pelos preceitos pertinentes aos juízos especiais. Não mais existe fôro privilegiado, como o disse o Desembargador Márcio Munhoz, e sim competência destinada a “melhor amparar o exercício de certas funções públicas [...]”.

Não se trata de privilégio de fôro, porque a competência, no caso, não se estabelece “por amor dos indivíduos”. E sim em razão do caráter, cargos ou funções que eles exercem, como ensinava J. A. Pimenta Bueno.

No Processo Penal, o que se ensina é que, em lugar de privilégio, o que se contém nessa competência *ratione personae* constitui sobretudo uma garantia. Os dispositivos que a estabelecem, como dizia o Prof. Beza dos Santos, nas lições proferidas em Coimbra em 1919, “longe de representarem um favor, muito ao contrário exprimem um dever de Justiça”. É o que também ensina Alcalá-Zamora, para quem não se cuida, na espécie, “de um privilégio odioso, e sim de elementar precaução para amparar a um só tempo o acusado e a Justiça” e ainda para evitar “por esse meio a subversão resultante de que os inferiores julgassem seus superiores”.

Se a competência originária dos tribunais superiores é antes garantia que privilégio, nada impede que as lacunas ou omissões sobre o assunto sejam cobertas pela analogia ou pelos princípios gerais de direito. (3)

Por fim é de se lembrar a lição de Alcalá-Zamora: “Quando essas leis ou esses julgamentos se instauram, não em atenção à pessoa em si (como no caso dos fôros pessoais - *rectius*, profissionais - como o militar ou o eclesiástico), e sim ao cargo ou função que desempenhe, podem satisfazer uma dupla finalidade de justiça: pôr aos julgados amparados pelo privilégio a coberto de persecuções deduzidas rapidamente ou impulsionadas por móveis bastardos, e, a segunda, rodear de especiais garantias seu julgamento, para protegê-lo contra essas pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre órgãos jurisdicionais ordinários.” (4)

Complementa Frederico Marques: “Como fez ver o Desembargador Márcio Munhoz, num desses acórdãos, a competência *ratione personae* é absoluta, e por isso não pode ficar à mercê nem do réu, nem de qualquer outra pessoa ou órgão do poder público”.(5)

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no seu Regimento Interno que entrou em vigor em 1º de novembro de 2009, assim deliberou sobre a matéria:

“Seção VI

Da Prisão e Investigação Criminal contra Magistrado

Art. 93. O juiz somente poderá ser preso nas hipóteses previstas no Estatuto da Magistratura ou Lei Orgânica (art. 33, II, da Lei Complementar 35, de 14.03.79).

Art. 94. O recolhimento e a condução do magistrado detido serão definidos pelo Presidente do Tribunal.

Art. 95. O Presidente do Tribunal de Justiça ou, na impossibilidade, o Vice-Presidente, será comunicado, imediatamente, da prisão, conduzindo-se o detido, ato contínuo e obrigatoriamente, à sua presença ou de Desembargador do Órgão Especial designado especialmente, para a lavratura do flagrante.

§ 1º Lavrado o flagrante, o Presidente do Tribunal mandará recolher o magistrado em cela especial do Estado-Maior da Polícia Militar do Estado e convocará o Órgão Especial, no prazo máximo de 48 horas, remetendo a cada Desembargador cópia do auto de prisão em flagrante.

§ 2º O Órgão Especial deliberará sobre a subsistência da prisão e o local onde deverá permanecer o detido, expedindo, se for o caso e incontinenti, alvará de soltura.

§ 3º Quando, no curso de qualquer investigação, houver indício da prática de crime por magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os autos, de imediato, ao Tribunal de Justiça, para prosseguimento da investigação e realização das diligências necessárias.

§ 4º O relator poderá requisitar o concurso da autoridade policial, para, sob sua direta fiscalização, auxiliar nas investigações, dependendo a quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico ou de dados eletrônicos de autorização do Órgão Especial.

Art. 96. O magistrado não será levado a repartição policial, cabendo à Presidência do Tribunal de Justiça tornar disponível meio de contato imediato, comunicando às autoridades competentes, especialmente para o fim do artigo precedente.

Parágrafo único. No caso de prisão civil do magistrado, o mandado será encaminhado ao Presidente do Tribunal, que providenciará o cumprimento, dando ciência ao Órgão Especial.

Art. 97. No caso de transgressão às disposições desta Seção, por parte da autoridade policial ou de seus agentes, o Presidente do Tribunal de Justiça tomará as providências devidas para responsabilização disciplinar e criminal.

Como se vê, houve expressa distribuição interna de competência para estabelecer que eventual prisão de Magistrado por crime inafiançável deve ser de imediato comunicada ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça, ainda que ocorrida em outro Estado da Federação. Este, entendendo haver crime e ser caso de lavratura do auto de prisão em flagrante delito, é que determinará a condução do Magistrado à sua presença para as

providências legais. No seu impedimento ocasional, a apresentação será feita ao Vice-Presidente da Corte ou Desembargador do Órgão Especial sorteado que lavrará o auto.

Ficou expressamente vedada a condução do Magistrado preso à Delegacia de Polícia, posto que o Delegado de Polícia, se não pode investigar ou lavrar o auto, não pode requisitar diligências ou perícias, que serão determinadas, se o caso, pelo Presidente do Tribunal ou por quem suas vezes fizer.

Caso haja transgressão às disposições elencadas no presente Regimento, o Presidente do Tribunal tomará providências cabíveis para a responsabilização das autoridades policiais e seus agentes que assim tenham agido.

Com relação aos membros do Ministério Público, por analogia, o mesmo se aplica com comunicação da prisão ao Procurador-Geral de Justiça, que determinará a apresentação do preso, se entender que é caso, para lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

A prisão-captura em crimes inafiançáveis, como se disse, pode ser feita pela autoridade policial e por seus agentes ou por qualquer do povo (flagrante facultativo), mas a lavratura do auto de prisão em flagrante não pode ocorrer pela autoridade policial, face à expressa vedação legal.

Com relação às inovações trazidas pela Lei 12.403/2011, nada afetou a prisão em flagrante, sendo que apenas a sua conversão em prisão preventiva é que deverá ocorrer nos expressos termos do artigo 310, inciso II, se o caso, não sendo hipótese de imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

O Regimento Interno prevê no artigo 92:

“§ 1º Lavrado o flagrante, o Presidente do Tribunal mandará recolher o magistrado em cela especial do Estado-Maior da Polícia Militar do Estado e convocará o Órgão Especial, no prazo máximo de 48 horas, remetendo a cada Desembargador cópia do auto de prisão em flagrante.

§ 2º O Órgão Especial deliberará sobre a subsistência da prisão e o local onde deverá permanecer o detido, expedindo, se for o caso e incontinenti, alvará de soltura.”

Como se observa é neste momento, após a lavratura do auto de prisão em flagrante por crime inafiançável, que o E. Órgão Especial é reunido no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas para tomar ciência da prisão, quando poderá, nos termos do artigo 310, incisos I, II, III e parágrafo único: relaxá-la; convertê-la em prisão preventiva, se não for caso de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, ou, então, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, inclusive nas hipóteses da existência de causa de exclusão de ilicitude.

- (1) MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1980. p. 193.
- (2) SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. IV. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 1491.
- (3) MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito processual penal*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 206-208.
- (4) NICETO, Alcalá-Zamora y Castillo; HIJO, Ricardo Lavene. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945. p. 222.
- (5) MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 230.

DESAFIOS PENAIS DE UM MUNDO NOVO

Lauro Mens de Mello
Thiago Anastácio

LAURO MENS DE MELLO

Juiz Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Mestre em Direito pela UNESP

Professor Universitário

Desafios Penais de um Mundo Novo

THIAGO ANASTÁCIO

Advogado criminalista

Ex-Diretor do Instituto de Defesa do Direito de defesa

Membro da Comissão de Estudos sobre Corrupção, Crimes Econômicos, Financeiros e Tributários do IASP

1. Introdução e agradecimento. Nosso Tribunal de Justiça, o vanguardismo eletrônico e alguns dados do mundo real.

Felicitou-nos com convite para desenhar alguns argumentos o i. Desembargador José Maria Câmara Júnior, coordenador dessa Revista, que vem honrar a história do nosso Tribunal bandeirante com os ideários da melhor Justiça e da boa ciência criminal. A empreitada conta com nomes de vulto tanto da Academia brasileira como os que ocupam, diariamente, o imensurável cansaço de julgar na maior Corte de Justiça do mundo, com seus mais de quatrocentos integrantes dispostos e altivos, cotidianamente, em favor da cidadania e da prestação do fundamental serviço jurisdicional.

Não por outro motivo o nosso Tribunal de Justiça - tanto do Juiz em segundo grau que subscreve esse artigo, como do advogado criminalista que também lança essas suas tintas eletrônicas - tem em sua fachada uma escadaria: arquitetônica e misticamente esse fato pode ser lido como instrumento para uma Justiça elevada e que tende a ser, de acordo com as velocidades do Direito Penal (observações essas de Jesus Maria Silva Sanchez), mais equilibrada entre os direitos e garantias individuais a depender do momento histórico e da complexidade dos crimes que a sociedade vai decidindo punir; seria o pêndulo de que falava Umberto Eco ou mesmo o jogo de pesos e contrapesos que pensavam os pais fundadores americanos para o sistema de justiça?

No prefácio da magnânima obra do i. Professor Titular da Faculdade de Direito Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto (Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica), nosso outro grande mestre, Professor Miguel Reale Júnior, expos suas preocupações com um direito penal exclusivamente simbólico de punição às empresas criminosas. Diz-se isso para ressaltar a simbologia como elemento fundamental também do sistema de justiça criminal, esta, decorrente, por óbvio, do sistema de valores positivados na norma penal. Eis um tema presente e demasiadamente futuro. Teremos um novo direito penal em breve?

Luis Roberto Barroso, agora Ministro do Supremo Tribunal Federal, pontificou, valendo-se das aventuras individuais de Amyr Klink, estupenda lição: “Na vida, o maior naufrágio é não partir”.

Todos os temas do direito estão sendo meditados e qualquer grande ideia que nasça em solo nacional, foi, é ou estará sendo – àquele tempo – meditada em outros rincões do mundo. E o inverso também é verdadeiro.

O Brasil, nação soberana de instituições públicas sólidas e agora, de democracia perene, caminha em largos passos para solidificar as intenções de sua Carta Política.

Não se cerre os olhos para os problemas da interpretação humana do direito (até porque, não haveria outro), mas também não se crie um clima de guerra filosófica.

Os que entendem que os direitos e garantias individuais devem ser sopesados, no processo criminal, com esse mesmo olhar conferido às vítimas, não são inimigos asquerosos de um tempo ruim; apenas adotam a posição filosófica de que a Carta é abrangente e não apenas delimitadora dos poderes do Estado, ou, até mesmo, que a Carta deveria ter se preocupado, inscritamente, com a balança de valores em jogo nos processos de intervenção penal.

Mas a posição contrária deve ser igualmente respeitada e aplaudida, pois também apresenta argumentos sólidos.

Não se percebe coisa diferente na posição dos que entendem que um réu confesso não deveria gozar do direito de liberdade processual ou da presunção de inocência. Também é respeitável essa posição: mas vale asseverar sobre a carga sofisticada dessa posição e que por tal, é repetida à exaustão pelos mais diversos setores, tão somente porque é simples ou pior, aparenta sê-lo.

Confissão válida só existe perante um juiz de direito, pois confissão também é prova (embora essencialmente mecanismo de defesa) e prova, apenas é o que capitado por um magistrado, segundo o devido processo penal; ou seja, nas circunstâncias de um julgamento. Fora dos tribunais (e aqui não sejamos tão precisos, diferenciando o que é um juízo monocrático de origem e um colegiado de revisão) o que se recebe pelos agentes do estado são pistas ou indícios que o Ministério Público (ou o particular nos casos de ações penais privadas) haverá de propor transformar em provas, consoante o art.41 do Código de Processo Penal.

Assim, fica evidenciado que as chamadas confissões policiais e agora, as ministeriais, não são confissões, porque incapazes de, por si, gerarem condenações (art. 155 do Código de Processo Penal). Não são provas até que

capitadas pela mente do julgador. Logo, não há que se falar *em possibilidade de violar a presunção de inocência* com base em prova que inexistente. E convenha-se: seria abominável violar um princípio em razão do que é técnica e legalmente reconhecido como pista ou indício. Possível, porém, cotejar o produzido na fase de inquérito policial com provas judiciais que a corroborem. É certo que a condenação será lastreada, em última instância, pela prova judicial, mas os indícios produzidos no inquérito servirão para lhes dar credibilidade, com base no sistema do livre convencimento motivado, adotado em regra.

Há mais. E é de ordem lógica também. A confissão é, agora, o último ato antes da decisão judicial de culpa ou inocência. Logo, sequer haveria, em razão da confissão judicial, motivação para logo se prender cautelarmente se, em breve, se poderá executar a pena.

A breve regressão sobre tais debates servem para esclarecer que muito se tem dito e pouco compreendido sobre os dramas reais do que é a Lei, do que é a Justiça e o que são as opiniões leigas a respeito desses temas.

Um problema do direito positivo não é necessariamente gerador de efeitos judiciais, como problemas judiciais não são, necessariamente, reveladores de problemas constantes no direito positivo.

Pense-se se o problema dos recursos processuais mora no fato de portarem teses de grande complexidade, e por isso necessitariam de grandes meditações; ou porque os Tribunais são os mesmos, em número e qualidade, e não conseguem julgá-los em tempo razoável, ainda mais agora, depois das evidentes melhorias de acesso à Justiça?

Evidente que o problema é de administração judiciária, não dos recursos. É da Justiça, não do direito. É problema do Estado, incapaz de julgar e não dos cidadãos, capazes de recorrerem. Neste particular verifica-se o desinteresse em aparelhar o Judiciário de meios materiais para sistematizar e equacionar a solução das lides que lhe são apresentadas, além, por óbvio, de uma melhor racionalização quanto aos meios de impugnação.

Nesse aspecto de organização e preparação para as demandas atuais, em número e complexidade, deve-se aplaudir uma vez mais o Tribunal de Justiça de São Paulo por sua estrutura, organização e material humano, que apesar das dificuldades, vem cumprindo seu mister de fornecer a tutela jurídica pleiteada pela população.

É preciso compreender a fundo para propor soluções.

Outro aspecto de importante reminiscência versa sobre as pautas legislativas de urgência em matéria penal. Legisla-se, em nossa Nação, por clamor e não por meditação e conclusões advindas dos debates acadêmicos, intelectuais e políticos. Fosse para usar da boa ironia, talvez fosse melhor retirar as tribunas das Casas de Leis (até porque sofreriam menos) e instalar medidores de decibéis. A grita muito pouco guarda a oferecer às meditações intelectuais, parafraseando o Ministro Barroso.

O barulho deve fazer propor e instigar os debates, não regê-los e fazê-los urgentes.

O descompasso criado entre esse curto hiato entre a urgência de proposituras e suas conclusões, assim como a maquiagem pelo Estado de problemas exclusivamente seus para propor o mais fácil, ou seja, cortar garantias da cidadania ao invés de aprimorar-se, vai gerando problemas de ordem constitucional, ordinária e administrativa. Na complexa rede legal, tece-se a teia sem pensar no compasso com o que já foi tecido.

1. E hoje, o que debatemos?

Ambos os subscritores, pela Escola Paulista da Magistratura, tiveram a oportunidade de em maio passado terem acesso à provavelmente melhor academia de Direito Penal do mundo latino, a Pompeu Fabra, de Barcelona, com seus mestres catedráticos Professores Jesus Maria Silva Sanchez, Ramon Ragues e outros de igual estatura.

Veja-se, para se entenda a qualidade dos debates intelectivos por aquelas bandas, esse caso exposto pelo Profº Ragues:

O ETA (Exército Basco), considerado grupo terrorista separatista, de nomeada internacional, tinha como característica praticar atos de terror visando, exclusivamente, causar pânico.

Era seu método: instalar bombas em locais públicos e avisar a polícia espanhola, com isso gerando o alarma necessário para atingir seus objetivos. Invariavelmente as bombas não explodiam, até que...

Uma atendente do serviço de emergência pensou que o aviso sobre a bomba tratava-se de um trote.

Muitas pessoas morreram.

O debate, que embora de mais de quatro horas e que poderia durar mais quatro anos (ou décadas): culpa ou dolo?

Passemos por alguns elementos:

- a. Os terroristas tinham por objetivo causar pânico;
- b. Avisaram em todas as outras oportunidades anteriores à fatídica, as autoridades públicas que intervieram a tempo e a contento;
- c. Uma agente pública, em prevaricação ou erro crasso, entendeu ser mais uma das ligações do ETA, um trote.

Seria fácil a conclusão sobre o ato ser culposos, ainda mais diante do critério da experiência (ocorrera outras vezes) e obrigação de agir do Estado. Mas isso até a voz criteriosa e simples do mestre lançar a nós, latino-americanos, a pergunta simples e que carregava a introdução de toda uma nova forma de pensar as condutas penalmente relevantes: “- E o risco?”.

Enquanto o mundo busca critérios cada vez mais cirúrgicos e a valoração inteligente de muitos antigos e intocáveis temas do direito (como a própria graduação do dolo) ainda não ultrapassamos, no sistema de justiça, das elementares como dolo ou culpa nas mortes causadas no trânsito quando em efeito da embriaguez; os critérios fáticos e separativos para os casos de concurso de pessoas, quadrilha e organização criminosa; a metodologia e

instrumentalização das delações premiadas e o valor destas no bojo da teoria e positividade sobre provas etc.

Tanta coisa a fazer, tão pouco tempo, na melhor expressão de Winston Churchill. Precisa-se, urgentemente, solidificar posições penais e coerentes com um mundo de coisas porvir, solidificando não apenas leituras sobre o direito e sobre fatos e provas, mas mesmo se propondo uma análise científica das cognições dos magistrados e pensadores do Direito. O mundo está chegando a cavalgadas eletrônicas e o suficiente de hoje poderá, em caso de não haver uma renovação, o colapso de amanhã.

Virão os temas abaixo e estejamos todos preparados não apenas para enfrentá-los, mas para um diálogo apócrifo, supra institucional, em que os protagonistas tenham em longo prazo o prazer de terem suas ideias refutadas ou aceitas. Só sabemos que nada sabemos sobre o mundo virtual novo, sobre um mundo de crimes e violência sem mais barreiras geográficas, um mundo opaco como o do terrorismo e nossos novos dramas.

2. O combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e um presente de grego que o mundo nos oferece: as moedas criptografadas. E falarmos de Inteligência Artificial?

Os homens mais influentes da República estão presos. A operação da Polícia Federal que rege o país há quase meia década ainda parece estar começando a cavar os esqueletos de uma República sobre a qual a história muito pouco disse ou até mesmo, sabe. Seria possível essa infundável Operação nos anos noventa do último século? Impossível. Inexoravelmente impossível.

Ao Direito Penal e a Justiça Criminal, sobremaneira, falta ainda o prisma e a absorção cultural daquilo que já foi aceito, cotidianamente, como método forense de análise, recepção e arquivamento dos processos: o advento da internet e dos sistemas eletrônicos.

Um dos maiores passos da humanidade e sem dúvida nenhuma o maior instrumento da globalização em seus aspectos mais ínfimos e amplos – desde a comunicação virtual eletrônica (por texto, telefonia e até vídeo) até os mais avançados métodos de transação comercial, financeira e costumes de relacionamento – agora está por levar todo o combate à corrupção e seus mecanismos de investigação de valores para uma em jocosos situação: a impossibilidade de rastreamento do dinheiro, simplesmente pelo dinheiro não mais existir no mundo real e mesmo seus donos não serem identificáveis; algo que se poderia descrever como *hackers que decidiram jogar banco imobiliário*. Sim, é isso mesmo.

Com as moedas virtuais e seus extensos códigos numéricos, simplesmente tornou-se impossível ao Estado – ao menos por enquanto – o rastreamento de valores ao redor do mundo e mesmo de submissão, aos controles financeiros das casas das moedas e agências governamentais, desses dinheiros. Ou seja, aparelhou-se o Estado com agências de busca e apreensão internacional de valores, controles da Receita Federal e troca de informações automáticas entre os países, intervenções em bancos nos assim chamados paraísos fiscais para, simplesmente, todo esse esforço evaporar.

Armas, drogas, dinheiro sujo pela corrupção, órgãos humanos e mesmo pessoas são vendidas nas profundezas da deepweb e mais abaixo, na darkweb - por si só *locus* digital intocado pelos sistemas de buscas da internet tradicional – e seu rastro tradicional, ou seja, a transação financeira comum das transferências bancárias ou mesmo do dinheiro em papel também desaparece ao passo que a criptografia tomou conta dos escaninhos do dinheiro virtual.

E como combater isso? Estará o direito e principalmente a Justiça criminal preparada para essa modalidade de crimes financeiros e contra os sistemas econômicos?

A questão central é que o mundo, nesses últimos anos de Operação Lava Jato, mudou e o sensacional de ontem é o insuficiente de hoje. A criminalidade mais

uma vez se adaptou e agora, ao que parece, sofisticadamente e sob o manto do intangível.

Será tarde demais para se pensar sobre as consequências penais do uso das moedas criptografadas?

É a expressão do sacerdote troiano: *“temo os gregos, mesmo quando nos trazem presentes”*. Um verdadeiro cavalo de Tróia abala o mundo do combate à corrupção e está-se à deriva até mesmo de informações precisas.

Na mesma toada, urge outro tema que merecerá longas e novas meditações. Parece coisa de filme, mas não é mais. Em caso de invasões de sistemas eletrônicos por meio de softwares que se auto reprogramam para atingir seus objetivos, ou seja, que se adaptam diante de dificuldades e barreiras virtuais, de quem será a responsabilidade penal em caso de crimes serem cometidos?

Sistemas de computadores altamente seguros, como os das centrífugas nucleares das Usinas de Angra e até mesmo, os sistemas dos Tribunais brasileiros, todos estão inseguros diante de novos elementos do mundo tecnológico.

De quem será a responsabilidade penal em caso de violações eletrônicas que tenham ou não consequências para o mundo fora?

Parece ser o caso, e aqui se volta à lição do mestre Ramon Ragues, qual seja, de analisar-se a conduta do programador a partir da ideia de risco.

3. A distinção entre atos preparatórios e início de execução.

A dificuldade surge com a expressão “começo de execução”, que de tão fluída não permite precisão técnica. O assunte levou a desistir da busca, dizendo que o importante é a punibilidade do autor, chegando Garofalo a dizer que a busca pela resposta deste tema é encontrar a “quadratura do círculo”. Tal posição acarretou punição de atos preparatório ou simples arbítrio judicial, não fornecendo a necessária e indispensável segurança jurídica. Tais são as chamadas teorias negativas que se equivalem a entender que por não ser possível curar o câncer, então deve se tratar o paciente com morfina.

A escolha da teoria a ser empregada nestes casos é, em último caso, fruto de escolha política, pois antecipa ou reduz o limite da intervenção penal.

Entre as diversas teorias cita-se a subjetiva pura, já abandonada, que levava em conta apenas o ânimo do autor, com toda dificuldade probatória que isto acarreta. Assim surge limitação à tal teoria, conforme descrito no artigo 56 do Código Italiano, onde se busca a univocidade ou inequívocidade dos atos da tentativa. Enquanto os atos preparatórios seriam equívocos, já que não revelam necessariamente o fim de cometer delito, os atos executórios seria inequívocos, conforme teoria anunciado por Carrara e Carmignani. A crítica a tal posição é no sentido de que a teoria se funda em questão processual, probatória,

afirmando-se que ela permitira que ato preparatório seja punido, ainda que inequívoco.

A teoria objetiva pura ou objetivo-formal entende que o ato de execução se configura com a realização, ainda que parcial, da conduta típica. Apesar de muito difundida, tal teoria também não é imune a críticas. Embora respeite a legalidade e forneça segurança jurídica, restringe demais a matéria, posto que em crimes de pura atividade, tentativa seria praticamente impossível.

Surge a teoria objetivo-material para complementar a anterior. Segundo tal teoria a execução abarca os atos imediatamente anteriores à realização da conduta típica, como forma de se conferir maior segurança ao bem jurídico. Porém, o problema apenas muda para a compreensão do que seriam “atos imediatamente anteriores à realização da conduta típica”. Segundo Frank seria as ações necessariamente vinculadas à ação típica segundo uma concepção natural. Trata-se de um apelo ao uso da linguagem. Assim, sacar a arma seria começar a matar. Nítida a dificuldade, posto que nem sempre aquele que saca a arma pretende fazer uso da mesma. Embora exista quem fale em “perigo imediato”, tal critério também é insuficiente.

Por último cita-se a teoria objetivo individual de Hans Welzel, onde se deve levar em conta, para se aferir a imediatidade, o plano individual e concreto do

autor. A teoria é mantida no plano objetivo, mas introduz um elemento individualizador. Deve-se analisar o fim pretendido pelo autor para se aferir a relação de imediatidade. Assim, a mulher quer envenenar o marido. Ela adiciona veneno na comida. Dependerá do plano correto se ela mesmo vai servir o alimento ou se ele deve servir diretamente, para a configuração da tentativa. É a chamada fórmula da aproximação.

Tudo isto serve apenas para indicar que ainda não se encontrou uma resposta satisfatória a desafiar maior meditação pelos aplicadores do direito.

4. O combate ao terrorismo e a questão relacionada ao cenário da bomba-relógio.

Imagine-se a seguinte situação, alguém envolvido em ataque iminente, tendo colocado uma bomba-relógio em lugar público, por exemplo um shopping, foi capturado pelas autoridades, sendo certo que a bomba explodirá, acarretando diversas mortes em pouquíssimo tempo, o que impede a evacuação do local. Será possível que o Estado torture o preso para evitar tal resultado, sem que isto acarrete responsabilidade penal para o torturador?

Há quem sustente que dentre os direitos fundamentais há dois apenas que não podem ser relativizados, o direito a não ser escravizado e o direito a não ser submetido à tortura (Flávia Piovesan, por exemplo, sustenta tal tese). Referido

caso hipotético tem por escopo questionar o caráter absoluto deste último direito e criar uma situação extrema na qual se poderia cogitar de sua relativização.

Necessária grande meditação para não se cair o engodo do “bem comum”, amplamente utilizado na história para justificar todo tipo de abuso, sem contudo adotar-se posição não realista, fechando os olhos para todas as vidas que se poderão perder. Neste ponto relevante a citação das três velocidades do direito penal, afirmadas pelo grande mestre espanhol Silva Sanchez. Segundo ele se mostraria possível, em casos restritíssimos, o emprego da teoria penal do inimigo, justificando-se restrições a direitos fundamentais. Porém, embora se concorde, em tese, com tal posicionamento jurídico, não se olvida a dificuldade de individualizar quais casos justificariam tal postura. No caso, Silva Sanchez fornece como possibilidade do uso da terceira velocidade, casos de terrorismo, urgentes, que indicassem a necessidade de uma intervenção mais intensa.

5. A questão da cegueira deliberada.

Ponto ainda pouco debatido, mas que já foi tratado em importantes arestos, como o dito “Mensalão” (AP 470) é a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada (wilfull blindness). Trata-se de instituto de origem jurisprudencial norte-americana pelo qual se aceita como dolosos os casos em que o agente se coloca em uma situação proposital de desconhecimento. A

questão se põe acerca da necessidade de tal teoria ao analisarmos casos de tráfico de drogas e lavagens de capitais principalmente, vez que nestes casos o dolo eventual, *per si*, talvez bastaria para caracterizar o elemento subjetivo do agente.

A questão seria sua possibilidade de aplicação ao direito pátrio em face da ofensa ao princípio da culpabilidade, que veda responsabilidade objetiva. No caso, poder-se-ia condenar alguém apenas pela conduta de não ter interesse em ter total conhecimento do que ocorre? Tal fato não implicaria uma presunção do elemento subjetivo, cujo ônus probatório caberia à acusação? Como visto são questões a exigir um aprofundamento teórico para implementação de tal instituto no nosso direito penal.

6. A necessidade de novo enfoque quanto à legítima defesa.

A legítima defesa exige, conforme indica todo manual de direito, uma agressão ilegítima atual ou iminente, necessidade da defesa e falta de provocação do defensor.

Neste ponto várias dúvidas em uma matéria aparentemente simples. O que seria atual e iminente? Voltamos ao problema da identificarmos o que seria início de execução da agressão para legitimar a legítima defesa.

O meio de defesa deve ser “só o necessário” e sempre aquele “menos lesivo”, pontos indiscutíveis. Porém, quanto se permite todo o necessário, desde que seja

o meio menos lesivo a ser utilizado por aquele que se protege, não se exige proporcionalidade, podendo acarretar situações que ofendem o bom senso comum.

Partindo de exemplo dado pelo Prof. Ricardo Robles, quando do curso frequentado pelos autores, junto a Universidade Pompeu Fabra, em Barcelona, imagine-se alguém que se encontra em local ermo, em cadeira de rodas, com uma espingarda ao seu lado. A considerável distância percebe aproximação de pessoa que pretende furtar-lhe uma maçã. Não pode pedir ajuda, por falta de possibilidade, o único meio para defender sua propriedade – uma maçã – é efetuar disparo no furtador. Em tese é o meio necessário e menos lesivo que pode lançar mão o ofendido. Poder-se-ia falar em legítima defesa neste caso?

Tais pontos abordados no presente trabalho não tem a finalidade de fornecer respostas, mas apenas indicar a necessidade urgente de aprofundamento no estudo do Direito Penal para que este mantenha a eficácia na proteção de bens jurídicos, fornecendo segurança jurídica, sem que se instrumentalize o eventual criminoso, tirando dele sua inegável condição de ser humano, como bem expõe Kant. Desta forma se espera lançar, com o presente, sementes para estimular os operadores do direito a debruçarem-se sobre estes outros pontos controvertidos, aperfeiçoando a aplicação do nosso Direito Penal.

DIREITOS DA VÍTIMA NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PL 8045/2010)

Milton Paulo de Carvalho

MILTON PAULO DE CARVALHO

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ex-Professor da Faculdade Paulista de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Titular da Academia Paulista de Direito e da Cadeira e da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

SUMÁRIO

PARTE I

NOÇÕES ELEMENTARES E NOTAS HISTÓRICAS SOBRE A ATUAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1. A vítima, sua definição legal e o reconhecimento dos seus direitos. – 1.1. *Proposta de redação para a definição de “vítima”.* – 1.2. *O sistema de reconhecimento dos direitos da vítima no direito brasileiro.* – 2. Posições admitidas à vítima no sistema atual do Código de Processo Penal brasileiro. – 2.1. *Impropriedade legislativa no tocante à execução civil da condenação penal.* – 3. Outros textos legais relativos à reparação do dano resultante do crime. – 4. A reparação do dano *ex delicto* na reforma da legislação processual penal. – 4.1. *Anteprojeto Tornaghi.* – 4.2. *Anteprojeto José Frederico Marques.* – 4.3. *Projeto de Lei n. 633, de 1975.* – 4.4. *Outros anteprojeto e projetos. A PEC 304/2013.*

PARTE II

A REPARAÇÃO DO DANO RESULTANTE DO CRIME NO PROJETO 156/2009. CRÍTICA E PROPOSTA

5. A matéria no atual Projeto de Lei (PLS 156/2009) e no sucedâneo Projeto do Dep. Miro Teixeira. – 5.1. *Do assistente do Ministério Público.* – 5.2. *Da reparação do dano moral e da “parte civil”.* – 5.2.1. *Remessa de prova a realizar-se no juízo civil.* – 6. *Proposta.* – 6.1. *Da proposta propriamente dita.* – 6.1.1. *Para o Capítulo V do Título IV (“Dos sujeitos do processo”) do Livro I (“Da persecução penal”), no Projeto ocupando os arts. 77 a 84.* – 6.1.2. *Para a execução civil da condenação penal.* – 6.1.3. *Para as ações civis na pendência do processo penal.* – 6.1.4. *Para as questões prejudiciais. No Projeto: Livro II (“Do processo e do procedimento”), Título IV (“Das questões e dos processos incidentes”), Capítulo I (“Das questões prejudiciais”- arts. 427 a 429).* – 6.1.5. *Para a restituição – Livro II (“Do processo e do procedimento”), Título IV (“Das questões e dos processos incidentes”), Capítulo III (“Da restituição das coisas apreendidas”- arts. 445 a 451).* – 6.1.6. *Para as medidas cautelares pertinentes à reparação do dano – no Projeto, Livro III, Título I (arts. 525 a 532), Título II (“medidas cautelares pessoais” – arts. 533 e 534), Capítulo III (arts. 595, 596,*

600 a 604). – 6.1.7. Para as medidas cautelares reais pertinentes à reparação do dano, contidas no Livro III, Título III, arts. 612 a 654 do Projeto. –

PARTE I

NOÇÕES ELEMENTARES E NOTAS HISTÓRICAS SOBRE A ATUAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

1. A vítima, sua definição legal e o reconhecimento dos seus direitos.

1.1. Proposta de redação para a definição de “vítima”.

Ao abrir o Título V do Livro I, aquele epigrafado “Dos direitos da vítima” e este “Da persecução penal”, o art. 90 do Projeto de Código de Processo Penal (que aqui chamaremos apenas **Projeto**) aprovado pelo Senado da República e em trâmite pela Câmara dos Deputados (PL 8045/2010) assim define a “vítima”:

“Considera-se “vítima” a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e as circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais, ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.”

Com pretensão de emenda de tal redação, que se deverá localizar no Capítulo V do Título IV, sugerimos:

“Art. 77. Considera-se vítima ou ofendido a pessoa, física ou jurídica, que sofre os efeitos da ação ou omissão criminosa, consistentes na violação, atual ou iminente, de quaisquer dos seus direitos.”

Breves justificações:

O Código de Processo Penal em vigor (CPP) emprega a palavra “ofendido” ao invés de “vítima”, como se vê nos arts. 6º, inciso IV; 14; 19; 24, § único; 30, etc. Definimos “vítima ou ofendido”, com preferência para a designação do Projeto (“vítima”), que é, aliás, a mais empregada hoje no foro.

Embora entenda-se que o vocábulo “pessoa” já compreende as duas espécies, parece conveniente dar relevo à distinção entre natural e jurídica, para todos os

efeitos de caráter penal, processual penal e de reparação do dano *ex delicto*, que o direito moderno comporta.

Sob outro aspecto, se a ação ou a omissão é criminosa, já contempla as modalidades culposa e dolosa, esta consumada ou tentada, sendo redundantes estas especificações.

Fala-se em “violação atual ou iminente” de direitos para manter consonância com o disposto pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República e compreender o resultado dos chamados “crimes de perigo”.

Exclui-se o qualificativo “fundamentais”, que o Projeto adiciona a “quaisquer direitos”, pois a ofensa delituosa pode não ter por objeto, sempre, os direitos ditos fundamentais.

Ademais, a enumeração exemplificativa dos prejuízos (“... ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais, ou quaisquer outras violações...”) excede à disposição processual penal, tratando-se de configurações que, além de outras, constituem objeto do elemento “dano”, em sede de responsabilidade civil.

1.2. O sistema de reconhecimento dos direitos da vítima no direito brasileiro.

A reparação do dano sofrido pela vítima de crime tem, no direito brasileiro, inequívoca natureza de tutela administrativa de interesses privados, adotada desde o Livro V das Ordenações Filipinas, no Título CXVII, § 21, que previa a acusação criminal e o pedido de reparação simultaneamente¹, “bem como a ‘anotação’ dos bens do autor de crime capital (procedimento cautelar preparatório) para o confisco do patrimônio do culpado revel, adotado ‘ex officio’ pelo juiz do crime”²

O Código Criminal de 1830, apontado como uma das legislações mais avançadas da sua época e inspirado nos princípios liberais da Constituição de 1824³ dedicava o Capítulo IV do Título I à “satisfação” do dano causado pelo crime, com prescrições que também denotavam inequívoca administração pública de interesses privados⁴.

¹ CORRÊA TELLES, *Doutrina das ações*, §§ 257 e 438. Segundo ANTONIO SCARANCA FERNANDES e OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES, apoiados em VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO (“Crime, dano e reparação”), nas Ordenações Filipinas “eram confusas as ideias de reparação, pena e multa, não objetivando de forma precisa à indenização” (*O Estado na reparação do dano à vítima de crime*), in *Justitia*, 53 (156), out./dez. 1991, pp. 26/27.

² MILTON PAULO DE CARVALHO, *Responsabilidade civil e processo*, Revista Direito Mackenzie, ano I, número I, São Paulo, 2000, p. 188. O texto invocado é das *Ordenações Filipinas*, L. V, Tit. CXXVII, § 1º.

³ Cf. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, *O centenário do Código Criminal*, in Revista dos Tribunais, vol. 77/441. BASILEU GARCIA, em *Instituições de direito penal*, v. I, tomo I, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1952, n. 43, p. 124, acrescenta que o interesse despertado pelo Código, entre os penalistas do Velho Mundo, não é o seu único título de glória: serviu ele de modelo para outros diplomas, entre os quais o da Espanha, como o ressaltara JIMENEZ DE AZUA.

⁴ Como, por exemplo: a indenização obrigatória e a mais completa, decidindo-se a favor do ofendido em caso de dúvida (arts. 21 e 22); a inclusão de juro ordinários e compostos na indenização (art. 26); a hipoteca legal dos bens do condenado (art. 27); a conversão da prisão em trabalho cujo rendimento se utilizava para a satisfação, se o condenado não tivesse meios (art. 32).

A reforma de 1841 remeteu para a jurisdição civil a ação de reparação do dano, mas fiel ao sistema tradicional da tutela de interesses privados, deixou expresso, no art. 68 da Lei n. 268 de 3 de dezembro, o comando de verdadeira eficácia direta da coisa julgada penal sobre o processo reparatório civil, no que diz respeito à existência do fato e à sua autoria. Essa eficácia direta, não reflexa nem natural, não da sentença mas da sentença e da imutabilidade dos seus efeitos, é a que chegou até os nossos dias pela vigência do art. 935, 2ª parte, do CC; do art. 91, I, do CP; dos arts. 63 a 68 do CPP e do art. 475-N, inciso II, do CPC.

A Lei de Execução Penal, n. 7.210, de 11/7/1984, estipula, em seu art. 28, que:

“O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”

E, no art. 29 e parágrafo 1º, que:

“O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo.”

§ 1º - O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios.”

De sorte que uma segunda proposição será a de dar-se efetivo cumprimento, desde já, aos dispositivos transcritos da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. No próximo item acena-se com o procedimento entendido como cabível.

2. Posições admitidas à vítima no sistema do atual Código de Processo Penal brasileiro.

Segundo o CPP vigente, que é o Decreto-Lei n. 3.689, de 3/10/1941, a vítima ou seu representante podem:

- a) requerer a abertura de inquérito policial nos crimes de ação pública (art. 5º, II);
- b) requerer diligências à autoridade policial, na fase de inquérito (art. 14);
- c) promover a ação penal privada (art. 30);
- d) atuar como assistente do Ministério Público no procedimento de ação pública, permitindo-se-lhe propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, no caso de certos recursos, como estabelece o art. 271; e
- e) pode, ainda, exclusivamente para realizar a pretensão de elidir o prejuízo patrimonial sofrido pelo crime, exercer estas faculdades:

- e1. – reclamar a restituição de coisas apreendidas (arts. 118 a 124);
- e2. – requerer sequestro, especificação da hipoteca legal e arresto (arts. 125, 134 e 136, respectivamente);
- e3. – promover, na pendência do processo penal, ação de cognição condenatória, perante o juízo cível, em face do autor da infração e do seu responsável civil, para ressarcimento dos danos, caso em que a ação civil poderá ser suspensa até decisão da ação penal (art. 64 e parágrafo);
- e4. – promover a mesma ação ainda que o réu tenha sido absolvido no crime, sendo que se o tiver sido pelo reconhecimento do estado de necessidade, da legítima defesa, do estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito sua ação será julgada improcedente porque as mencionadas excludentes penais são também excludentes da ilicitude civil. A rejeição do pedido de reparação será, pois, proferida em julgamento do mérito, ainda que no cível a arguição de coisa julgada se tenha feito mediante preliminar da contestação (art. 301, VI, do Cód. Proc. Civil). A disposição do CPP que declara que tais fatos constituem excludentes da responsabilidade civil é a do art. 65, constituindo “norma heterotópica”, pois pertence ao direito privado enquanto

enumera hipóteses de ausência do fundamento “culpa” no comportamento do agente⁵. Esse é um efeito preclusivo, para o cível, da coisa julgada penal;

e5. – observação a respeito desse assunto: não poderá promover a mesma ação se a sentença penal tiver declarado a inexistência material do fato (art. 66 do CPP⁶). Tal disposição, igualmente heterotópica porque repete preceito tradicionalmente integrado ao sistema da responsabilidade civil, acarreta carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, eis que o ordenamento erige a inexistência do fato em óbice para pleito indenizatório, como estava, no Código Civil do tempo em que foi promulgado o CPP, no art. 1.525⁷, e como está no art. 935 do CC vigente⁸. Trata-se de supressão do direito de agir;

e6. – promover ação em face do Estado, com o pedido cominatório de o compelir ao cumprimento do disposto nos arts. 28 e 29 da Lei de Execução

⁵ Evidentemente, não se esquece que, em doutrina processual, a coisa julgada é instituto de ordem pública; sob a óptica civil, o que exclui é o **fato** estado de necessidade, o **fato** do estrito cumprimento do dever legal, o **fato** do exercício regular de direito e o **fato** da repulsa a agressão injusta, atual ou iminente com uso moderado dos meios de defesa.

⁶ Art. 66 do CPP: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

⁷ CC de 1915, art. 1.525: “A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.”

⁸ CC de 2002, art. 935: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Penal (obrigação de fazer), cumulado com pedido de reparação de danos pelo descumprimento⁹; e

e7. – promover – sempre o ofendido, ou seu representante legal – a execução civil da sentença condenatória penal, para efeito de reparação do dano, como assim estatui o art. 63 do CPP:

*“Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.”*¹⁰

A sentença penal condenatória é o ato final da cognição que se fez no crime sobre a materialidade da infração e sua autoria. Com o trânsito em julgado, assume a natureza de título executivo civil, por causa, como já se disse, do efeito preclusivo da coisa julgada penal, que ostenta superioridade sobre a cognição civil em razão, primordialmente, de ter tido como objeto do processo

⁹Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, art. 28: *“O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.*

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios.” (Transcrição apenas do pertinente ao assunto da reparação do dano).

¹⁰ A Lei n. 11.719, de 20/6/2008, acrescentou um parágrafo a este art. 63, bem como alterou a redação do inciso IV do art. 387 do CPP, o que será objeto da crítica constante no subitem 2.1, abaixo.

penal o **fato apontado como delituoso**, não um pedido formulado pelo autor.

2.1. *Impropriedade legislativa no tocante à execução civil da condenação penal.*

No sistema originário do CPP, a execução civil da condenação penal podia fazer-se como exposto nesse último item e7., ou seja, a sentença penal condenatória resolveu o *an debeatur* (“é devido?”) afirmativamente. Será necessário, para cumprir esse comando condenatório, apurar o *quantum debeatur* (o quanto é devido), o que se faz pelo procedimento integrativo do título executivo conhecido como *liquidação de sentença*. Até porque, na tutela administrativa de interesses privados, em que se consubstancia a indiscutibilidade, no cível, da existência do fato e da sua autoria, resultante da condenação penal¹¹, o título executivo que se formou é ilíquido, como acontece com a procedência de pedidos genéricos (CPC, art. 286, 2ª parte, inciso II). Daí a necessária liquidação para o procedimento de expropriação de bens do devedor e satisfação da vítima: esta poderia extrair carta de sentença do processo criminal e promover a liquidação no cível, instaurando-se, dessa forma, a execução civil da cognição penal.

¹¹ Cf. MILTON PAULO DE CARVALHO, *Ação de reparação de dano resultante de crime. Influência da sentença penal condenatória*, in *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, vol. 60, São Paulo, Lex, 1994, n. 4.2., p. 22.

Assim foi concebido o Código de Processo Penal de 1941 e assim se praticou até que a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, sem nenhuma razão plausível, viesse acrescentar o parágrafo único ao transcrito art. 63 do CPP, com este despiciendo e assistemático teor :

“Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.”

E o inciso IV do art. 387 do mesmo Código passou a ter, por essa lei, a seguinte redação:

“Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”

O resultado é que os juízes criminais não têm elementos para fixar valores, ainda que meramente estimativos, de danos provenientes dos fatos delituosos. Não fixam (pelo menos até onde alcançou nossa pesquisa). Fazem, com justa razão, ouvidos moucos ao texto da lei. Esse é mais um exemplo de que a congêrie legislativa – provocada pelo vezo de se resolver tudo com lei escrita – acaba enfraquecendo a virtude de cogência que o direito posto deve conter.

Temos, como diz a sabedoria popular, leis que “pegam” e leis que “não pegam”. Para o assunto de que tratamos a consequência é grave.

3. Outros textos legais relativos à reparação do dano resultante do crime.

Várias regras do Código Penal induzem à satisfação, pelo condenado, do dano que sua conduta causou à vítima: além da mais importante, contida no art. 91, cujo inciso I estabelece como efeito da condenação o tornar certa a obrigação de reparar, outras se encontram no mesmo sentido: o art. 16 considera causa de redução da pena (de um a dois terços) a reparação do dano ou a restituição da coisa ao ofendido, até o recebimento da denúncia ou da queixa, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Se a reparação se efetiva após o recebimento da denúncia ou da queixa, mas antes do julgamento, atua como atenuante genérica (art. 65, III, “b”). Concedem-se favores ao condenado sob o regime de *sursis*, se além da reparação do dano tiverem concorrido outras circunstâncias (art. 78, § 2º). No caso de peculato culposo, a reparação antes do julgamento irrecorrível extingue a punibilidade; se depois, reduz a pena à metade (art. 312, §§ 2º e 3º). A reparação configura também uma das condições para obtenção do livramento condicional (art. 83, IV), e para a reabilitação (art. 94, III).

Outros textos de lei, de considerável importância no tráfico jurídico, tratam do assunto¹²: o Código de Trânsito Brasileiro, no art. 297, prescreve a imposição ao condenado por crime de trânsito de “multa reparatória” a ser depositada em favor da vítima ou seus sucessores, sendo o respectivo montante calculado com base no art. 49, § 1º, do CP, não podendo ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo e será descontado da indenização que o juiz civil vier a arbitrar.

Da Lei n. 9.099/95 – dos juizados especiais –, que cuida, simultaneamente, do processo e julgamento das infrações de pequeno potencial ofensivo e da reparação do dano, tiram-se os arts. 74 e 75 com esta interessante disciplina:

“Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

¹² Neste passo, seguimos as indicações de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Código de Processo Penal comentado*, 8ª ed., 2ª tir., São Paulo, Rev. Trib., 2008, Título IV – Da ação civil, pp. 177/178.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

O que significa que, em se tratando de ação penal privada ou pública condicionada à representação, a transação celebrada entre vítima e acusado encerra a persecução penal. Mas, como dizem JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR e MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, não fica excluída a possibilidade de transação em caso de ação penal pública incondicionada, pois, na audiência preliminar em que se cogita de transação para aplicação imediata de pena não privativa da liberdade, "...pode e deve o Ministério Público propugnar e intervir pela composição civil dos danos mesmo em crimes de ação pública acenando com uma proposta de transação mais vantajosa diante desse compromisso."¹³

Outro diploma que aproxima as jurisdições civil e penal é a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 ("Lei da violência doméstica"), que nos arts. 14 e 22 unifica a cognição judicial para prover tanto a respeito de medidas penais quanto civis, cautelares ou definitivas.

Embora essas leis se encontrem dispersas e alheias ao sistema tradicional, demonstram a constante preocupação da sociedade brasileira com o problema da reparação do dano sofrido pela vítima de crime.

¹³ *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, 3ª ed., São Paulo, Rev. Trib., 2000, ao art. 72, p. 586.

Vamos ao processo penal projetado.

4. A reparação do dano *ex delicto* na reforma da legislação processual penal.

A reparação do dano resultante do crime integra o contexto da reforma de toda a legislação principal encetada pelo Governo Jânio Quadros, nos primeiros anos sessenta do século XX. Vejamos sincopadamente como o tema vem oscilando nas propostas mais relevantes, que se sucederam desde aquela época, lembrando que um **sistema legal** destinado à satisfação dos prejuízos da vítima já vigorava àquela altura: compunham-no, como vimos expondo, o citado art. 1.525 do CC, estabelecendo o efeito preclusivo do julgado penal para a cognição civil quanto à existência do evento criminoso e à sua autoria; o art. 74, inciso I, do CP, decretando como efeito da condenação o “tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime”, isto é, afirmando que se podia iniciar a execução de tal obrigação promovendo, antes, apenas a sua liquidação; e os arts. 63 a 68 do CPP, especialmente o primeiro dispositivo, a permitir tal execução pelo ofendido ou quem suas vezes fizesse, regra essa que ainda vige (*supra*, item 2, subitem e7).

4.1. Anteprojeto Tornaghi.

Nomeado, o Prof. Hélio Tornaghi apresenta seu anteprojeto em 1963, sendo que para estas considerações cabe anotar apenas o seguinte: contém, no Título IV, "Dos atos processuais", o Capítulo IV, intitulado "Dos fatos, atos e negócios processuais em espécie", que de certa forma mantém a disciplina dos antigos e ainda vigentes arts. 63 a 68. Disciplina a intervenção da vítima como assistente do Ministério Público, nos arts. 71 a 76, também sem diferença com a regência dos atuais arts. 268 a 273.

4.2. Anteprojeto José Frederico Marques.

Em substituição ao trabalho do Prof. Hélio Tornaghi, em 20 de maio de 1970 é levado pelo Prof. José Carlos Moreira Alves, Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos, ao Prof. Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça, o anteprojeto elaborado pelo Prof. José Frederico Marques, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que havia sido submetido à revisão de subcomissão integrada pelo mesmo Prof. Frederico e pelos Professores Benjamin de Moraes Filho, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e José Salgado Martins, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com a participação do Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça, Prof. José Carlos Moreira Alves.

Nesse anteprojeto, o ofendido pode atuar como querelante, nos crimes de ação privada; como assistente de acusação, nos crimes de ação penal pública; como recorrente, nos casos previstos no anteprojeto; e como **autor principal apenas no pedido de restituição e nos processos cautelares destinados a garantir a indenização civil** (art. 116, incisos I a IV).

Vê-se a solução prática interessante, consistente na intervenção da vítima, não como “parte civil” no processo penal, mas apenas como autora no procedimento de restituição e nos processos cautelares (sequestro, hipoteca legal e arresto, arts. 809 a 836), acessórios das suas ações de reparação previstas nos arts. 803 e seguintes. Essa intervenção incidental, de cognição sumaríssima, corre em autos apartados (a restituição em certos casos), destina-se a resolver questões imediatas e não impede o curso normal do processo penal principal.

Em se tratando, todavia, de crimes contra a Fazenda Pública, a requerimento do Ministério Público fundado em representação da autoridade incumbida do inquérito administrativo ou do inquérito policial, o juiz pode decretar o sequestro dos bens do indiciado, também em procedimento em apartado (art. 851, § 2º). Disso cogitaremos na nossa proposta.

O anteprojeto não admitia a constituição de “parte civil”. Com efeito, a presença da vítima como um dos sujeitos principais da relação jurídica processual penal, isto é, a introdução de parte civil no processo penal para o

fim essencialmente privado de obter a reparação do dano, provocaria alterações no curso do procedimento, trazendo para deslinde matéria relativa aos patrimônios do acusado e do ofendido, à extensão das perdas e danos com o cortejo de questões de que é prenhe, e à presença e atuação de um responsável civil etc., e de outra parte incitaria o acusado a desfazer tal prova mediante perícias de todo o gênero, bem como postular e orientar sua prova no sentido da excludente (penal ou civil) que para o caso se adequasse, tudo – conforme se deduz – desviando a atividade jurisdicional do precípua escopo de reprimir ato ou omissão socialmente ofensiva, para o sentido da solução do litígio privado.

Sob a rubrica *“Da reparação do dano causado pelo crime”* e constituindo o Título I do Livro VII, ocupando os arts. 803 a 856, o anteprojeto inicia autorizando a vítima, seu representante legal ou seus herdeiros a promover a execução civil, para efeito de ressarcimento ou reparação do dano, da sentença penal condenatória passada em julgado (art. 803, *caput*). Aplica, neste ponto, o **sistema legal** acima referido (item 3, *supra*), substituído, evidentemente, o art. 63 do CPP pelo seu 803, *caput*. A execução civil da sentença condenatória penal teria como objeto a totalidade dos danos sofridos pela vítima e como sujeitos passivos o causador dos danos (o condenado) e, quando o caso, o responsável civil (pai, patrão, amo ou comitente, na linguagem do art. 1.521 do CC então vigente).

A seguir, o anteprojeto provê sobre:

- a competência para a execução civil (art. 803, §§ 1º e 2º);
- a extração de carta de sentença e seus requisitos, se o juízo da condenação não for o competente para a execução (art. 803, § 2º);
- todo o procedimento da liquidação da sentença por arbitramento, explicitando desde o pedido, a defesa oponível pelo executado e pelo responsável civil; a apresentação do laudo de arbitramento; a audiência sumária de instrução e julgamento com oitiva das partes e testemunhas; a proferição da sentença de arbitramento; a intimação do executado para pagar em vinte e quatro horas, sob pena de penhora; o recurso (agravo de instrumento) contra a sentença de arbitramento e regras sobre pormenores do procedimento (art. 804, incisos I a VI, §§ 1º a 5º);
- a promoção da execução pelo Ministério Público se o titular à reparação do dano for pobre (art. 805);
- a impossibilidade jurídica do pedido de reparação, se a sentença criminal tiver negado a existência material do fato (art. 806);
- a coisa julgada no cível se a sentença penal reconhecer as excludentes da legítima defesa, do estado de necessidade, do exercício regular de direito ou do

estrito cumprimento de dever legal, remetendo à jurisdição civil a consideração de outros efeitos, de direito privado, que as excludentes produzem (art. 807);

- os casos de distinção dos objetos, no processo penal e no processo civil de conhecimento, que não provocam a influência interjurisdicional das sentenças (art. 808), tema esse de grande incidência prática e de relevante consistência teórica.

O Título II do Livro VII é destinado às medidas preventivas de reparação do dano, dividindo-se em quatro Capítulos destinados ao asseguramento da reparação: o de n. 1 ao sequestro (arts. 809 a 819); o de n. 2, à hipoteca legal (arts. 820 a 827); o de n. 3, ao arresto (arts. 828 a 836), e o de n. 4, às disposições gerais (arts. 837 a 839).

O Título III cuida da restituição das coisas objetos de crimes contra o patrimônio, partindo da regra (art. 840) segundo a qual, em havendo espoliação, o ressarcimento consistirá na restituição da coisa ao ofendido, mais o valor das deteriorações, ou, na sua falta, o equivalente em dinheiro. O Título III encerra-se no art. 848.

No Título IV, o anteprojeto de José Frederico Marques inova ao instituir a medida cautelar de sequestro nos crimes contra a Fazenda Pública: objeto da constrição serão os bens do indiciado por crime de que resulte prejuízo para a União, Estados, Territórios, Distrito Federal ou municípios, entidades autárquicas,

empresas públicas, sociedades de economia mista ou sociedade em que aquelas pessoas jurídicas de direito público sejam acionistas majoritários (arts. 849 e 856). Essa medida parece revestir-se de grande atualidade.

Lembre-se, *en passant*, que enquanto se discutia o anteprojeto de José Frederico Marques, foi baixado pelo Governo Militar o Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, aprovando um novo Código Penal, que acabou revogado antes de entrar em vigor. Ao passo que o anteprojeto de Código de Processo Civil, de autoria do Prof. Alfredo Buzaid, foi aprovado pelo Congresso Nacional, convertendo-se na Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que deixou de vigorar em 15 de março de 2016, depois de sofrer alterações produzidas por mais de cinquenta textos de lei a partir de 1992. Este diploma contempla, entre os títulos executivos, a sentença penal condenatória passada em julgado (na edição do CPC/73, no art. 584, II; a partir da Lei n. 11.232, de 22/12/2005, no art. 475-N, inciso II).

4.3. Projeto de Lei n. 633, de 1975.

Após avaliação das sugestões recebidas, nova versão do anteprojeto de José Frederico Marques foi publicada em 10 de maio de 1974, que se converteu no Projeto de Lei n. 633/1975.

Desse PL 633/1975 e das mais de setecentas emendas introduzidas pela Câmara dos Deputados, é de registrar-se que se designou o ofendido “parte no processo penal” como querelante, nos crimes de ação privada; como assistente da acusação, nos crimes de ação penal pública; como recorrente, nos casos previstos no código projetado; e como parte principal, no pedido de restituição e nos processos cautelares destinados a garantir a indenização civil (art. 115, incisos I a IV).

No tocante à execução civil da condenação penal, o projeto considera a sentença criminal título executivo e determina que a execução se faça pelas regras do processo civil (art. 786), prosseguindo, no mais, o original de José Frederico Marques com alterações de somenos interesse para este estudo.

Mantêm-se as regras para as medidas preventivas do sequestro, do arresto, da hipoteca legal, do procedimento para a restituição e do sequestro nos crimes em prejuízo da Fazenda Pública, com pequenas modificações literárias.

A matéria de que aqui se trata encontra-se nos arts. 115 a 120 (do ofendido) e 786 a 820 (procedimentos para a reparação do dano).

4.4. Outros anteprojetos e projetos. A PEC 304/2013.

A faina em que se converteu a substituição do CPP de 1941 por outro prosseguiu com nova Comissão constituída em 1980 e composta pelos juristas Hélio Fonseca, Francisco de Assis Toledo e Manoel Pedro Pimentel para opinar sobre o PL 633/1975 após as modificações introduzidas pela Câmara dos Deputados.

Seguiram-se outras tentativas de aprovar um diploma processual penal: em 1981, comissão então integrada pelos Profs. Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo, com a revisão de José Frederico Marques apresentou projeto reformulado, para assumir na Câmara a identificação PL 1655/1983.

Retirado o projeto do Senado, onde portava o número PLC 175/1984, em 1992, pela Portaria 145 desse ano, o Ministro da Justiça Célio Borja designou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira para, na qualidade de Presidente da Escola Nacional da Magistratura, presidir nova comissão com o objetivo de “simplificar” os códigos de processo civil e penal.

Uma Comissão Revisora foi instituída pela Portaria n. 349 do Ministério da Justiça, em setembro de 1993. Tal Comissão apresentou dezesseis anteprojetos parciais, conforme os vários institutos que compõem um código: inquérito policial, procedimentos ordinário, sumário e sumaríssimo, suspensão condicional do processo, etc.

No final de 1999, o Ministro da Justiça, José Carlos Dias, convida o Instituto Brasileiro de Direito Processual a apresentar proposta de reforma do CPP, o que competiu a uma comissão integrada pela Professora Ada Pellegrini Grinover e outros juristas. Propôs-se uma reforma “tópica”, porque a reforma total seria “operacionalmente inexecutável”. Daí resultaram sete projetos sobre 1) investigação criminal, 2) procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória, 3) provas, 4) interrogatório do acusado e defesa efetiva, 5) prisão, medidas cautelares e liberdade, 6) júri, 7) recursos e ações de impugnação.

Desses anteprojetos setoriais fez parte o que se converteu no Projeto de Lei 4.207, de 2001, e daí na Lei n. 11.719, de 20/6/2008, responsável pela enxertia equivocada do parágrafo ao art. 63 e da nova redação do inciso IV do art. 387 do CPP, como expusemos no subitem 2.1., *supra*.

Há ainda a considerar a PEC 304/2013, apresentada pela Deputada Antônia Lúcia (PSC do Acre), para modificar o inciso IV do art. 201 da Constituição da República, que estatui:

“Art. 201. A previdência será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

...

IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes de segurados de baixa renda.”.

A PEC 304/2013 exclui o auxílio-reclusão e propõe o acréscimo do inciso VI e de parágrafo único ao art. 203, que cuida da assistência social, nestes termos:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:”

...

VI – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa vítima de crime, pelo período que for afastada da atividade que garanta seu sustento e, em caso de morte da vítima, conversão do benefício em pensão ao cônjuge ou companheiro e dependentes da vítima, na forma da lei.”

O que tem essa Proposta digno de consideração, no campo do presente trabalho, em primeiro lugar, é que sugere a substituição do auxílio-reclusão pelo auxílio à vítima ou à sua família; e, em segundo lugar, deixa claro não se tratar de reparação do dano oriundo do crime, mas de simples auxílio.

A justificativa reconhece que “se o Estado não cumpre satisfatoriamente com o seu dever de prestar segurança aos cidadãos, ao menos deve prestar assistência financeira às vítimas e famílias.”

O assunto de que nos ocupamos tem sido coqueluche nos meios legislativos brasileiros. Tem-se conhecimento de mais projetos, como estes: o PL 2994/2011, em curso na Câmara Federal, determina que o condenado por crime hediondo, se quiser trabalhar na prisão, deverá entregar metade do que receber às suas vítimas ou a familiares destas. Consta que tal projeto fora apensado ao de n. PL 704/95, que tratava de assunto semelhante.

Tem-se, também, conhecimento da iniciativa, ao que se sabe, sem forma nem figura de relação jurídica processual, que se convencionou chamar de **“justiça restaurativa”**, da qual, aliás, o eminente processualista penal, Dr. Leonardo Sica, é um proficiente expositor, que busca evitar o litígio judicial mediante a aproximação do autor do dano e a vítima, por meio de mediação.

.*.

PARTE II

A REPARAÇÃO DO DANO RESULTANTE DO CRIME NO PROJETO 8045/2010.

CRÍTICA E PROPOSTA

5. A matéria no atual Projeto de Lei (PL 8045/2010)

Vazado em redação que não alcança a vernaculidade esperada em comandos legais – o que já não surpreende na copiosa atividade legiferante das últimas décadas no Brasil – e fazendo vir à tona algumas atecnias oriundas do desconhecimento da matéria a legislar, o Projeto PL 8045/2010, de “reforma” do Código de Processo Penal, agora sob apreciação da Câmara dos Deputados, contém os seguintes pontos mercedores de comentários sobre o tema da reparação do dano resultante do crime:

5.1. Do assistente do Ministério Público.

Entre os “Sujeitos do processo”, no Capítulo V do Título IV do Livro I intitulado “Da persecução penal”, o Projeto admite a vítima como assistente do Ministério Público (arts. 77 a 80).

Um reparo a esse texto: por que limitar o recurso do assistente só ao reconhecimento da autoria e da existência do fato (art. 79, § 3º)? Não poderá,

por exemplo, impugnar o valor atribuído na sentença ao dano moral, se não tiver sido parte civil?

5.2. Da reparação do dano moral e da “parte civil”.

O Projeto 8045/2010 admite a constituição de parte civil, como se disse, apenas para possibilitar à vítima o pleito de indenização pelo dano moral, no caso da condenação criminal do réu. Do Livro I, “da persecução penal”, no Título IV, “Dos sujeitos do processo”, dedica a Seção I do Capítulo V ao Assistente do Ministério Público e a Seção II à Parte Civil, esta nos arts. 81 a 84.

Nossa opinião, submetida ao superior juízo dos doutos, é a de que a proposta não merece acolhida, por não convencer assim no trato da matéria de fundo como na forma pela qual suas prescrições são emitidas.

Vejamos os dispositivos mais importantes da referida Seção II:

“DA PARTE CIVIL

*Art. 81. A vítima ou, no caso de sua ausência ou morte, as pessoas legitimadas a ingressar como assistentes, sem ampliar a matéria de fato constante na denúncia, poderá **(sic)**, no prazo de dez (10) dias, requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração,*

*nos termos e nos limites da imputação penal, para o que será notificado **(sic)** após o oferecimento da inicial acusatória.*

Nossas observações:

Quanto ao mérito: é antieconômico ampliar o número de sujeitos no processo apenas para admitir o pleito de indenização do dano moral.

Temos para nós que a sugestão de admitir a parte civil apenas para isso é inócua por vários motivos, sendo o primeiro deles a desatenção ao elementar princípio da economia processual: o fim, que é a só reparação do dano moral, não é proporcional aos custos e dispêndios para o ingresso da vítima na demanda penal. Haverá desproporção entre o fim da intervenção civil e o custo dessa intervenção, considerando-se ademais que a vítima terá de constituir um advogado para atuar no cível e outro no crime, pois não é habitual a militância de causídicos nos dois juízos, ainda que se valha da assistência judiciária. Restaria, pois, desinteressante à vítima a intervenção no processo penal. Ademais, embora o juízo criminal tenha por objeto não o pedido do autor, mas o fato apontado como típico, sendo sustentável, por isso, que tal juízo melhor apreciaria o sofrimento experimentado pelo sujeito passivo da infração para quantificar a indenização, não se pode desconsiderar que, em grande parte das ofensas patrimoniais, o dimensionamento do dano moral tem como base o prejuízo material, no qual se incluem os lucros cessantes, de difícil ou impossível

apuração na estreita cognição do art. 81 do Projeto, restrita à “matéria de fato constante da denúncia”.

Somos, pois, contrários à constituição de parte civil no processo penal, nos termos propostos, em razão de ser medida antieconômica, além do que a diversidade entre as duas cognições causaria tumulto e retardamento ao processo penal; acresce a sua inutilidade, como proposta, uma vez que o dano moral poderá ser objeto de pedido em sede civil, juntamente com o ressarcimento de outros danos.

Esta sustentação deve ser comparada e entendida à luz da proposta, que fazemos, de execução civil da condenação penal sem necessidade da “intervenção adesiva” da vítima.

Segue o art. 81 do Projeto com este

§ 1º O arbitramento do dano moral será fixado na sentença condenatória e individualizado por pessoa, no caso de ausência ou morte da vítima e de pluralidade de sucessores habilitados nos autos.

Já dissemos que seria teoricamente menos imprecisa a apreciação da dor experimentada pela vítima ou seus sucessores se feita pelo juiz do crime. Mas ao juiz civil também é possível tal apreciação, em conjunto com os demais danos ocorridos. E juntamente com essa possibilidade, a favor da não

introdução de parte civil apenas para julgar e condenar à indenização pelo dano moral, militam os incômodos e a ofensa à economia processual já referidos.

O preceito do arbitramento individualizado do dano moral, no caso de ausência ou morte da vítima e de pluralidade de sucessores habilitados nos autos, sugere *modus procedendi* para a jurisdição civil, se e quando o caso, uma vez silente o Código Civil a esse respeito.

Prossegue o art. 81 do Projeto:

§ 2º Se a vítima não puder constituir advogado, circunstância que deverá constar da notificação, ser-lhe-á nomeado um pelo juiz, ainda que apenas para o ato de adesão civil à ação penal, caso em que o advogado poderá requerer a extensão do prazo por mais 10 (dez) dias improrrogáveis.

Além da má redação, percebe-se grossa atecnia nessa disposição: o juiz nomeará advogado para a vítima sem que ela o requeira? A afirmativa seria absurda! “Ainda que **apenas** para o ato de adesão civil”? Não será de pouco efeito a intervenção adesiva da vítima se por tal se transmuda em parte civil no processo. Ou o legislador está querendo dizer outra coisa?

Ao pé do citado art. 81 mais este terceiro parágrafo, sem necessidade de comentário, pois, se para nós não convém a adesão, não terá sentido o seu acessório:

§ 3º A condenação do acusado (principal) implicará, ainda, a condenação em honorários (acessório), observadas as regras do Código de Processo Civil, devidos ao advogado constituído pela parte civil ou nomeado pelo juiz.”

5.2.1. Remessa de prova a realizar-se no juízo civil.

O parágrafo único do art. 82 do Projeto vem assim redigido:

“Quando o arbitramento do dano moral depender da prova de fatos ou circunstâncias não contidas na peça acusatória ou a sua comprovação puder causar transtornos ao regular desenvolvimento do processo penal, a questão deverá ser remetida ao juízo cível, sem prejuízo do disposto no inciso II do art. 475-N do Código de Processo Civil.”

Esdrúxula essa disposição.

- a) Ela não guarda sintonia nem com a substância do assunto, nem com sua forma.

Porque: se o diploma admitiu o ingresso da vítima só para pleitear a “recomposição” do dano moral, “sem ampliar a matéria de fato constante da denúncia” (art. 81, *caput*), quais seriam “os fatos ou circunstâncias não contidas na peça acusatória” cuja prova seria feita em outro juízo? Por outro lado, hipóteses haverá de fatos que se inserem no contexto de dor para a vítima ou seus sucessores com os mesmos característicos da ofensa moral própria dos crimes contra a honra (à dignidade pessoal, à reputação social e à incolumidade penal de alguém).

- b) Dificulta o exercício do direito da vítima, acarretando o seu desinteresse.

Porque: o texto projetado não esclarece se a “remessa” será para o julgamento de toda a pretensão da vítima ou apenas para apurar os “fatos ou circunstâncias não contidos na denúncia”, que se pode entender da expressão “questão”. Se se referiu à demanda toda da vítima, a norma estará sugerindo o seu não ingresso em sede penal porque acabará fatalmente batendo às portas do cível.

- c) Não participa da unidade da jurisdição, nem discrimina o procedimento a ser adotado no cível.

Porque o expediente da “remessa” é disparatado, pois secciona o trabalho jurisdicional justamente na parte mais importante do procedimento, que é a da instrução, não se sabendo que rito tomará tal “remessa”, pois o Projeto não diz, nem permite deduzir, como o juízo civil acolherá a pendência. A competência (que seria funcional) vai até a decisão sobre o arbitramento? Parece que não, pois o texto fala que será remetida “a questão”.

d) Por fim, ressalva o que não precisaria ressaltar, ou seja, a executividade civil da condenação penal (CPC, art. 475-N, II).

Porque não há motivo para ressaltar a natureza de título executivo concedida pelo sistema à condenação penal. Não é a simples averiguação de “fatos ou circunstâncias”, “sem ampliar a matéria de fato constante da denúncia” (art. 81), ou mesmo muito mais do que isso, que irá desnaturar o título: uma coisa é a prova que se fará para a formação do título, outra é a natureza que ele adquire depois de formado. Não soube o legislador distinguir entre meios e fim. A disposição é caótica.

5.2.2. As confusões que o art. 83 e §2º do Projeto provocam.

“Art. 83. A adesão de que cuida este Capítulo não impede a propositura de ação civil contra as pessoas que por lei ou contrato

tenham responsabilidade civil pelos danos morais e materiais causados pela infração. Se a ação for proposta no juízo cível contra o acusado, incluindo pedido de reparação de dano moral, estará prejudicada a adesão na ação penal, sem prejuízo da execução da sentença penal condenatória, na forma do disposto no art. 84.”

A tramitação de duas ações com o mesmo objeto, neste caso, é litispendência quanto ao réu no crime; daí porque a segunda parte do dispositivo fala, sem nenhuma técnica, que estará “prejudicada” a adesão na ação penal. Prosseguirá, então, a ação civil em face, apenas, do responsável civil. Até aí se entende; mas, como entender a ressalva da execução civil da sentença condenatória penal? Não será a mesma vítima, alijada da relação processual penal por “prejudicada”, agora admitida a executar a cobrança do *pretium doloris* ?

“§ 2º No caso de precedência no julgamento da ação civil contra o acusado e/ou outros responsáveis civis pelos danos decorrentes da infração, o valor arbitrado na sentença penal para a reparação do dano moral não poderá exceder àquele fixado no juízo cível para tal finalidade.”

Como ocorrerá tal hipótese, se já terá sido “prejudicada” a adesão da vítima ao processo penal quando ingressou em foro civil?

“Art. 84. Transitada em julgado a sentença penal condenatória, e sem prejuízo da propositura da ação de indenização, poderão promover-lhe a execução, no cível (art. 475-N, II, do Código de Processo Civil), as pessoas mencionadas no art. 77.”

Promover a execução civil da condenação penal sem prejuízo da ação civil de indenização? Ou a redação não exprimiu a ideia correta ou o redator não se deu conta do *bis in idem*.

Com a devida vênia, passamos à nossa

6. Proposta.

Breve introdução.

O sistema brasileiro da cognição do fato típico e qualificação dos seus efeitos civis sempre foi o de dar prevalência ao julgado penal sobre o civil quanto à

existência do ato ou da omissão e à sua autoria, até porque, como dizia CÂMARA LEAL na primeira metade do século passado, *“só poderá repercutir no juízo civil a decisão criminal relativa a matéria que, sendo penal por sua natureza, venha a tornar-se civil pelos seus efeitos, ou pelas suas consequências.”*¹⁴ A matéria penal por natureza, no tema de que tratamos, é a ocorrência do fato e a sua autoria, uma vez que o objeto do processo penal é a imputação feita na denúncia – fato e autoria – e não um pedido formulado pelo autor. A matéria civil é a reparação dos danos que o fato causou, em juízo diverso do penal, indiscutíveis já o fato e o seu autor se estiverem afirmados no crime.

¹⁴ ANTONIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, *Dos efeitos civis do julgamento criminal*, São Paulo, Livraria Acadêmica, 1930, prólogo, p. 7.

Também é de considerar, quando se trata da reparação de dano resultante de ilícito penal, que o tema integra o instituto da responsabilidade civil, parte do direito privado a merecer reconhecimento de sua autonomia, desprendendo-se do direito civil das obrigações em razão da singularidade dos seus princípios, das suas normas e da metodologia no seu trato científico.¹⁵

O trabalho legislativo consiste, pois, em conciliar as competências da justiça penal e da justiça civil, acomodando os procedimentos admitidos numa e noutra na direção da efetiva reparação do dano à vítima de crime, de modo a realizar concretamente a tutela dos seus direitos segundo os ditames do instituto da responsabilidade civil, também e principalmente quando a vítima for o Estado ou entidade de seu interesse.

Em suma, a tarefa legislativa será a de:

¹⁵ O instituto da responsabilidade civil, tradicional reduto do direito privado, compreende, em verdade, um complexo de princípios e normas das quais algumas pertencem àquela *triade inseparabile* de que fala FRANCESCO GIANNITI referindo-se ao direito penal, o processual civil e o processual penal (*Introduzione allo studio interdisciplinare del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 22/23), além, obviamente, daquelas básicas do direito comum, como o art. 935 do CC. Por isso e por muito mais, de há muito a responsabilidade civil vem sendo estudada como instituto *sui generis* no contexto do direito obrigacional: a sua sólida estrutura dogmática assegura-lhe um caráter de verdadeira autonomia nesse campo do direito privado, ao disciplinar as consequências do vertiginoso tráfico jurídico de hoje, acolhendo até regras de direito público que entretanto não lhe alteram a natureza civil. Prova-o simplesmente a adoção da sua nomenclatura, como: no direito processual civil e penal, a designação *responsável civil*, para indicar aquele que, segundo normas próprias do instituto, responde solidariamente com o autor do fato danoso ou em nome deste; a expressiva designação *responsabilidade civil do Estado*, a significar a adoção, pelo direito público, de regras e princípios do instituto privado, etc.

- a) enumerar as hipóteses e a forma do ingresso da vítima no processo penal;
- b) disciplinar as medidas cautelares, acessórias do seu pedido de reparação;
- c) estabelecer, em consonância com os preceitos da responsabilidade civil, o cabimento da propositura, pela vítima, de ações e seus efeitos;
- d) dar regras à utilização da decisão penal como título executivo civil;
- e) estabelecer medidas específicas para a reparação do dano nos processos em que figura como vítima pessoa jurídica de direito público ou similar.

6.1. Da proposta propriamente dita.

Considerando todo o exposto e especialmente o número de eminentes juristas que já se ocuparam do assunto, atrevemo-nos a formular a seguinte

PROPOSTA:

Sugerimos, com todo respeito, a supressão do Título V (“Dos direitos da vítima”) do Livro I (“Da persecução penal”), salvas algumas disposições mantidas no todo ou em parte; insistimos na inserção da definição de vítima já constante no **item 1, retro**, e, esclarecendo que – segundo a nossa apreciação, sujeita à correção

dos ilustres estudiosos que se ocupam do tema –de todos os anteprojetos, leis adventícias, projetos e estudos relativos à reparação do dano causado pelo crime o que ainda não perdeu a excelência, por seu bem composto sistema, apesar de exigir uns poucos reparos para atualização, é o elaborado pelo Prof. José Frederico Marques –, apresentamos a proposição a seguir para:

o Capítulo V do Título IV (“Dos sujeitos do processo”) do Livro I (“Da persecução penal”), no Projeto ocupando os arts. 77 a 84 – (*infra*, 6.1.1.);

a execução civil da condenação penal, no Projeto referida no art. 84 – (*infra*, 6.1.2.);

as ações civis cabíveis na pendência do processo penal – (*infra*, 6.1.3.)

as questões prejudiciais, no Projeto, Livro II, Título IV, Capítulo I (arts. 427 a 429) – (*infra*, 6.1.4.);

a restituição, no Capítulo III desse Título e Livro (arts. 445 a 451) – (*infra*, 6.1.5.)

as medidas cautelares pertinentes à reparação do dano, quais, no Projeto, as tratadas no Livro III, Títulos I (arts. 525 a 532), II, relativo às medidas cautelares pessoais (arts. 533 e 534), Capítulo III (arts. 595, 596, 600 a 604 – *infra*, 6.1.6.); e para:

as medidas cautelares reais para o mesmo fim, contidas no mesmo Livro III, Título III, arts. 612 a 654 (*infra*, 6.1.7.)

A proposição leva em conta a supressão da ação penal privativa do ofendido (queixa-crime), como no Projeto.

Então, sugerimos:

6.1.1. Para o Capítulo V do Título IV (“Dos sujeitos do processo”) do Livro I (“Da persecução penal”), no Projeto ocupando os arts. 77 a 84:

“TÍTULO IV – DOS SUJEITOS DO PROCESSO

CAPÍTULO V

DA VÍTIMA E SUA INTERVENÇÃO NO PROCESSO PENAL.

DISPOSIÇÕES GERAIS.

Art. 77. Considera-se vítima ou ofendido a pessoa, física ou jurídica, que sofre os efeitos da ação ou omissão criminosa, consistentes na violação, atual ou iminente, de quaisquer dos seus direitos.

Art. 78. Será admitido o ingresso da vítima no processo penal:

I – como assistente do Ministério Público, consoante aqui disciplinado;

II – como autor principal no pedido de restituição, nos processos cautelares destinados a garantir a indenização civil (Livro ..., Título ...); e

III – como exequente civil da sentença condenatória penal para a reparação do dano causado pelo crime, conforme estabelecido no Livro ..., Título ..., Capítulo

Art. 79. Toda pessoa que se achar no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo, nos casos mencionados no artigo anterior.

§ 1º. A representação dos incapazes será feita nos termos da legislação processual civil;

§ 2º. Ocorrendo a morte do ofendido, ou quando for este declarado ausente por sentença, o direito de intervir passará ao cônjuge ou companheiro reconhecido judicialmente em união estável, e aos herdeiros, reconhecidos como tais no procedimento judicial ou extrajudicial de inventário.

§ 3º. A representação das pessoas jurídicas para o processo penal será a mesma admitida para o processo civil.

§ 4º. O juiz dará curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele.

CAPÍTULO II

DA ASSISTÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 80. O assistente poderá ser admitido enquanto não passar em julgado a sentença, e receberá a causa no estado em que se encontrar.

Art. 81. O corréu não será admitido como assistente.

Art. 82. O Ministério Público será ouvido sobre o pedido de assistência.

Parágrafo único. Da decisão proferida sobre o pedido de assistência cabe o recurso de ...¹⁶

¹⁶ Indicar a espécie segundo o sistema recursal adotado. Sugere-se sem efeito suspensivo. Talvez o agravo de instrumento.

Art. 83. São direitos do assistente:

- a) completar o rol de testemunhas oferecido pelo Ministério Público, se aquele não atingir o limite legal;*
- b) requerer, nos termos e prazos da lei, a produção de qualquer outra prova, bem como participar das que foram deferidas, inclusive formulando quesitos, indicando assistente técnico e requerendo esclarecimentos, em audiência, sobre a prova pericial, ouvido o Ministério Público;*
- c) ser ouvido em todos os atos do processo em que se exija o pronunciamento das partes;*
- d) usar dos recursos previstos neste Código.*

Parágrafo único. É vedado ao assistente aditar a denúncia.

Art. 84. É direito do ofendido, ainda que não figure como assistente, durante o inquérito policial, indicar assistente técnico para acompanhar prova pericial.

Art. 85. Se corrêu, o assistente poderá recorrer, no prazo da lei, contra sentença absolutória ou que declare extinta a punibilidade de outro corrêu.”

..*

6.1.2. Para a execução civil da condenação penal:

“LIVRO ...

DA REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO CRIME

TÍTULO I

DA EXECUÇÃO

Art. ... Transitada em julgado a sentença penal condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo civil, para fins de reparação do dano, a vítima ou as pessoas mencionadas no art. 77 e seus parágrafos.

§ 1º. Quando o juiz criminal exercer também a jurisdição civil, a execução se fará nos próprios autos da ação penal.

§ 2º. Quando não ocorrer a hipótese prevista no parágrafo anterior, a vítima poderá extrair carta de sentença, para execução no cível. A carta de sentença conterá:

- a) cópia da sentença condenatória;*
- b) certidão de que a sentença passou em julgado;*
- c) autenticação conforme o determinarem as normas de organização judiciária.*

Art. ... A inicial da execução conterá o pedido de arbitramento dos danos, indicação de testemunhas e formulação de quesitos à perícia, obedecendo-se em diante a este procedimento:

I – ao despachar a inicial, o juiz nomeará perito de sua confiança para arbitrar os danos e mandará citar o réu condenado e o civilmente responsável, para que, no prazo comum de cinco dias, apresentem suas alegações sobre o pedido do exequente, indicando testemunhas e formulando quesitos para a perícia;

II – o civilmente responsável poderá, em suas alegações, oferecer defesa que o exima da responsabilidade civil;

III – apresentadas as alegações dos executados e compromissado o perito, o juiz designará audiência sumária de instrução e julgamento para no máximo dentro dos 30 (trinta) dias seguintes, devendo o perito entregar o laudo no prazo de 10 (dez) dias a contar do compromisso.

IV – As partes podem indicar assistente técnico, que prestará esclarecimentos em audiência quando determinado pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes. Não será juntado aos autos parecer de assistente técnico que não tenha sido entregue até 5 (cinco) dias antes da audiência.

V – na audiência, poder-se-á ouvir o perito e tomar os depoimentos pessoais das partes se determinado pelo juiz ou se por ele deferido pedido dos

interessados, inquirindo-se também as testemunhas arroladas pelo exequente na inicial e pelo executado nas alegações mencionadas no inciso I;

VI - proferida a sentença de arbitramento, impugnável por agravo de instrumento, prosseguirá a execução na forma do disposto nos arts. 523 e seguintes do Código de Processo Civil.

Art. ... Quando o titular à reparação do dano for pobre, a execução será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público. O requerimento será dirigido ao juiz da causa, que mandará intimar, de seu inteiro teor, o órgão do Ministério Público.

Art. ... Nos crimes contra a União, Estado, Município, o Distrito Federal ou autarquia, empresa pública, empresa de economia mista ou sociedade em que qualquer dessas pessoas tenha interesse, além da indenização e da restituição cabíveis conforme o caso, a reparação inclui a prestação do fato que a conduta criminosa obstou ou o desfazimento da obra realizada com o concurso daquela conduta, citados os responsáveis civis.

§ 1º. Para a cobrança da indenização o procedimento será o estabelecido neste Título; para a execução da obrigação de fazer ou não fazer será obedecido o disposto no art. 461 e seus parágrafos, e 632 a 643 do Código de Processo Civil. Se propostas as duas execuções, correrão em autos separados.

§ 2º. Eventuais direitos de terceiros de boa fé, de qualquer natureza, serão convertidos em perdas e danos e apurados conforme as leis civil e de processo civil, sem suspensão da execução de que trata este artigo.

Art. ... Os danos resultantes de crime praticado no exercício da função, contra qualquer pessoa, por funcionário da União, do Distrito Federal, de Estado ou de Município, ou empregado de autarquia, empresa pública, empresa de economia mista ou de sociedade de cuja administração participe pessoa jurídica de direito público interno, serão arbitrados na forma deste Título, prosseguindo-se conforme o estatuído no Código de Processo Civil para a execução contra a Fazenda Pública ou contra as entidades referidas.”

6.1.3. Para as ações civis na pendência do processo penal:

“TÍTULO II

DAS AÇÕES CIVIS

Art. A ação civil de ressarcimento poderá ser proposta, não obstante a sentença penal absolutória, salvo se o fundamento da absolvição tiver sido a declaração de inexistência material do fato.

Art. ... Faz coisa julgada civil a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em legítima defesa, estado de necessidade, inexigibilidade de

outra conduta, exercício regular de direito ou estrito cumprimento de dever legal. Os efeitos civis de qualquer dessas excludentes penais ficam subordinados ao que dispuser a legislação de direito privado.

Art. ... O juiz civil poderá suspender o curso do processo até o julgamento definitivo da ação penal, nos termos e limites da lei processual civil pertinente.”

QUESTÕES PREJUDICIAIS

6.1.4. Para as questões prejudiciais. No Projeto: Livro II (“Do processo e do procedimento”), Título IV (“Das questões e dos processos incidentes”), Capítulo I (“Das questões prejudiciais”- arts. 427 a 429):

Somos pela **aprovação do texto posto no Projeto**, no local acima, uma vez que repete a disciplina contida no Código vigente, nos arts. 92 a 94. Mas, considera-se necessário o acréscimo de duas disposições sobre a competência, no campo da divisão da jurisdição comum interna, entre o juiz penal e o juiz civil. São elas:

“Art. ... É nula de pleno direito a sentença penal em que o juiz tiver decidido incidentalmente sobre questão de estado (art. 427).

ArtO juiz criminal fica vinculado à sentença proferida na jurisdição civil, antes ou depois de proposta a ação penal, sobre as questões mencionadas nos arts. 427 e 428, desde que passada em julgado.”

6.1.5. Para a restituição – Livro II (“Do processo e do procedimento”), Título IV (“Das questões e dos processos incidentes”), Capítulo III (“Da restituição das coisas apreendidas”- arts. 445 a 451):

“DA RESTITUIÇÃO DAS COISAS APREENDIDAS

Art. ... Nos crimes contra o patrimônio, e sempre que houver espoliação, consistirá o ressarcimento em restituir-se a coisa ao ofendido, mais o valor das suas deteriorações, ou, na sua falta, o equivalente em dinheiro.

§ 1º. Na fase de inquérito, não existindo dúvida sobre o direito do requerente, a restituição pode ser ordenada pelo delegado de polícia, lavrando-se termo nos autos.

§ 2º. Se a coisa estiver em poder de terceiro, este será obrigado a entregá-la, correndo a indenização pelos bens do autor e coautores do crime e, se for o caso, pelos dos seus responsáveis civis.

§ 3º. Se houver dúvida sobre o direito do requerente, o pedido correrá em autos distintos do processo criminal, assinando-se ao autor o prazo de 5 (cinco) dias para a prova, às partes 2 (dois) dias para arrazoar, decidindo o juízo, por sentença, nos 5 (cinco) dias seguintes. Passada em julgado a decisão, os autos serão apensados aos principais.

§ 4º. Se a coisa tiver sido apreendida em mãos de terceiro de boa fé, composto o incidente em autos separados do processo criminal e concedido o prazo de 5 (cinco) dias para prova de interesse do terceiro, as partes terão, sucessivamente, (2) dois dias para arrazoar, seguindo-se à sentença, no prazo de 5 (cinco) dias. Os autos serão apensados aos principais depois de passada em julgado a decisão.

Art. ... Se a coisa não tiver sido apreendida, a vítima poderá requerer a busca e apreensão, inclusive contra terceiro, e pedir, concomitantemente, a restituição do que lhe pertence.

§ 1º. Esse pedido será sempre apresentado ao juiz da causa, procedendo-se na forma dos §§ 3º e 4º do art.

§ 2º. Se o terceiro e o Ministério Público concordarem com a entrega da coisa ao ofendido, este a receberá imediatamente, assinando termo nos autos, após sentença do juiz.

Art. ... Em caso de dúvida relevante sobre o direito da vítima, em face de terceiro, o juiz determinará o sequestro da coisa e remeterá as partes ao juízo cível, quer se trate de coisas apreendidas no curso do processo, quer se trate do pedido a que se refere o artigo anterior.

§ 1º. Tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado em estabelecimento de crédito, a critério do juiz.

§ 2º. Proceder-se-á também a depósito, na forma do parágrafo anterior, quando se tratar de dinheiro da vítima, apreendido no curso do processo.

Art. ... A vítima poderá requerer, enquanto não transitada em julgado a sentença penal, a restituição das coisas que não interessarem ao processo.

Art. ... As coisas a que se refere o art. 91, II, a e b, do Código Penal, não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem à vítima ou a terceiro de boa fé.

Art. ... Em todos os procedimentos de restituição é obrigatória a participação do Ministério Público, a partir do recebimento da inicial pelo juiz.

Art. ... Restituída a coisa, se houver pedido de indenização por suas deteriorações, o processo prosseguirá em apenso quanto a esse pedido, observando-se o procedimento estabelecido para a execução (arts. ...).

Art. ... O dono da coisa apreendida, ainda que não seja a vítima, poderá também requerer a respectiva restituição, na forma dos artigos anteriores.

Art. ... Não cabe o pedido de restituição de bens apreendidos cuja perda a favor da União deva ser decretada em virtude de sentença condenatória ou medida de segurança.

Art. ... À apreensão de coisa adquirida com proventos da infração aplica-se o disposto nos arts. 624 (do Projeto) e seguintes.”

MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

6.1.6. Para as medidas cautelares pertinentes à reparação do dano – no Projeto, Livro III, Título I (arts. 525 a 532), Título II (“medidas cautelares pessoais” – arts. 533 e 534), Capítulo III (arts. 595, 596, 600 a 604):

Manifestamo-nos de acordo com o Projeto 156/2009, no tocante à disciplina das medidas cautelares que interessam à reparação do dano resultante do crime, integrantes dos grupos acima mencionados, fazendo, apenas, as seguintes ressalvas:

- Art. 528. Corrigir parcialmente o parágrafo único, para ressaltar, no tocante à reparação do dano, a hipótese de incidência de extinção da punibilidade, caso em que se poderá admitir a cautelar acessória à ação de reparação.

- No Capítulo III, do Título II do Livro III, na Seção IV rubricada como “Suspensão do exercício de função pública, profissão ou atividade econômica, sugerimos, para os §§ 1º e 2º do art. 595, a seguinte redação:

“§ 1º. A suspensão do exercício de função pública será sempre decretada com prejuízo da remuneração.

§ 2º. Independentemente da medida prevista no parágrafo anterior, o juiz poderá determinar o afastamento das atividades específicas então desempenhadas pelo agente público.”

MEDIDAS CAUTELARES REAIS

6.1.7. Para as medidas cautelares reais pertinentes à reparação do dano, contidas no Livro III, Título III, arts. 612 a 654 do Projeto:

Concordamos com o Projeto 8045/2010, no tocante à disciplina das medidas cautelares reais, que podem interessar à reparação do dano resultante do crime, integrantes do grupo acima mencionado, fazendo, apenas, os seguintes acréscimos e ressalvas:

- Alterar a redação do art. 613, para estatuir:

“Art. 613. As medidas cautelares reais no processo penal, além de atenderem às finalidades específicas previstas neste Título, poderão dirigir-se também à garantia da reparação do dano resultante do crime, não obstante semelhantes iniciativas no juízo civil.”

- Ao Capítulo IV do Título e Livro acima citados, depois do art. 649, sugere-se mudar a Seção III para conter a regência que a seguir se formula, passando a Seção III do Projeto, relativa às “disposições comuns”, a Seção IV. O art. 651 da Seção III do Projeto vai para a Seção IV, aqui acrescida. A sugestão é esta:

“Seção III

GARANTIAS À REPARAÇÃO EM FAVOR DO INTERESSE PÚBLICO

Art. ... Sem prejuízo das medidas objeto deste e do Capítulo anterior, a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, nos crimes praticados em detrimento do patrimônio material ou moral ou interesse da União, de Estado, do Distrito Federal ou de Município, bem como nos em que haja ofensa patrimonial ou moral aos interesses enumerados no art. 1º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, o juiz poderá determinar a paralisação de obra de qualquer natureza e o arresto de bens, móveis ou imóveis, do investigado ou acusado e dos respectivos responsáveis civis.

Art. ... Nos crimes mencionados no artigo anterior, poderão requerer as medidas cautelares ali referidas, acessórias à execução para reparação do dano, assim o Ministério Público como a Fazenda Pública do respectivo ente, conforme disciplina estabelecida nas Seções I e II deste Capítulo.

Art. ... Aplica-se o disposto nesta Seção também quando o dano for causado a interesse protegido por entidade autárquica, empresa pública, sociedade de economia mista ou sociedade em que a União,

o Estado, o Território, Município ou Distrito Federal seja acionista ou interessado majoritário a qualquer título.”

(Na Seção III do Projeto – que, como se disse, será a IV – suprime-se o art. 651 e acomoda-se a referência ao dispositivo relativo à execução, constante no art. 654).

*

PERMISSÕES E RESTRIÇÕES: O CURIOSO CASO DOS INDULTOS DE 2017

Renato de Mello Jorge Silveira

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Introdução

O ano de 2017 foi curioso (e, preocupante) por várias razões. Uma, em particular, chama a atenção do penalista. O segundo ano do Governo Temer, conheceu dois indultos – um dado extemporaneamente, no dia das mães e, outro, o tradicionalmente visto no Natal. Ainda que criticado por vários temas, é de se ver que, aqui, o Governo se mostrou particularmente atento com a questão do chamado indulto. No entanto, as oposições, em especial ao segundo indulto, foram tantas que houve inusitada suspensão dos seus efeitos, por parte da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874, impetrada pela Procuradoria Geral da República, foi sustentada uma alegada quebra do princípio de proporcionalidade, e, fundamentalmente, que o titular da Presidência da República não poderia se imiscuir em decisões do Judiciário, ao menos nessa monta. A concessão de pedido liminar foi deferida pela Presidência do Supremo Tribunal Federal em dezembro, sendo que, nos primeiros dias de março de 2018, o Ministro Barroso, do Supremo Tribunal Federal, acabou por, através de medida cautelar na mesma Ação Direta, por limitar os seus efeitos.

O instituto do indulto é de humanista tradição histórica particular e de relevo no Brasil, desde seus primeiros intentos, no Indulto de 6.02.1881, e de 20.3.1821. A partir de então, foi ele sendo revisitado, em alguns momentos de forma mais branda, em outros, mais rígida. Mas, sempre, foi revisto durante os últimos 140 anos. Poderia, no entanto, o Judiciário, de qualquer sorte, avançar sobre o poder soberano do perdão? Essa, a

última das razões para a atual objeção judicializada, uma vez que, como desenhado, poderia ele limitar, pontualmente, punição dadas em sede da Operação Lava Jato.

Com o escopo de discorrer sobre os dois momentos de indulto presidencial do ano de 2017, bem como, sobre os próprios limites do instituto, suas origens e seus fins, apresenta-se o presente ensaio, inaugurando a abordagem penal da *Revista Eletrônica do Tribunal de Justiça de São Paulo*. Aqui, uma primeira colocação de homenagem aos seus organizadores e as todas as loas à Corte bandeirante, expoente do pensamento e prática jurídica nacional. Vistas estas poucas linhas, espera-se contribuir para uma racionalidade jurídica necessária, e que não se sustenta, unicamente, por um viés endurecido, desprovido de racionalidade esperada.

1. A limitação da graça e do indulto

Antes de qualquer consideração, é de se ver que, que os favores legais, vistos na anistia, graça e indulto, como bem prelecionam Pavarini e Giambardino, historicamente foram classificados como prerrogativa do poder soberano, sendo que, a ideia do “poder de graça”, “sobreviveu às críticas tanto iluministas como positivistas e se mantém até hoje, não enquanto ‘renúncia’ ao ‘direito de punir’, mas como um ato de poder – eminentemente ligado à soberania – capaz de abolir os efeitos da pena.”¹

¹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal. Uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 359.

Já as noções de indulto – coletivo – e de graça – individual –, dizem, pois, respeito às colocações relativas à racionalidade do poder punitivo. Em um primeiro momento, e desde logo, tenha-se em conta que a própria Constituição Federal fez, unicamente, restrição a algumas modalidades de favores em relação a algumas condutas, em especial aos crimes hediondos e a estes equiparados.² Genericamente, contudo, os favores são permitidos.

Embora já conhecidos por outras constituições,³ tiveram, alguns dos favores, seu leque de incidência restrito a partir de 1988. É de se observar, assim, que o atual Texto Maior, estabelece, no art. 5º, XVIII, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

Em termo sintéticos, explicita ela, ainda, e em continuidade, no seu art. 21, sobre a possibilidade de concessão de anistia sempre pela União. Mais à frente, em seu art. 48, examina um pouco melhor essa realidade, destacando que “cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre (...) concessão de anistia.” Já em relação as previsões dos

² Para Feldens, “o constituinte, ao tempo em que impôs, desde logo, a criminalização da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, predefiniu-lhes um regime penal mais rigoroso, considerando-os delitos insuscetíveis de fiança, graça e anistia.” *In: AA.VV. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 398.

³ NABOZNY, Gabriela Consolaro. *O indulto no direito brasileiro e a volatilidade dos decretos (im)prevista constitucionalmente*. Trabalho apresentado junto à Universidade Federal de Santa Catarina, 2017, p. 16 e ss. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/182151/Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20-%20Gabriela%20Consolaro%20Nabozny.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 7.02.2018.

poderes do Presidente da República, pontifica, ainda, em seu art. 84, que “compete ao Presidente da República conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.” Distinguem-se, pois, as competências das modalidades de perdão entre Legislativo e Executivo, visando, cada qual a seu modo, abrandar, por suas razões, decisões do Judiciário.

Estabelecida essa diferencial de competências, é de se ver que é, justamente com base e foco nessa limitação, que surgiu a dúvida quanto aos limites a serem dados ao indulto. Entendido está que ele é permitido e constitucionalmente previsto, mas com que limitações? Tome-se o exemplo dos crimes hediondos e assemelhados. A Constituição Federal destacou, que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A regulamentação infraconstitucional, no entanto, vista na Lei nº 8.072/1990, e que veio a definir o que são os crimes hediondos, mencionou que “os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto.” Em outras palavras, a lei aumentou as previsões de restrição antes postas na Constituição Federal. Mas poderia ela fazer isso? Ou mais. Estaria, de fato, o Executivo obrigado a aceitar a restrição posta à própria Constituição?⁴

⁴ Tenha-se em conta que “como ato de soberania do Estado, a anistia é um ato político que tem embasamento constitucional. Insere-se no rol de competências exclusivas da União, a teor do dispositivo no art. 21, XVII, da Constituição Federal. Sua concessão é atribuição do Congresso Nacional, como regra, a crimes políticos, militares ou eleitorais, embora nada impeça sua aplicação a outros tipos de ilícitos penais, constituindo em medida de interesse geral, coletivo, inspirada por razões políticas. Em razão de seu fundamento e desejado alcance, a anistia dirige-se a fatos e não a pessoas. Alcança e extingue, com efeito *ex tunc*, todas as *consequências penais*, atingindo o *jus puniendi* do Estado, e pode ser concedida antes ou depois da instauração do processo. Dada sua natureza jurídica, ela produz o esquecimento total do fato, fazendo desaparecer as consequências penais, consistindo, por isso mesmo, em notável medida de política criminal.” MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 287 e ss.

2. A dimensão diferencial da anistia, da graça e do indulto e o primeiro indulto de 2017

É bastante curioso o fato da restrição posta pela Lei dos Crimes Hediondos.⁵ E isso porque a generalização, muita vez, acaba soando perigosamente ilegítima, tratando de forma igual situações absolutamente desiguais.

Caso se entenda, como de fato parece ser o caso, que todos representam atos do Estado, vistos como emanações de sua indulgência, e apenas com matizes, eventualmente, distintos,⁶ a apreciação talvez seja outra. São todos, como tão bem

⁵ Para Feldens, "o constituinte, ao tempo em que impôs, desde logo, a criminalização da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, predefiniu-lhes um regime penal mais rigoroso, considerando-os delitos insuscetíveis de fiança, graça e anistia." /n: AA.VV. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 398.

⁶ É de se recordar que o direito de graça - que não se confunde com o instituto da graça - é um privilégio tão antigo quanto a própria pena. Tem-se, mesmo que "teriam os homens pressentido a sua necessidade, no momento justo em que sentiram o rigor ou a crueldade de uma norma para o caso **ocorrente. A evidência, repetida, desse excesso vingativo, e a convicção, que ia enraizando, da** contingência de todas as ações humanas, mesmo daquelas ditas com base em princípio de justiça, vieram sendo motivos para um esboçar de realização da desforra em conformidade com a ofensa. É um vago pensamento individualizador, que nem a si mesmo se surpreende tal, nas consciências dominadas, ainda e até bem pouco, pela ideia desumana da represaria. O antiquíssimo costume de asilar criminosos, meio de pacificação dos espíritos, espaçando as contendidas bélicas, que a vindita privada amiudava, foi uma afirmação do sentimento de equidade e benignidade que o homem sonhava infundir na prática da justiça, por lhe moderar as durezas e conter os desatinados. Qual fosse a origem ou o fundamento desse uso de clemência, não sabem, ao certo, os estudiosos das primitivas instituições, entretidos em múltiplas teorias e explicações. Para uma dessas, o direito de asilo deriva do direito dos soberanos, consequência do poder, que lhes assistia, de perdoar os crimes de lesa-pátria, ou emanação do seu sumo poder, de que nasciam e a que se subordinavam todos os outros direitos. Por esse aspecto, a prerrogativa moderna de graça encontra o seu mais remoto símile no direito de asilo. Há de comum, entre as duas usanças, a expressão de indulgência, por que ambas se afirmam, e, sobre isso, uma feição pessoal, que ainda distingue presentemente esse atributo dos governantes, e existiu na velha instituição do asilo, tão viva que muitos indivíduos por sua condição especial, ou incontrastável influência, concentravam em si mesmos, em imunidade do corpo, da casa e até do próprio cadáver, o predicado capaz de fazer subtrair o malfetor ao castigo da sua falta. Os romanos adotaram, sempre, o privilégio da graça, sob modalidades que variavam, no sentido e na extensão, de acordo com as mutações políticas. Aqui, dividida a atribuição entre realza e o povo, a seguir, entre os cônsules e o povo, depois, exclusividade dos imperadores, ora um direito amplo de graça, ora menos amplo, mas, no fundo, sempre a mesma característica de indulgência, essencial do instituto." CARVALHO FILHO, Aloysio de. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. IV, pp. 103 e ss.

ensina Basileu Garcia, manifestações diversas do direito de agraciar, ou de dispensar, em casos concretos, a aplicação da lei penal, eximindo das respectivas sanções aquele que a transgrediu.⁷ Em assim sendo, como formas diversas de benefícios, diversamente devem ser entendidos, conforme sejam as próprias diversas situações ocorrenciais.

A anistia, fundamentalmente, diz respeito a atos criminosos, e não necessariamente a pessoas, que, por razões políticas, deixam de ser consideradas passíveis de reprovação.⁸ A anistia, "extingue a ação ou a condenação. Pode vir, assim, antes ou depois da pena imposta. Retroage, para alcançar o crime, cujas conseqüências penais faz desaparecer,"⁹ como preleciona Carvalho Filho. Trata-se, de fato, de uma verdadeira revogação parcial da própria lei penal.¹⁰

⁷ GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. São Paulo: Max Limonad, 1980, vol. 1, Tomo II, p. 751.

⁸ Tenha-se em conta que "como ato de soberania do Estado, a anistia é um ato político que tem embasamento constitucional. Insere-se no rol de competências exclusivas da União, a teor do dispositivo no art. 21, XVII, da Constituição Federal. Sua concessão é atribuição do Congresso Nacional, como regra, a crimes políticos, militares ou eleitorais, embora nada impeça sua aplicação a outros tipos de ilícitos penais, constituindo em medida de interesse geral, coletivo, inspirada por razões políticas. Em razão de seu fundamento e desejado alcance, a anistia dirige-se a fatos e não a pessoas. Alcança e extingue, com efeito *ex tunc*, todas as conseqüências penais, atingindo o *jus puniendi* do Estado, e pode ser concedida antes ou depois da instauração do processo. Dada sua natureza jurídica, ela produz o esquecimento total do fato, fazendo desaparecer as conseqüências penais, consistindo, por isso mesmo, em notável medida de política criminal." MARCÃO, Renato. Op. cit., pp. 287 e ss.

⁹ CARVALHO FILHO, Aloysio de. Op. cit., p. 125.

¹⁰ Para Frederico Marques, 11a anistia - ensinava Aurelino Leal - é o 'esquecimento jurídico de uma ou muitas infrações: *ex oblivionis quam Groeci amnestia vocant*. É o ato legislativo com que o Estado renuncia ao direito de punir. Carlos Maximiliano assim a definiu: 'é um ato do poder soberano que cobre com o véu do olvido certas infrações criminais, e, em conseqüência, impede ou extingue os processos respectivos e torna de nenhum efeito penal as condenações.' A anistia (ao contrário do indulto que entra na competência do Executivo) é de atribuição privativa do Congresso Nacional. Ela tem caráter real e impessoal (N. Hungria), pois visa extinguir a punibilidade em relação a determinados fatos e a um número indeterminado de pessoas. A anistia é verdadeira revogação parcial, *hic et nunc*, da lei penal." MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. III, p. 423.

Já o indulto, genericamente, como se viu, diz respeito ao perdão, ou à clemência do Estado em relação a determinadas pessoas, por variadas razões. Ele se distingue, como se disse, em termos individuais (o chamado indulto individual ou graça – em que determinada pessoa tem, parcial ou globalmente, abrandada a sanção que lhe foi imposta) ou coletivos (o chamado indulto propriamente dito, em que o Estado, por razões de política criminal, após determinado tempo de cumprimento de pena, concede um determinado favor legal). A ideia da graça, enquanto modalidade vista de indulto individual, diz respeito a uma causa extintiva da punibilidade, mas com filigranas próprias, mas de pouca relevância atualmente. Mas, se assim for, estaria certa a previsão posta na Lei nº 8.072/1990?

O indulto propriamente dito, a bem de se ver, mostra-se como uma renúncia ao direito de punir por meio de interesse de política criminal do Executivo. Visto explicitamente no art. 84, XII, da Constituição Federal, não trata ou adesiva caráter político (da anistia) ou pessoal (da graça).¹¹ E é justamente nessa distinção da forma do perdão, tão bem colocada por Radbruch,¹² que reside a fronteira explicativa entre os institutos, e é por algum desconhecimento de algumas de suas bases que se pode imaginar o avançar indevido do Executivo em seara do Judiciário.

¹¹ Cf. MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 424.

¹² Cf. RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Tradução de L. Cabral de Mancada. São Paulo: Acadêmica, 1934, pp. 250 e ss.

Tais questões foram de fundamental importância quando da expedição do primeiro indulto de 2017, o chamado indulto do dia das mães (Decreto de 12.4.2017). Naquela oportunidade, versou-se sobre um indulto a ser dado às mulheres, também presas, entre tantas situações, em caso de tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006). Ali, se entendeu que a lei infraconstitucional jamais poderia ir além do previsto restritivamente na Constituição Federal, e que cabia, sim, ao Executivo, o poder de clemência, mesmo aparentemente contra a previsão da lei.

Naquele momento houve, portanto, significativa superação do anterior óbice de uma não possibilidade de indulto para situações envolvendo crime equiparado a hediondo. Escudando-se na percepção de que a lei não poderia ser mais restritiva que a Constituição Federal, e no pensamento de vários autores,¹³ restou consagrado um legítimo direito às mulheres, sendo de se recordar que a realidade criminológica destas é, ainda, muito diferente da dos homens, principalmente quando se imagina que estas podem se ver forçadas, pelas circunstâncias de vida e de conjugal, a realizar condutas que possam ser vistas e assim tipificadas.

Muitas e várias inconstitucionalidades da Lei de Crimes Hediondos já haviam sido percebidas ao longo dos anos.¹⁴ A lei, em si, bastante dura e hermética, pretendia

¹³ Cf. FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 170 e ss. FERNANDES, Antonio Scarance. Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 - crimes hediondos. *In*: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas essenciais - Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. VII, p. 33. LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. *In*: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas essenciais - Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. VII, pp. 60 e ss.

¹⁴ Cf., entre outros, MELLO, Marco Aurélio. Temas de direito penal - 1. Nosso direito positivo e a tortura; 2. Da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25.7.90. *In*: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas essenciais - Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. VII, pp. 113 e ss. SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de

tratar situações desiguais, desigualmente, sendo, pois, bastante elogiável a possibilidade do Executivo permitir favores legais a alguns tipos de tráfico de drogas, em especial, como os que se verificam na prática de mulheres que são condenadas por ingressar com qualquer tipo de substância proibida em estabelecimentos prisionais, em versão quase doméstica de tráfico. Casos distintos de tráfico, merecem, também, tratamento diferencial por parte da política criminal do Estado, desde que guardado o caráter impessoal da medida. E foi justamente esse caráter impessoal que o constituinte procurou defender ao não restringir a possibilidade de indulto.

Não deixa de ser curioso, no entanto, que nada foi objetado quando a apresentação do indulto. Não se manifestou, nem a Procuradoria Geral da República, nem o Supremo Tribunal Federal. Ali, teve-se por certo que o Executivo podia, mesmo, ir além da lei – questionável que era –, garantindo e perpetuando seu poder de clemência.

3. O indulto natalino de 2017 e a sua contestação

Caso a política criminal caminhasse em sentido sempre evolutivo, e não alternado, seria de se esperar que após os significativos passos dados no indulto do dia das mães, novas conquistas pudessem ser assumidas. Mesmo se sabendo que esse movimento é cíclico, e que se reconhecem retrocessos vários em política criminal libertária, teve-se

1990. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas essenciais - Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. VII, pp. 127 e ss. GRAU, Eros Roberto. Sobre a prestação jurisdicional. Direito Penal. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 120 e ss.

que, no Natal de 2017, o mesmo Governo entendeu por majorar, ainda mais, as possibilidades de favores a serem ofertados no indulto natalino.

Dessa forma, além de ampliar as possibilidades de concessão para quem tivesse cumprido 1/5 da pena privativa de liberdade, também se propôs a indultar as penas de multa. Tais previsões geraram uma forte oposição ao que qualificou de oportunidade de impunidade aos condenados da Operação Lava Jato. Nesse diapasão, o Ministério Público Federal ingressou com a mencionada Ação de Descumprimento de Direito Fundamental nº 5.874, asseverando que “ao estabelecer que o condenado tenha cumprido um quinto da pena, o decreto viola, entre os outros princípios, o da separação dos poderes, da individualização da pena, da vedação constitucional para que o Poder Executivo legisle sobre direito penal.” Menciona, ainda, que “tanto o Código Penal quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal entendem que a pena de multa tem natureza fiscal e perdoá-la seria uma forma de renúncia de receita pelo poder público.”¹⁵ Em outras palavras, o midiático caso da Operação Lava Jato, simbolicamente, não poderia permitir, sequer em tese, abrandamentos em quaisquer condenações.

Em dezembro de 2017, a Ministra Carmen Lúcia, ao conceder a liminar pleiteada, pontuou que “o indulto tem a finalidade constitucional de assegurar àquele que tenha cumprido parte de sua pena e esteja em condições que se tornaram excessivamente gravosas e de lembrar à sociedade, que busca a punição do crime, o seu lado humano, que garante se queira a justiça, mas não se deseje a vingança. Como o desvio de

¹⁵ Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI_IndultoDecreto9246_DF_peticao_inicialR1.pdf. Acesso em 25.02.2018.

finalidade torna nulo o ato administrativo, compete ao Supremo Tribunal Federal, na forma pleiteada pelo Ministério Público Federal, fazer o controle de constitucionalidade do documento normativo, geral e abstrato como o que é objeto da presente ação.”¹⁶

O que, em verdade, fez a Ministra Carmen Lúcia foi traçar uma alegada ponderação entre favores anteriores e avaliá-los, dentro de uma perspectiva do que imaginou ser justo. Por isso, entendeu que “ao analisar os decretos de indulto editados entre 1999 e 2017, a Procuradoria-Geral da República indicou que as normas impugnadas – havidas no presente decreto de indulto e ausentes de outros documentos que cuidaram do mesmo tema talvez pela impossibilidade constitucional antes constatada – não estabeleceram limites em relação ao máximo da pena fixada na sentença para fins de concessão de indulto. O mesmo desvirtuamento de finalidade do decreto parece

¹⁶ Assim entendeu, no esteio do Mandado de Segurança 34.070/2016, que poderia se verificar, em tese, desvio de finalidade. E mais. Ponderou, ainda, que mostrar-se-ia “plausível, ainda, a alegação de afronta ao princípio da proporcionalidade, vinculada à proibição de se negar a proteção suficiente e necessária de tutela ao bem jurídico acolhido no sistema para garantia do processo penal. Tanto se comprova pela circunstância de os dispositivos impugnados parecerem substituir a norma penal garantidora da eficácia do processo, afrontando a finalidade e superando os limites do indulto. Invade-se, assim, competência típica e primária dos poderes Legislativo e Judiciário. Também o princípio da proporcionalidade consubstanciado na proibição de proteção deficiente parece afrontado pelos dispositivos impugnados na presente ação direta de inconstitucionalidade, porque dão concretude à situação de impunidade, em especial aos denominados ‘crimes de colarinho branco’, desguarnecendo o erário e a sociedade de providências legais voltadas a coibir a atuação deletéria de sujeitos descompromissados com valores éticos e com o interesse público garantidores pela integridade do sistema jurídico. Segundo lição do Ministro Gilmar Mendes no julgamento de precedente mencionado pela Autora desta ação direta de inconstitucionalidade, “uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais” (Habeas Corpus n. 104.410, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 26.3.2012).” Derradeiramente, teve que “a razão de ser do indulto, na forma constitucionalmente estabelecida, e a razão do indulto decretado pelo documento nos quais se contém os dispositivos questionados (decreto n. 9.246/2017) não guardam coerência nem são proporcionalmente adotadas as providências (critérios e fins) para o atendimento da norma constitucional garantidora da competência presidencial. Daí a necessidade de se analisar o objeto deste processo e o pleito nela veiculados com maior detença, no julgamento de mérito da presente ação, para se concluir sobre a sua legitimidade, ou não, para tanto se preservando cautelarmente a situação anterior à vigência da norma.” Disponível na internet: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-carmen-indulto.pdf>. Acesso em 20.02.2018.

comparecer ao se analisar o art. 10, no qual se estabelece que: “Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda. Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento: I - do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou II - do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza.” Como repetido acima, o indulto tem a finalidade de realizar benignidade com que se contempla aquele que, condenado e tendo cumprido parte da pena a ele definida judicialmente, está em condições de dificuldades humanas (doença, necessidade de reaver sua socialidade pelo implemento do erro purgado pela execução da pena, dentre outros casos). Quanto à multa, pena pecuniária ou valor aplicado por outra causa, não provoca situação de desumanidade ou digno de benignidade, por ser atuação judicial que beneficia a sociedade sem agravar, em demasia ou excessivo agravo, aquele que a tenha merecido por decisão judicial que a tanto tenha chegado em razão dos ilícitos julgados. Este Supremo Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que, para que o condenado possa obter benefício carcerário, incluído a progressão de regime por exemplo, faz-se imprescindível o adimplemento da pena de multa, salvo motivo justificado, o que bem demonstra a inadequação de se prever indulto para tais situações (...) Indulto de pena pecuniária significa, num primeiro exame, relativização da jurisdição e agravo à sociedade, afastando-se da natureza do indulto, de sua condição de bem feito para melhorar a convivência social segundo o direito. As circunstâncias que conduziram à edição do decreto, que, numa primeira análise, própria das liminares, demonstra aparente desvio de finalidade, impõe-se a concessão de cautelar para a suspensão dessa norma. Essa medida não importa em qualquer

dano de difícil reparação pois os seus possíveis beneficiários cumprem pena imposta mediante processo penal regular, não havendo se falar em agravamento de sua situação criminal ou em redução de direitos constitucionalmente assegurados. Especialmente quanto ao inc. III do art. 8º do Decreto n. 9.246/2017, que trata da possibilidade de indulto ou comutação de pena em favor de pessoa que “tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo”, verifico que a inexistência de juízo de mérito e/ou formação de culpa pelo Poder Judiciário é incompatível com a antecipada extinção da punibilidade. De se destacar que eventual descumprimento das condicionantes pelo beneficiário do *sursis* processual, com a conseqüente retomada do processo, poderá culminar em demonstração de circunstâncias que impediriam sequer se cogitasse de sua previsão.”

Ao regresso do recesso judicial, foi nomeado Relator do feito o Ministro Luís Roberto Barroso, o qual também entendeu pela possibilidade de vulneração de interesse público e do que chamou expectativas da sociedade. Assim, encaminhou o feito para Mesa, sendo que, em março de 2018, através de medida cautelar, o mesmo Ministro inovou, e entendeu por bem limitar sua atuação para crimes contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional, lei de licitações, lavagem de dinheiro e organização criminosa, pois isso violaria o princípio da moralidade. Também estipulou que a previsão do indulto relativa ao cumprimento de 20% da pena deveria ser substituído para 1/3 da mesma; impediu o indulto a penas de multa, entre outras restrições. Seria, contudo, correto mais esse ativismo judicial? Poderia o Supremo Tribunal dar nova redação a um ato do Executivo, ao invés de simplesmente declará-lo inconstitucional?

4. Considerações sobre a contestação e os limites dado ao indulto

O tema revela-se, sim, de alta envergadura, pois nela se enquadra, desde logo, e em sua essência, a própria divisão de poderes do Estado. A se levar em última instância as releituras com base em situações de desvio de finalidade, ou de expectativas da sociedade, pode-se estar a germinar ou algo próximo a leituras como de crimes de hermenêutica ou, pior, consagrar ditaduras de maiorias. As limitações constitucionais são postas e expressas, sendo que, em momentos anteriores, consagrações semelhantes já foram garantidas.

Não se contesta o poder do Presidente em exercer atos presidenciais. Se existir suspeitas significativas que possam ser justificadas o chefe do Executivo pode muito, mas não pode tudo. Quiçá como desvios de função, isso, talvez, fosse até possível, afinal. Ainda que se tenha, ou possa ter, dúvidas sobre o que é, ou venha a ser, pontualmente, desvio de finalidade, limites e fronteiras devem ser postos à interferência de um Poder sobre outro. De modo geral, mostra-se altamente problemática tal interferência, recordando que, nem mesmo o perdão dado a Nixon por Ford, seu sucessor foi, nos Estados Unidos, motivo de impugnação. Nixon, recorde-se, renunciou à presidência daquele país sob graves suspeitas de condutas vistas como crime, e só não foi levado a julgamento pelo perdão que lhe foi dado. Seria isso um desvio de finalidade? Para que esse pudesse vir a ocorrer, no mínimo dever-se-ia ter presente que o ato impugnado, em si, visaria uma burla do esperado pela lei ou Justiça. Como o ato de indulto, em si mesmo, é o de perdão, não se parece se justificar uma objeção ao mesmo, muito menos aceitar interferência do Judiciário na própria dimensão do que se pode, ou deve, indultar.

Apenas a título exemplificativo, o Ministro Lewandowski, no HC nº 90.364-9/MG, já decidira, com esteio no aqui apontado, que a concessão de indulto configura ato típico de governo, baseado na ampla discricionariedade do Poder Executivo. É claro, e isso não se nega, sempre pode, e deve haver certo grau de avaliação do controle de constitucionalidade por parte da Presidência da República.¹⁷ Mas, isso, desde que amparado em violação constitucional aos limites dados, constitucionalmente, ao *favor rei*. Nunca mais do que isso.

Apenas a título de recordação, se o indulto é velho conhecido das Constituições nacionais, a partir de 1988, ganhou novos ares. E, novas interpretações. Os indultos do Governo Sarney não se destacaram muito por ares garantistas. Já os da Era Collor inovaram bastante. A partir do Governo Itamar, percebeu-se, enfim, preocupações mais liberalizantes, o que se seguiu nos Governos Fernando Henrique, quando nove decretos de indulto foram publicados. De modo peculiar, os Governos Lula da Silva foram menos garantistas do que se poderia, a princípio, imaginar. Entretanto, foi aquela época, a do Decreto 6.706, de 22.12.2008, que pela primeira vez se previu o indulto da pena de multa, hoje visto como desvio de finalidade e quebra da proporcionalidade. Nos Governos Dilma Rosseff, também se verificaram aumentos em várias garantias,¹⁸ unicamente constatando a oscilação entre percepções mais ou menos libertárias, anteriormente mencionadas, e hoje novamente vistas.

¹⁷ Cf. FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. Op. cit., pp. 107 e ss.

¹⁸ Cf. NABOZNY, Gabriela Consolaro. Op. cit., 46 e ss.

Já no primeiro decreto de indulto natalino da Era Temer (Decreto 8.940/2016), teve-se importante retrocesso nas até então presentes políticas apresentadas. E, aí, talvez a origem de todo o inconformismo ministerial ora esposado. E foi esse despregamento às políticas mais liberais até então em curso, que gerou uma renúncia coletiva de diversos membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP),¹⁹ ligado ao Ministério da Justiça. Foi somente a partir do segundo, operacionalizado, como se viu, somente no dia das mães de 2017, que se permitiu, novamente, grande avanço em políticas penitenciárias.²⁰

Semelhante variação, portanto, não é incomum. Incomum é que o mais alto Tribunal da país acabe por ter entendimentos conflitantes baseando-se, tão-só, nas oscilações de humor ou em manifestações ministeriais, aos quais acusaram o indulto de promover a quebra de punições na órbita da Operação Lava-Jato,²¹ algo que, ao que parece, nem mesmo encontra piso na realidade. Ao que se teve notícia, apenas um condenado naquele feito faria jus ao benefício,²² olvidando-se toda uma população carcerária que se viu, como um todo, em muito, prejudicada. Ao fim e ao cabo, tudo parece conduzir para a mesma vertente, qual seja, certa dose de punitivismo, acima de tudo. E, quanto a isso, quanto a essa quebra de coerência lógica, não se pode concordar. O ato do Executivo pode ser certo ou errado, mas não redimensionado pelo Supremo Tribunal. O

¹⁹ Cf. NABOZNY, Gabriela Consolaro. Op. cit., pp. 49 e ss.

²⁰ Parece-se esquecer que o juiz pode, conforme venha a ser o caso, a analisar o cabimento do benefício, não sendo, de modo algum, uma simples situação de impunidade. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 583.

²¹ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/para-lava-jato-decreto-de-temer-sobre-indulto-inconstitucional-22230660>. Acesso em 5.3.2018.

²² Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/ricardobalthazar/2017/12/1946730-tese-de-que-indulto-e-ameaca-para-lava-jato-nao-faz-sentido.shtml?loggedpaywall>. Acesso em 5.3.2018.

Judiciário pode, e deve decidir livremente e dentro das liberdades dadas pela Lei. Que se defenda, pois, a legalidade e a divisão dos poderes, pois, caso contrário, a curiosidade pode assumir adjectivação bem mais perigosa.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. IV.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, vol. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 - crimes hediondos. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas essenciais - Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. VII.

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal: limites, finalidades e propostas*. São Paulo: LiberArs, 2017.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980, vol. 1, Tomo II.

GRAU, Eros Roberto. *Sobre a prestação jurisdicional*. Direito Penal. São Paulo: Malheiros, 2010.

LEAL, João José. Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas essenciais - Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. VII.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. III.

MELLO, Marco Aurélio. Temas de direito penal -1.Nosso direito positivo e a tortura; 2.Da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25.7.90. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas essenciais - Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. VII.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 1987.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NABOZNY, Gabriela Consolaro. *O indulto no direito brasileiro e a volatilidade dos decretos (im)prevista constitucionalmente*. Trabalho apresentado junto à Universidade Federal de Santa Catarina, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/182151/Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20->

[%20Gabriela%20Consolaro%20Nabozny.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#). Acesso em 7.02.2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal. Uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 1.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Mancada. São Paulo: Acadêmica, 1934.

SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas essenciais - Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. VII.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, vol. 1.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
O JULGAMENTO DO HC 143.641
E O CASO DAS MULHERES
SUBMETIDAS À PRISÃO CAUTELAR
NO SISTEMA PENITENCIÁRIO
NACIONAL, QUE OSTENTEM
A CONDIÇÃO DE GESTANTES,
DE PUÉRPERAS OU DE MÃES
DE CRIANÇAS COM ATÉ 12 ANOS
DE IDADE SOB SUA
RESPONSABILIDADE

Roberto Caruso Costabile e Solimene

ROBERTO C. COSTABILE E SOLIMENE

Desembargador, com assento junto da 9ª Câm. de Direito Criminal
Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo
Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica
Doutorado em História pela Universidade de Taipei, Rep. da China
Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus e da Devry University

Transcrevo do sitio eletrônico do col. Supremo Tribunal Federal notícia veiculada em 20.2.2018: "(...) A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, na sessão desta terça-feira (20), por maioria de votos, conceder Habeas Corpus (HC 143.641) coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP)" (*verbis*).

Vou aos referidos autos e nele encontro nominadas na condição de pacientes "TODAS AS MULHERES SUBMETIDAS À PRISÃO CAUTELAR NO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL, QUE OSTENTEM A CONDIÇÃO DE GESTANTES, DE PUÉRPERAS OU DE MÃES COM CRIANÇAS COM ATÉ 12 ANOS DE IDADE SOB SUA RESPONSABILIDADE, E DAS PRÓPRIAS CRIANÇAS", expressão, aliás, emprestada por este subscritor para titular o presente texto.

Do mesmo modo, tomo conhecimento de que impetrante foi a DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, ainda funcionando naqueles mesmos autos os membros do COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS, sem prejuízo de mais outras pessoas.

Corro também a transcrever o inteiro conteúdo da decisão de lavra do e. Min. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, que serviu de Relator, para a avaliação do leitor: "A Turma, preliminarmente, por votação unânime, entendeu cabível a impetração coletiva e, por maioria, conheceu do pedido de habeas corpus, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que dele conheciam em parte. Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão

preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima. Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. Para apurar a situação de guarda dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça

Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados. Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia. Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão. O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade. Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício. Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a

ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin" (...) Presidência do Ministro Edson Fachin, 2ª Turma, 20.2.2018" (texto literal).

Lida a sobredita ementa, por sinal em sua resplandecente literalidade, nos é dado conferir que o respeitável aresto em questão, desnecessariamente, é autoqualificado como ORDEM JUDICIAL, determinação aquela dirigida a todo o Poder Judiciário, de todo o modo afastada, na hipótese de desatendimento, a interposição de qualquer reclamação, reservada eventual irresignação apenas à via recursal.

E, ainda que ordem judicial, o comando em tela não se apresentou genérico, expressamente referindo situações excepcionalíssimas que haverão de merecer destaque e fundamentação por seu correspondente prolator na hipótese de manutenção das custódias.

Pese norma jurisdicional, não podemos olvidar seu cunho "*sui generis*", tanto assim que o Plenário, à unanimidade, admitiu a forma adotada, qual seja, a de impetração coletiva.

A especialidade da via em tela deriva também de dois textos normativos.

O primeiro deles contido dentro do art. 5º, §3º da Constituição Federal, *verbis*: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

E, na esteira deste, o segundo, qual seja, deriva da “Convenção sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência”, assinada em Nova York em 30.3.2007, aliás, ratificada no âmbito interno pelo Decreto Legislativo n. 186/2008.

Confiro, desse modo, sua natureza de emenda constitucional, tendo a mesma se incorporado ao Direito Positivo nacional com o mal-entendido de sempre, noutras palavras, um equívoco peculiar às realidades de nosso tempo, qual seja, submeter a realidade brasileira às aspirações éticas de toda a comunidade internacional sob o ângulo e elevado pretexto de humanizar as relações interpessoais, mas sem que os predicados morais dos respectivos grupos sociais sejam afins.

Intuo que a invocação da convenção internacional acima destacada tenha vindo em apreço das crianças, e não das increpadas, na medida em que o art. 1º destaca como seu propósito a promoção, a proteção e o intento de bem assegurar “o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, (bem como) promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Nisso, respeitosamente, não há novidade, na medida em que nossa Constituição Federal, desde a edição do texto originário de seu art. 227 predicava proteção integral e prioridade de atendimento à criança, ao adolescente e ao jovem.

E mesmo com o sobredito texto antecedente, que não é texto de emenda constitucional, mas pronunciamento do constituinte originário, a prisão preventiva nas hipóteses do caso sempre foi admitida.

De todo o modo, a elevada determinação exarada pelo col. Supremo Tribunal Federal, repito, no âmbito do HC 143.641, também é extremamente importante por conter, em si mesma, mais um comando orientador vinculante, ainda que não transformado em súmula.

A leitura de convenção internacional, que integra o rol de normas legais brasileiras, com a qualificação e hierarquia já delimitados nestes breves comentários, por ser exercício hermenêutico realizado pela Corte intérprete da Carta Federal, data vênia, merece sim alguns temperamentos, pena de ser tido descabidamente como fonte de imunização, de ser exageradamente tido como violação à igualdade constitucional dos cidadãos, promovendo, em razão de qualificativos inacessíveis a todos (próprios a feminilidade), alguns em detrimento de outros, estes últimos, quiçá, por vezes nem tão censuráveis.

A título de singelo destaque, e por mero amor ao debate, em termos analógicos, agitados aqui a pretérita situação da súmula vinculante n. 11, do col. STF, que, *a priori*, vedava indiscriminadamente o uso de algemas em audiência judicial, mas que, ao longo do tempo, paulatinamente, na determinação originária, foi admitindo brechas até retornarmos, em termos práticos, ao *status quo ante*.

Em suma, basta fundamentação plausível para manter o suspeito algemado. Cremos que assim o será no tocante a esse novo assunto. Nem todas as mães voltarão para casa. Mais uma vez o col. Supremo Tribunal Federal, só que agora na questão das gestantes etc., expressamente admite que "situações excepcionalíssimas", devidamente

explicadas pelo MM Juiz, poderão desautorizar a regra geral consistente no Habeas Corpus n. 143.641.

Cogitemos exceções.

A título exemplificativo, poderíamos suscitar que grandes quantidades de estupefacientes implicariam na recusa daqueles benefícios porque, sempre em consonância com a jurisprudência do mesmo Pretório Excelso, tal minudência é indicadora veemente da vinculação do suposto possuidor com o crime organizado, ou com o fornecedor profissional em larga escala (vide RHC 94.806/PR ou HC 122.594/SP). Noutras palavras, a expressiva quantidade e a variedade de drogas apreendidas, acondicionadas em porções passíveis de imediata disseminação, denotariam o intenso envolvimento da paciente com o tráfico organizado, a exigir maior rigor.

Ora, se as crianças são prioritariamente protegidas pela norma constitucional, não o serão apenas os filhos das acusadas, mas especialmente a enorme massa de inocentes que o crime organizado quer submeter à dependência.

Aliás, o legislador infraconstitucional federal, no exercício de seu elevado mister, construiu o mandamento posto no art. 42 da lei 11.343/2006, que igualmente merece transcrição, para melhor e mais proveitosa reflexão: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Uma pena elevada, nas condições retro postas, só por ser mãe a sentenciada, isentaria a mulher do cumprimento da pena em ambiente apropriado, a pretexto de continuar exercendo sua maternidade? Poderia uma convenção internacional, humanitária, mas grosseiramente estrábica em relação à presente situação interna do país, dar tratamento amplamente diferenciado para cometedores de faltas eventualmente merecedoras de tratamento específico, como as implicações atinentes à lei dos crimes hediondos (lei 8.072/90)? Pior: estaríamos autorizados a desatender o disposto no art. 5º, XLIII da própria Constituição Federal, novamente *in verbis*, “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”?

Traduzindo: a convenção alienígena poderia abrandar o deliberado e expreso rigor constitucional retro identificado?

Igualmente preocupante a criação do que seria uma presunção absoluta de verdade nas declarações da genitora – ou gestante, cf. o caso –, no sentido de se determinar às autoridades que tomem como incontroversa a sua afirmação em relação à própria prole. Estaríamos, pois, proibidos de promover uma investigação social a respeito da situação dos menores, dados como filhos sob o poder parental da suspeita?

Sobre o ônus da prova, Fernando da Costa Tourinho Filho ensina que “(...) A regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio*, vale dizer, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada (...)”

Se alegar e não provar, a decepção também será sua (...)” (“Código de Processo Penal Comentado”, v. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 356). A citação até se mostra despicienda, na medida do que dispõe o art. 156 do Cód. de Processo Penal, “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”.

Preservado o convencimento do leitor, compartilhamos convicção no sentido de que, no processo penal, o réu assume o papel de reconvinte do processo civil (RT 542/418), de sorte que, para ser acolhida, quanto mais para percepção de benesses excepcionais, sua argumentação há de ser cabalmente por ele demonstrada (RT 671/346).

Nesta quadra outra dúvida nos toma de assalto: mas, afinal, qual autoridade é o alvo do comando exarado pelo STF no bojo do habeas corpus em questão? Temos que o MM Juiz de 1º grau, a quem distribuídos os autos do processo que deu azo à prisão da mulher. Ele é quem se acha incumbido de recolher provas sobre a maternidade ativa, inclusive, se o caso, para determinar a feitura de investigação social para conferir o pleno e útil exercício do poder familiar.

O atributo constitucional do livre convencimento fundamentado, inclusive, autoriza o magistrado a se servir do contido no art. 375 do Novo Cód. de Processo Civil, que mais uma vez transcrevo: “O juiz aplicará as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

A observação acima não é escoteira: alguém que carrega, para dentro de um presídio, estupefacientes ocultados no próprio corpo, ou alguém na posse de elevadas e diversificadas quantidades de entorpecentes, para fins de comércio, tem perfil de pessoa

que realiza as tarefas inerentes à maternidade? Há casos envolvendo muitos quilos de diversas drogas, invólucros vazios, balanças de precisão, dinheiro, seguranças na porta da *biqueira*, de molde a impedir agressão por grupo concorrente etc.

Esse perfil é até possível, mas quem reclama o tratamento mais benéfico deverá provar a circunstância, duvidando, o subscritor do artigo, que algum dos Ministros da Corte Suprema tivesse intenção de, em *writ* genérico, criar um salvo conduto de amplo espectro e proibir os órgãos jurisdicionais, encarregados de examinar os fatos, de promover a exata conferência da real dimensão da falta que a presença da genitora provocará à prole.

Ainda sobre os menores, a lei civil, no rol de atribuições do art. 1634 do Cód. Civil, estabelece o conteúdo do poder familiar, dentre eles “dirigir-lhes a criação e a educação”, sem prejuízo de enumerar as hipóteses de inadimplemento em razão de tal poder-dever, com previsão de sanção de suspensão ou mesmo de eventual destituição, leia-se o art. 1638 do mesmo diploma legal, especialmente no tocante às hipóteses de “deixar o filho em abandono”, “praticar atos contrários à moral e aos bons costumes” ou mesmo “incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente” (incisos II, III e IV).

Esse o tratamento que sempre foi dispensado a quem, fazendo pouco caso das atribuições sociais mais mezinhas, se vincula ao crime como meio de vida.

Cai bem, nesta quadra, a lição de Hegel: “o exagero da argumentação defensiva fragiliza sua própria causa”.

A presente corrida aos Tribunais, para soltar pessoas fundamentadamente suspeitas de estarem vinculadas com as piores frações do crime organizado, a pretexto de uma leitura extensiva do respeitável aresto em comento, é temerária e merece maior reflexão.

Mais adiante, então, o que haverá o MM Juiz de fazer quando estiver diante de uma condenação posta por sentença e aresto? Incidirá o habeas corpus em tela? Com a edição da sentença condenatória a natureza da prisão se modifica.

Acerca da prisão agora por condenação, uma vez ultrapassado o conhecimento em segundo grau, primeiramente, temos a dizer que, sobre os fatos descritos na denúncia, em termos genéricos, acerca deles não haverá mais o Poder Judiciário de sobre eles tornar a tratar, seja em sede de recurso especial ou mesmo de recurso extraordinário, vide o teor do verbete 279 do col. STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Ou ainda se confira a súmula 7 do e. STJ: “A pretensão de simples reexame da prova não enseja recurso especial”.

O col. STF, em 2.12.2016, no HC 137.520 AgR/SC, rel. o Min. Dias Toffoli, aduziu ser absolutamente possível a execução provisória logo após a confirmação da condenação em 2º grau: “(...) A decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, ao julgar a apelação criminal, determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do agravante para o início do cumprimento provisório de sua pena, não caracteriza reformatio in pejus nem afronta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do HC nº 126.292/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, entendeu que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou

extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência” (DJe de 17/5/16). 2. Esse entendimento, aliás, manteve-se inalterado na Corte, que, em 5/10/16, indeferiu as medidas cautelares formuladas na ADC n° 43 e na ADC n° 44, nas quais se pleiteava, sob a premissa da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a suspensão das execuções provisórias de decisões penais que têm por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido no HC n° 126.292/SP” (*verbis*).

Idêntico entendimento consagrado no ARE n. 964.246, rel. Min. Teori Zavascki, sob a sistemática da repercussão geral: “(...) cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - o meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias (...)”.

Orientação reiterada agora em voto do Min. Edson Fachin, HC 137.340 AgR/SC, 2ª Turma, DJe 1.8.2017: “(...) jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da possibilidade de execução provisória de condenação criminal confirmada em segundo grau, sem que isso comprometa o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Nesse sentido, o decidido no HC

126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016; na Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44; e, sob a ótica da repercussão geral, a reafirmação de jurisprudência no ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.11.2016 (Tema 925)”.

Aliás, dessa forma dita a lei e exatamente assim as composições antecedentes da Corte Suprema já predicavam o mesmo. A possibilidade de execução provisória da reprimenda sempre foi a orientação que prevalecia na jurisprudência da e. Suprema Corte, mesmo sob a égide da Constituição da República de 1988, a exemplo do julgamento do HC 68.726/DF, em 28/06/1991, de relatoria do então Ministro Néri da Silveira, ou do julgamento do HC 68.841/SP, rel. o Ministro Moreira Alves, quando se decidiu que a presunção de inocência não impediria a prisão decorrente de apelação que teria confirmado a sentença penal condenatória.

O assunto, sabidamente em razão de celebridades desinteressadas em responder ao chamamento dos efeitos da lei, continua casuisticamente atual, retornando à baila semana passada, no dia 6.3.2018, por ocasião do julgamento do HC 434.766/PR, rel. o Min. Felix Fischer, *in verbis*: “(...) a execução provisória da pena passa a ser um consectário lógico do julgamento condenatório proferido pelo segundo grau de jurisdição. Não há que se falar, portanto, na esteira da firme jurisprudência dos Tribunais Superiores, em ofensa ao princípio da presunção de inocência, à coisa julgada, e tampouco em reformatio in pejus, quando tão logo exaurida a instância ordinária” (...)a peculiaridade da situação é que ditará a possibilidade de suspensão dos efeitos do julgado, sem afastar do julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no exercício da jurisdição

extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena (...) Frente a tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer ilegalidade na determinação de que o paciente inicie o cumprimento provisório da pena, após o esgotamento dos recursos em segundo grau (no caso, os Embargos de Declaração)”.

O que se denota, como bem afirmado pelos Ministros Felix Fischer e Teori Zavascki, é que em diversas oportunidades antes e depois dos precedentes mencionados, as Turmas do c. STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibiria a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007 (STF - ARE 964.246 - RG, Rel. MIN. Teori Zavascki, processo eletrônico repercussão geral, fl. 06).

Valerá o raciocínio para uma presa que é mãe de crianças? Ou terá ela, depois de ter sido julgada, o mesmo tratamento excepcional que estão pretendendo a ela deferir durante o curso do processo? Alterou-se a lei de execuções penais? Modificou-se o Cód. Penal no tocante a eleição dos regimes de cumprimento de penas?

Acha-se consagrada a orientação pela qual a sanção penal deve refletir, em todas as suas minúcias, proporcionalidade em relação à dimensão do fato perpetrado contra a ordem jurídica, efetivando, em termos objetivos, seu caráter retributivo e, desse modo,

assinalando, com o necessário destaque, a esperada prevenção pelo anúncio social das consequências advindas de cada desatino. Nesta quadra, pois, exsurge a inspiração do escólio do Des. Canguçu de Almeida, ainda do seu tempo de TACRIM/SP, leia-se no agravo em execução 509.131-7: “À medida em que a criminalidade recrudesça e se agrave, pondo, a cada instante, mais e mais risco à segurança e à paz sociais, cumpre ao Juiz reprimi-la, desestimulá-la e arrostá-la, mercê de uma mais adequada, mais necessária e, quiçá, até mais rigorosa aplicação do Direito”.

Como vencer a traficância de entorpecentes, estatisticamente um dos mais comuns delitos perpetrados no cotidiano dos brasileiros, agora reservado especialmente às gestantes ou às mães de crianças?

Por tais razões estratégicas o princípio da obrigatoriedade da individualização das penas, para aqui ser cumprido em sua magnitude, exigia fossem considerados vários requisitos enumerados na lei, não apenas a idade do faltoso e seus antecedentes, como também a sua culpabilidade, a sua personalidade, as específicas circunstâncias do desatino e mesmo as consequências que essa ocorrência deixou indelevelmente marcadas no seio social (em consonância com a Const. Fed., art. 5º, incs. XXXIX, 2ª parte, e XLVI; mais o texto do Cód. Pen., arts. 53, 59, inc. II, e 68, caput, e mesmo do Cód. de Proc. Pen., arts. 6º, inc. IX, e 387, inc. II).

Predicava o jurista Enrico Ferri que, “(...) em todo crime, há um aspecto causal (bem jurídico ofendido ou posto em perigo) e um aspecto sintomático (periculosidade do seu autor), mas este tem uma importância preponderante, pois que a justiça penal deve servir à defesa social e, por isso, deve avaliar a potência ofensiva do delinquente, que

pode ser diversa da gravidade do crime” (Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime, trad. bras. de Luiz Lemos D’Oliveira, 1ª ed., Russell, 2003, § 57, pág. 278).

Ou seja, em outras palavras, “O crime vale como sintoma da personalidade do criminoso, e não como entidade abstrata. A defesa social tem finalidade direta - a readaptação -, empenhando-se, especificamente, pela eliminação do crime. Impõe-se, assim, a individualização, considerando o conteúdo do crime e a personalidade do delinquente para determinar o tratamento praticamente mais adequado” (Roberto Lyra, Comentários ao Código Penal, 1ª ed., Forense, 1942, vol. II, nº 22, pág. 153). Destarte, pois, quando cuida “Da aplicação da pena”, o ordenamento jurídico impõe que ela se “estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (Cód. Pen., art. 59, caput).

Não se há, fique claro, falar em tabelamento das reprimendas, nem mesmo em institucionalização da benemerência ampla, geral e irrestrita, quando não identificada a figura faltosa em sua totalidade.

E nem se olvide a questão atinente à detração, porque, se concedido o *writ* nos termos do V. Acórdão, ou seja, outorgado o excepcional benefício da prisão domiciliar, o cumprimento da pena terá curso e esse, com a gestante ou mãe em casa, supostamente junto da prole, haverá de ser descontado para fins de execução, inclusive quanto à eleição do regime inicial, à esta altura, por certo, o mais benéfico, com tudo isso tornando letra morta o poder-dever do Estado de repor o faltoso no seu devido lugar.

Por tais razões, sem nos vincularmos às ideias ora postas, despretensiosamente, especialmente para aclarar os tramites das ações penais em curso, trazemos à luz um

debate que surgiu forte nos últimos dias, mas que, superado o turbilhão que lhes pretenderam dar, assim estamos assim convictos, perderá força, sem que isso importe que incorramos no mesmo erro ao inverso, de ignorar que mães desesperadas, mal orientadas, eventualmente possam incorrer em infrações grosseiras, mas mesmo assim, pelas nuances dos seus respectivos casos, individualmente poderão merecer um acompanhamento nos exatos termos do deliberado pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do HC 143.641.

DA PRISÃO POR FORÇA
DE ACÓRDÃO
CONDENATÓRIO
EMANADO DE ÓRGÃO
COLEGIADO DE
SEGUNDO GRAU DE
JURISDIÇÃO

Roberto Grassi Neto

ROBERTO GRASSI NETO

Livre-docente

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP)

RESUMO

Propósito do presente artigo é analisar a evolução da jurisprudência quanto à possibilidade de ser efetivada prisão por força de acórdão condenatório¹ emanado de órgão colegiado de segundo grau de jurisdição do qual ainda penda recurso para Tribunal Superior, seja especial, seja extraordinário, diante da consagração dos princípios da presunção de inocência e porque já respeitado o duplo grau de jurisdição da CF/88. Discorre-se sobre a natureza da prisão por força de acórdão condenatório, com especial enfoque na questão da possibilidade de início da punibilidade do agente mediante a formação da coisa julgada em capítulos. Aborda-se, por fim, a questão concernente à existência de eventuais limites ao saneamento de omissão em acórdão condenatório do qual não conste determinação expressa de expedição de mandado de prisão.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the evolution of jurisprudence about the possibility of imprisonment by virtue of a condemnatory judgment emanating from the Court of Appeal of which still remains a special appeal or an extraordinary appeal, to the Brazilian High Courts, in view of principles of presumption of innocence and of the double degree of Jurisdiction in Brazilian Constitution of 1988. Finally, it's considered, the question concerning the existence of possible limits to rectify the omission in a condemnatory judgment by the Court of Appeal, which does not contain an express determination of the issuance of an arrest warrant.

¹ Por tal se entendendo, para evitarem-se interpretações sibilinas, tanto o acórdão que mantenha sentença condenatória, quanto aquele que a reforme em parte, mas resguarde tal sanção prisional, ou que imponha esta última mediante recurso da acusação.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão por força de acórdão condenatório de segundo grau de jurisdição; Presunção de inocência; Duplo grau de jurisdição; Coisa julgada penal; Fragmentação da coisa julgada penal; Coisa julgada penal parcial; Coisa julgada penal progressiva; Coisa julgada penal parcelada; Coisa julgada penal em capítulos; Direito do Constitucional; Direito Processual Penal.

KEYWORDS:

Imprisonment by virtue of a conviction given by the Court of Appeal; Presumption of innocence; Double degree of jurisdiction; Res Judicata; Fragmentation of the res judicata; partial res judicata; progressive res judicata in criminal proceedings; res judicata in chapters; Constitutional Law; Criminal Procedural Law.

SUMÁRIO: 01) Introdução; 02) Evolução da jurisprudência quanto à possibilidade de prisão por força de acórdão condenatório; 03) Prisão por força de acórdão condenatório diante dos princípios da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição; 04) Aferição da culpabilidade do agente e a formação da coisa julgada em capítulos; 05) Natureza da prisão por força de acórdão condenatório; 06) Acórdão condenatório do qual não consta determinação expressa de expedição de mandado de prisão; 07) Conclusão; 08) Referências Bibliográficas

01. Introdução

Até o início do último quartel do século XX, o Direito Brasileiro ainda não havia erigido a presunção de inocência enquanto princípio constitucional e muito menos se discutia na Doutrina ou na Jurisprudência a respeito de eventual necessidade do esgotamento dos recursos possíveis para que condenado em processo criminal pudesse iniciar o cumprimento de sua pena.

Fazia, ao contrário, parte da tradição jurídica brasileira ser o condenado em processo judicial criminal obrigado a recolher-se à prisão para poder interpor apelo junto à Segunda Instância.

Tanto era assim, que o revogado art. 393 do CPP/1941 estabelecia que, além do lançamento do nome do réu no rol dos culpados, era efeito da sentença condenatória recorrível de Primeira Instância ser o réu preso ou conservado na prisão, “assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis”, ao menos enquanto não prestasse fiança.

Não por outro motivo, a redação original do art. 594 do CPP/1941 estabelecia que o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se aludida condenação fosse relativa a crime do qual o acusado pudesse livrar-se solto. Durante anos, os Tribunais travaram longos debates, inclusive quanto a ter ou não que sujeitar-se ao trânsito em julgado até mesmo o cumprimento da suspensão condicional da pena (*sursis*), tendo-se chegado, então à conclusão de que eventual condicionamento da suspensão da pena à existência da coisa julgada – o que implicaria, nesse ínterim, em

manutenção do condenado no cárcere – faria surgir exigência não imposta na à época vigente redação do CPP.²

A previsão do recolhimento do sentenciado condenado para poder apelar não afrontava a então Carta de 1937, que estabelecia, em seu art. 122, § 11, apenas que ninguém poderia ser conservado em prisão “sem culpa formada”, salvo por “decisão emanada de autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada”, além do que era previsto que a instrução criminal seria “contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”. Essas garantias foram, contudo, simplesmente suspensas durante a Segunda Guerra Mundial, no período correspondente ao auge do autoritarismo do Estado-Novo, pelo Decreto n. 10.358, de 1942.

Conquanto a redemocratização do Brasil, ocorrida cerca de cinco anos após o advento do Código de Processo Penal, tenha dado ensejo ao surgimento da, até então, Constituição Federal mais liberal que o País jamais conhecera, fato é que a nova Carta Magna preservou o laconismo dos textos anteriores, limitando-se a prever o *due process of law* e a asseverar que a prisão de um indivíduo poderia dar-se apenas em flagrante delito ou, “por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei”. Outro não foi o entendimento da subsequente CF/67 que, em seu art. 150, § 12 (art. 153, § 12, após a EC n. 1), manteve tão somente a exigência de que a prisão se desse “por ordem escrita de autoridade competente”.

² ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, v. 6. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, p. 182.

Não se pode ignorar que a necessidade de recolhimento à prisão após condenação em primeiro grau passou, ainda sob a égide da CF/67, por significativa flexibilização, com o advento da Lei n. 5.941/1973, que alterou a redação do art. 594 do CPP, e acrescentou que regra do recolhimento compulsório para apelar não seria aplicável ao condenado que fosse primário e ostentasse bons antecedentes. Independentemente da motivação que então animou o legislador a editar a denominada “Lei Fleury”³, fato é que a prisão após a condenação em primeira instância, ainda que por crimes mais graves, deixava de ser regra, para, na prática, tornar-se exceção.

Diante de conjuntura na qual a sociedade brasileira ainda se adaptava à possibilidade de o sentenciado poder apelar sem ter que submeter-se à execução provisória da pena, logo após ser proferida sentença condenatória de primeiro grau, inexistia evidentemente qualquer questionamento quanto à possibilidade de ser decretada a prisão na hipótese de proferida decisão condenatória por Tribunal de 2º Grau de Jurisdição – à época, os Tribunais de Justiça, os Tribunais de Alçada e os Tribunais Regionais Federais – cujas decisões ainda são, nos termos do CPP, consideradas finais, mesmo porque esgotavam-se, com o duplo grau de Jurisdição as vias ordinárias, cabendo apenas, então, o Recurso Extraordinário.

O Recurso Extraordinário é um instituto secular do direito inglês, introduzido no Direito pátrio a partir do Decreto n. 848/1890, baixado pelo Governo Provisório da República, que tomou por base o *Judiciary Act*, promulgado pelo Congresso Americano

³ A Lei n. 5.941/73 foi considerada uma vergonha jurídica pelos especialistas, na medida em que teria sido elaborada pelo então Presidente Médici apenas com o intuito de beneficiar o Delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, investigado pelo Ministério Público de São Paulo por supostos assassinatos praticados pelo então denominado “Esquadrão da Morte”, e cuja prisão preventiva chegou a ser decretada em 1973 por envolvimento em tráfico de entorpecentes.

em 1789,⁴ e que deu lugar ao antigo “Recurso de Revista”, que fora introduzido pela Lei de 18 de setembro de 1828, “contra injustiça notória ou nulidade manifesta”⁵. Apesar do entendimento diverso de Juristas da época, do porte de João Monteiro, fato é que esse novo Recurso, que passaria a ter previsão em todas as Constituições da República desde então, surgiu com finalidade diversa.

Nas palavras de Bento de Faria, “o nosso recurso extraordinário, apesar de imitar, diverge em vários pontos do *writ of error* do direito norte-americano (*Judiciary Act, sect. 25; TAYLOR– Jurisdiction ad Procedure of the U.S., ns. 186 a 188*), tem por finalidade não a correção de decisões erradas ou injustas, tão somente o predomínio da Constituição da República e o respeito a vigência e cumprimento das leis federais”.⁶

No que concerne à matéria criminal, tal autor, ex-Ministro do Supremo Tribunal, acrescenta que “com maior razão, a decisão sobre o recurso extraordinário deve se limitar à questão federal controvertida, sem a possibilidade de, no caso de conhecimento do recurso, ser apreciado o mérito da decisão recorrida, pois do contrário, dito recurso se transformaria no de revisão, cujo julgamento não mais compete ao Supremo Tribunal Federal”.⁷

Com a promulgação da CF/88 foram introduzidas importantes inovações atinentes ao tema ora em discussão.

⁴ ACOSTA, Walter P. *O Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora do autor. 1984, p. 374.

⁵ Art. 6º da Lei de 18 de setembro de 1828.

⁶ BENTO DE FARIA, Antônio. *Código de Processo Penal*, v. 2, Rio de Janeiro: Record. 1960, p. 360.

⁷ *Idem*, p. 361.

Uma delas, de cunho mais formal, consistiu na conversão do extinto Tribunal Federal de Recursos em uma nova Corte, o Superior Tribunal de Justiça, com competência, dentre outras, de julgar o assim nominado Recurso Especial (art. 105, III, da CF/88), desmembrado do antigo Recurso Extraordinário, para as hipóteses em que uma decisão contrariasse ou negasse vigência a lei federal ou a tratado, divergisse na interpretação de lei federal efetuada por outro Tribunal da Federação, ou julgasse válido ato de governo local contestado em face de lei federal.

Com isso, a interposição do Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal passou a limitar-se (art. 102, III, da CF/88) às hipóteses em que a decisão contrariasse dispositivo previsto na própria Constituição Federal, declarasse a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, julgasse válida lei ou ato de governo local que fossem contrários à Constituição, julgasse válida lei local que vulnerasse em tese lei federal.

A mais importante inovação consistiu, contudo, em ter-se erigido de modo explícito a presunção de inocência à categoria princípio constitucional, inscrito no art. 5º, LVII, da CF/88, nos termos seguintes: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A redação adotada pelo legislador de 1988 deu início a um debate que persiste até os dias atuais, trinta anos após sua promulgação, quanto ao alcance de aludido princípio e se sua previsão na CF/88 teria impossibilitado a prisão por força de acórdão condenatório, contra o qual ainda pendesse recurso, especial ou extraordinário, a uma das Cortes Superiores. Como já salientado, por acórdão condenatório se entende tanto o que mantenha sentença condenatória, quanto o que a reforme em parte, mas

resgare tal sanção prisional, ou ainda aquele que imponha esta última mediante recurso da acusação.

02. Evolução da jurisprudência quanto à possibilidade de prisão por força de acórdão condenatório

Cumprir destacar que, mesmo com o advento da atual Constituição Federal, o entendimento prevalente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se manteve durante muito tempo no sentido de que, uma vez exauridas as instâncias ordinárias criminais, seria admissível a execução provisória da pena privativa de liberdade.⁸

Partia-se do pressuposto de que a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, teria natureza processual e concerniria aos interesses de garantir a ordem pública, de atender à conveniência da instrução criminal, ou de assegurar a aplicação da lei penal, após o devido processo legal.

Estava esse entendimento já cristalizado no âmbito do STF, quando, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078/MG,⁹ realizado em 05 de fevereiro de 2009, o Pleno

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 68.726/DF. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Votação Unânime. Brasília, 26 de junho de 1991. *Diário da Justiça*. 20 Nov. 1992. p. 21.612. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=&dataPublicacao=20/11/1992&incidente=1521108&capitulo=5&codigoMateria=1&numeroMateria=86&texto=253597>>. Acesso em: 19 Mar. 2018.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Impetrante/Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Maioria de votos. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. *Diário da Justiça eletrônico* n. 35. 26 Fev. 2010. Disponível em: <

daquela Corte entendeu, por maioria de votos, que a execução da sentença condenatória penal após o julgamento do recurso de apelação implicaria em restrição ao direito de defesa, cuja incidência deveria ser reconhecida em todas as fases procedimentais, inclusive aquelas recursais de natureza extraordinária.

Passava, com isso, pouco mais de uma década após a promulgação da atual Constituição Federal, a imperar o entendimento de que eventual prisão antes do trânsito em julgado da condenação poderia ser decretada somente a título cautelar, sob pena de vulnerar-se o princípio da presunção de inocência. Com isso, o STF mudava posicionamento já há muito consolidado, ao asseverar que não seria possível o cumprimento da pena em decorrência de decisão condenatória antes da formação de coisa julgada material sobre o caso concreto.

A inafastável e desmoralizante problemática oriunda da lentidão dos trâmites processuais, decorrente em parte de manobras manifestamente protelatórias por parte de defesas bem estruturadas, continuou, todavia, fazendo-se presente na realidade pátria; a interpretação literal do texto constitucional teria, para muitos, se desvirtuado e passado a ser sinônimo, prenúncio quase certo, de impunidade.

A questão ganhou grande repercussão na sociedade, com o surgimento de casos emblemáticos, como o de determinada ação penal na qual a Defesa conseguiu postergar por mais de uma década o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta a diretor de redação de importante periódico paulista, pela prática do homicídio contra sua então namorada, processo no qual o réu era inclusive

<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=608531> >. Acesso em: 19 Mar. 2018.

confesso, na medida em que interpostos sucessivos recursos aos Tribunais Superiores, o que impedia viesse alcançada preclusão máxima.

Buscando obstar justificada repulsa ante excessivo retardo no início da execução de penas de privação de liberdade em geral, elaborou-se a Proposta de Emenda Constitucional n.15/2011, atualmente ainda em trâmite, alterando a redação dos arts. 102 e 105 da CF/88, visando a, na prática, transformar expressamente os recursos “extraordinário” e “especial” em ações rescisórias. Com isso o processo findaria assumidamente após duas decisões judiciais, alterando-se as normas infraconstitucionais pelas quais a ação poderia percorrer até quatro graus de jurisdição: Juiz/Júri, Tribunal Estadual ou Regional, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O projeto dividiu opiniões, tendo sido então, no ano de 2013, apresentado substitutivo, pelo qual reduziu-se substancialmente o âmbito da proposta, restringindo-a à seara criminal, área mais nevrálgica para a população, em especial em decorrência da divulgação de inúmeros esforços conjuntos para combater o crime organizado e a corrupção, dentre os quais vem se destacando a assim denominada “Operação lava-jato”.

Passou, então, a ser previsto nesse substitutivo a antecipação do momento do trânsito em julgado das decisões judiciais, a ser formalizada mediante mero acréscimo de um parágrafo único ao art. 96 da CF/88, de sorte a expressamente permitir que órgãos colegiados e tribunais do júri pudessem, após decisão penal condenatória, “expedir mandado de prisão, independentemente do cabimento de eventuais recursos”.

Sem que se avizinhasse solução em curto prazo para a questão, dada a paralisação, na prática, do trâmite da proposta no Legislativo, o próprio Pleno do Supremo Tribunal Federal optou por retomar seu entendimento anterior, voltando a admitir, em julgamento realizado em 17 de fevereiro de 2016, no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, que um réu condenado por decisão emanada da Segunda Instância da Justiça já iniciasse o cumprimento de pena de prisão eventualmente a ele infligida, ainda que pendentes recursos aos Tribunais Superiores.¹⁰

03. Prisão por força de acórdão condenatório diante dos princípios da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição

A prisão de alguém será admissível, nos termos do art. 5º, LXI, da CF/88, apenas na hipótese de flagrante delito ou em havendo ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. A questão que cumpre enfrentar versa o momento a partir do qual mencionada ordem escrita poderá ser emitida já não mais a título cautelar, mas enquanto efetiva execução de pena imposta.

¹⁰ Constitucional – *Habeas Corpus* – Princípio Constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) – Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de Segundo Grau de Jurisdição – Execução Provisória – Possibilidade
 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Maioria de votos. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Ata nº 71/2016. *Diário da Justiça Eletrônico* n. 100. 17 Maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309493860&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 19 Mar. 2018).

A resposta invariavelmente resvala na análise do alcance do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

Cumprido, a esse respeito, observar que mencionado princípio não tem – e nunca teve – a natureza absoluta que se lhe procurou emprestar. Sempre coube ao legislador disciplinar o assunto, com vistas a delimitar seu alcance, assim como é função do aplicador da lei efetuar as necessárias interpretações.¹¹

A esse respeito, pode-se mencionar, a título de ilustração, a Lei Complementar nº. 135 de 2010, pela qual foi alterada a Lei das Condições de Inelegibilidade (Lei Complementar nº. 64 de 1990), para tornar inelegível por oito anos o candidato que for condenado por decisão de órgão colegiado, ainda que estejam pendentes recursos.

Aludido diploma, que ganhou a denominação “Lei da Ficha Limpa”, foi alvo de inúmeras críticas, em especial por emprestar à decisão de segunda instância – ou de colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função – que viesse a condenar eventuais candidatos força suficiente para torná-los inelegíveis, independentemente da pendência de recursos.

A inovação importava, para muitos, em vulneração à presunção de inocência, eis que estes mesmos candidatos poderão ainda vir a ser futuramente absolvidos pelos Tribunais

¹¹ Nesse sentido o voto do Ministro Barroso no já citado *Habeas Corpus* n. 126.292 (*cit.*, p. 27), consoante o qual a “presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144)”.

Superiores. Alegando prevalência dos princípios da razoabilidade e da moralidade, a Suprema Corte brasileira manifestou-se, em análise conjunta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578), no sentido de sua constitucionalidade.¹²

Todos os Tratados e documentos internacionais têm observado, já desde o tempo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, (art. 9º), que o alcance da ideia de “presunção de inocência” deve ser estabelecido “consoante a lei” de cada país.

A própria Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, item 2, “h”), assinada em San José da Costa Rica, a 22 de novembro de 1969, exige apenas que seja permitido ao acusado o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, de modo a assegurar-lhe acesso ao duplo grau de jurisdição, após o que já surgiria a assim denominada “coisa julgada”.

Antes de ser prolatada a sentença, a dúvida na persecução penal deve evidentemente beneficiar o acusado. Não há falar-se em dúvida, todavia, quando, ao proferir decisão de mérito em primeiro grau de Jurisdição, o Magistrado emite um juízo condenatório, vulgarmente declarado de “culpabilidade”, ainda que provisório, sob condição até

¹² Em seu voto, o Min. Relator Luiz Fux observa não ser razoável a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada, eis que da “exigência constitucional de moralidade para o exercício de mandatos eletivos (art. 14, § 9º) se há de inferir que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função excluirá a razoabilidade da expectativa. A avaliação há de ser, pois invertida: “é razoável entender que um indivíduo que se enquadre em tais hipóteses qualificadas não esteja, a priori, apto a exercer mandato eletivo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/DF. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais-CNPL. Interessado: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Maioria de votos. Brasília, 12 de fevereiro de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*. 26 Junho 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=74860064&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 19 Ago. 2016).

certo ponto resolutive, a respeito da subsunção da conduta do sentenciado aos tipos penais previstos em lei.

Em virtude do necessário duplo grau de jurisdição, decorrente dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa previstos no art. 5º, LIV e LV, da CF/88, o entendimento do Juiz de Direito é, com efeito, passível de reapreciação por Tribunal de hierarquia imediatamente superior, oportunidade em que se exaure definitivamente, ao menos em tese, o exame dos fatos e das provas da causa, e se fixa a responsabilidade criminal do réu.

Nesse sentido o voto vencido do Ministro Joaquim Barbosa, no citado *Habeas corpus* n. 84.078, julgado em 2009, já vaticinava que a adoção da tese de que a execução penal dependeria do trânsito em julgado da condenação iria causar “verdadeiro estado de impunidade”, principalmente para aquele sentenciado que dispusesse de defensor cujo expediente precípuo fosse utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos, “de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” (grifos do autor).¹³

Tinha o eminente Ministro sob seus olhos sério caso de tentativa sangrenta de homicídio que desencadeou enorme repercussão social negativa e em cujos autos a pluralidade de insurgências recursais conduziu à extinção da punibilidade por prescrição, sem que o réu, arrogantemente, tivesse suportado reprimenda carcerária, um dia sequer.

¹³ *Cit.*, p. 1143.

Vale lembrar ponderação lançada, nesse mesmo julgamento, no voto vencido da Ministra Ellen Gracie, no sentido de que a presunção de não-culpabilidade prevista no inciso LVII, do art. 5,º da CF/88 corresponde apenas à garantia “de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova”, particularmente incidente quando “da disciplina jurídica da prova” (grifo nosso), isso porque o “acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal”.

Não obstante esse percuciente enfoque da douta Ministra, o Pretório Excelso desviou-se, data vênua, da melhor aplicação da lei, pelo lapso considerável de seis anos, ao adotar hermenêutica socialmente nociva, consoante a qual a execução da privação de liberdade passava a ficar condicionada ao trânsito em julgado.

A atilada Ministra, antevendo as consequências danosas do novo posicionamento, observou, ainda, ser “equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal, para que, só então, se dê consequência à sentença condenatória. Essa extensa gama recursal já foi designada em outra oportunidade pelo Ministro Francisco Rezek como extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade desde que obedecido o devido processo legal e

quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança. Esta é, aliás, a prática internacional”.¹⁴

Eventuais recursos de natureza especial ou extraordinária que venham a ser interpostos, respectivamente para o STJ ou para o STF, extrapolam, com efeito, a ideia de duplo grau de jurisdição, mesmo porque vêm eles desprovidos de efeito devolutivo amplo, na medida em que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória, tendo seu âmbito de cognição restrito à matéria de direito.

Sua previsão efetivamente não visa, ao contrário do antigo “Recurso de Revista” do Período Imperial, a outorgar uma terceira ou quarta oportunidades para que determinado pronunciamento jurisdicional, contra o qual o sucumbente se insurge, seja revisto; sua finalidade precípua, se não única, é proporcionar a essas Cortes superiores a possibilidade de verificar se houve, *in concreto*, vulneração à lei federal ou às normas constitucionais, bem como, subsidiariamente, estabilizar, uniformizar e pacificar sua interpretação.

A presunção de inocência, como já observado, não possui – nenhum princípio o tem – caráter absoluto, devendo ser analisada sempre em conjunto com os demais princípios de igual hierarquia que integram o arcabouço Constitucional, tais como aqueles da proporcionalidade e da duração razoável do processo, cabendo ao intérprete valorar cada um deles, sopesando-os, para determinar qual irá prevalecer em cada situação concreta. Em havendo colidência entre princípios, a divergência a ser dirimida terá

¹⁴ *Cit.*, p. 1171-2.

natureza apenas aparente, composta segundo as regras do consagrado concurso aparente de normas.

04. Aferição da culpabilidade do agente e a formação da coisa julgada em capítulos

Não se ignora, é certo, o conceito legal de coisa julgada, enunciado no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas Brasileiras como sendo a “decisão judicial de que já não caiba recurso”; a fórmula foi inclusive mantida no art. 502 do CPC/2015, que a considera “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Em tempos hodiernos não mais se sustenta, contudo, a tese de Chiovenda, aspirando à unidade da decisão judicial (*della unicità della decisione*)¹⁵, que veio inclusive a nortear a sistemática adotada pelo CPC de 1973. Não por outra razão, o CPC/2015 passou a contemplar o fenômeno da fragmentação da coisa julgada, também denominada coisa julgada parcial, progressiva, parcelada, ou em capítulos.

¹⁵ A primeira parte do art. 277 do Codice di Procedura Civile italiano busca, com efeito, consolidar a “aspirazione all’unicità della decisione nel corso di un processo (per ciascun grado de giudizio) seguendo l’insegnamento di Chiovenda, che propugnava tale soluzione, in contrapposizione con quella adottata nel codice del 1865, che consentiva largamente la pronuncia, nel corso del processo, di sentenze interlocutorie per la soluzione di questioni. Nel 1940 la funzione di resolver questioni, che nel codice del 1865 era svolta dalle sentenze interlocutorie, viene affidata alle ordinanze (revocabili, modificabili e prive dell’attitudine di pregiudicare l’esito della causa). Riveste invece (tendenzialmente) la forma della sentenza il solo provvedimento che decide il merito della controversia ovvero che declina in rito la domanda per carenza di un presupposto processuale” (MARINUCCI, Elena, art. 277 - Pronuncia sul merito in COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLI, Romano. **Commentario del Codice di procedura civile. V. 3. T.2.** Torino: UTET GIURIDICA, 2012).

O legislador processual civil de 2015 afastou-se, com isso, da orientação adotada pelo Código Buzaid, e passou a não mais limitar a incidência da coisa julgada à sentença, reconhecendo a possibilidade de sua ocorrência com relação a toda e qualquer decisão de mérito, ¹⁶ terminologia, inclusive, que já fora adotada na Lei de Introdução desde sua redação original, que remonta a 1942.

É, de igual modo, forçoso reconhecer que, também na seara criminal, a coisa julgada se forma de modo fracionado, conforme a ação penal avança. O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu cuidar-se de instituto de envergadura constitucional, que se consolida em capítulos autônomos, cujo conteúdo vai precluindo, consoante não venha a ser atacado no curso da ação por recurso. Nesse sentido:

“Coisa Julgada – Envergadura – A coisa julgada possui envergadura constitucional [...] – Coisa julgada – Pronunciamento judicial – Capítulos autônomos. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória”. ¹⁷

Não se pode perder de vista que a ausência de recurso pode dar-se, quer por opção ou falha da parte sucumbente, quer por absoluta vedação legal.

¹⁶ Art. 502 do CPC/2015: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 666.589/DF. Recorrente: Pebb Corretora de Valores Ltda. Recorrido: Banco Central do Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, 25 de março de 2016. Ata nº 71/2016. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 106. 03 Jun. 2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=6002684> >. Acesso em: 20 Mar. 2018.

Foi exatamente contemplando essa última hipótese – absoluta vedação legal – que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao julgar o já citado *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, tornar-se a parte relativa ao mérito da acusação e às provas “indiscutível, imutável”, tão logo seja realizado o julgamento em segundo grau de jurisdição, de tal sorte a ocorrer exatamente nesse momento o trânsito julgado desse capítulo da decisão.¹⁸

Na ausência de abordagem específica a respeito do tema pelo legislador, o Supremo Tribunal Federal apenas delimitou, na prática, o alcance da expressão “trânsito em julgado”, tal qual é mencionada no art. 674 do CPP¹⁹, estabelecendo corresponder à situação de esgotamento de recursos versando a matéria fática, probatória.

Observe-se que mencionado entendimento está plenamente de acordo com o quanto consta a respeito do recurso extraordinário, no art. 637 do CPP: “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, [...]” (grifo nosso).

A Constituição Federal estabelece, ainda, caber Recurso Extraordinário, em situações específicas ali previstas, das causas decididas em última instância. É entendimento pacífico serem estas as causas decididas em grau de recurso pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça Estaduais.

Na medida em que o legislador de 1988 dispensa a aludidas Cortes locais o tratamento de última instância,²⁰ torna-se perfeitamente aceitável entender-se tenha já se

¹⁸ Consoante voto do Min. Luiz Fux, *cit.* p. 59.

¹⁹ Art. 674 do CPP: Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.

²⁰ Reza, com efeito o art. 102, III, da Constituição de 1988 competir “ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda

operado, em tais circunstâncias, o “trânsito em julgado”, ao menos do capítulo da decisão concernente ao mérito da acusação e às provas, de tal sorte a justificar a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena, nos termos do art. 674 do CPP.

Transitada em julgado a sentença que vier a impor a privação de liberdade, deve o Juiz, pois, efetivamente expedir mandado de prisão ou recomendar o condenado no estabelecimento em que estiver recolhido, bem como determinar a expedição de carta de guia, para que seja iniciado de imediato o cumprimento da pena.

05. Natureza da prisão por força de acórdão condenatório

Em todo o mundo civilizado, a possibilidade de interposição de recursos para Cortes Constitucionais nunca impediu a execução imediata da pena imposta.

Consoante a proposta hermenêutica ora formulada, aludida prisão do condenado não se dará, portanto, em cumprimento de “execução provisória”, de caráter preventivo, mas sim, enquanto “execução definitiva” da pena, a ser implementada de modo imediato pelo advento do “trânsito em julgado” do capítulo da decisão concernente ao mérito da acusação e às provas, ocorrido após o necessário duplo grau de jurisdição, mediante abertura de possibilidade às partes de reanálise de tais fatos, provas e direito.

da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida [...]” (grifo nosso). Destaque-se, ainda, haver previsão equivalente, contida nos art. 105, III, da CF/88, quanto ao Recurso Especial (“Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida [...].” (grifo nosso).

É certo que o provimento de recursos não ordinários para as Cortes Superiores – Especial para o Superior Tribunal de Justiça e Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal – poderá acarretar eventual prejuízo indireto à análise já efetuada do mérito da acusação e das provas; em tais situações, sua natureza será, todavia, ao menos com relação a essa matéria, evidentemente rescisória.

Pondere-se a esse respeito ter pouco ou nenhuma relevância o fato de referida possibilidade de reexame em sede Especial ou Extraordinária pelos Tribunais Superiores ter recebido a denominação de “recurso”. Cumpre observar, e isso apenas a título de ilustração, que o instituto do *habeas corpus* foi previsto pelo CPP/1941 no capítulo referente aos recursos, e é pacífico, tanto na Doutrina como na Jurisprudência, cuidar-se ontologicamente não propriamente de recurso, mas de ação de caráter constitucional.

Cabe, assim, o início da “execução definitiva” da privação de liberdade, a ser implementada de modo imediato, logo após a publicação do acórdão condenatório de Segundo Grau, pelo simples advento do “trânsito em julgado” do capítulo da decisão concernente ao mérito da acusação e às provas.

Pondere-se ser mencionado entendimento cabível, portanto, independentemente do advento da Emenda Constitucional, pela qual os Recursos Especial e Extraordinário passarão respectivamente a ser expressamente denominados Ações Rescisórias Especial e Extraordinária, e os Tribunais Superiores serão erigidos em verdadeiras Cortes de Cassação, nos moldes francês e italiano.

A interpretação no sentido do cabimento da expedição de mandado de prisão após o advento de decisão condenatória de Segundo Grau não fere garantias individuais

internacionalmente asseguradas, mesmo porque não se pode olvidar que, no que concerne a possíveis equívocos grosseiros, os efeitos de eventual decisão teratológica emanada de Acórdão de órgão recursal estadual ou regional sempre poderão ser liminarmente suspensos, quer pela via da ação constitucional de *habeas corpus*, quer pela concessão de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo aos recursos Extraordinário ou Especial.²¹

Dentro dessa mesma linha de pensamento, o E. Superior de Tribunal de Justiça elaborou o Enunciado n. 267 de sua Súmula de Jurisprudência, prevendo que “a interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

06. Acórdão condenatório do qual não consta determinação expressa de expedição de mandado de prisão

Ainda que a interposição de Recurso Especial ou Extraordinário não obste a execução da privação de liberdade imposta após o duplo grau de Jurisdição, cumpre abordar uma questão intrigante, consistente na hipótese de o acórdão condenatório não ter determinado expressamente a expedição de mandado de prisão e não terem sido interpostos embargos de declaração a respeito.

²¹ Observe-se que, apesar de o art. 1.029, § 5º, do CPC/2015 ter revogado a previsão contida no § 2º do art. 27 da Lei n. 8.038/90, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo aos Recursos Extraordinário e Especial, de aplicação questionável ao âmbito criminal, não se daria, de qualquer modo, automaticamente, ficando sempre condicionada à concessão de decisão liminar do respectivo Tribunal Superior.

A questão poderá surgir basicamente em duas situações.

Na primeira delas, pode suceder que o Magistrado de Primeiro Grau, ao tomar conhecimento do acórdão condenatório, determine a expedição de mandado de prisão, simplesmente por entender que não mais caberia discussão sobre a matéria de fato. Na outra, pode ocorrer que, em meio ao oferecimento de razões ou contrarrazões em sede de Recurso Especial ou Extraordinário, venha o Ministério Público requerer manifestação da Turma Julgadora a respeito da expedição de mandado de prisão.

Não se pode, certamente, olvidar que o presente caso não se encaixa na previsão de reexame de acórdão, em Juízo de retratação, contida no art. 1.040, II, c.c. o art. 1.030, II, ambos do CPC/2015, cabível apenas para a hipótese de o acórdão do Tribunal local divergir do entendimento adotado em julgamento de acórdão paradigma de Recurso Especial, proferido em sede de Recurso Repetitivo.

A rigor, não haveria, tampouco, como declarar-se eventual omissão do Acórdão, ante a ausência de irresignação nesse sentido por parte do Ministério Público, que simplesmente se quedou inerte, e não interpôs embargos declaratórios no momento oportuno.

Entendendo, contudo, tanto o Juiz de Direito, quanto a própria Turma Julgadora da Câmara Criminal, haver trânsito em julgado da matéria de fato logo após a publicação do Acórdão condenatório de 2º grau, cumpre reconhecer que a não menção expressa em seu corpo à expedição de mandado de prisão corresponde a mera irregularidade, simples erro material, que não apenas pode, como deve ser sanado de ofício.

Cumprе destacar a sempre atual lição de Rocco, no sentido de que o conteúdo do dispositivo da sentença pode, diversamente do pedido das partes, ser implícito e genérico, desde que seja possível discernir a determinação mediante reconstrução do pensamento do magistrado.²²

Corroborа para a certeza do acerto dessa solução, o fato de ser aludida determinação – a despeito de não mencionada expressamente no Acórdão – evidentemente, não apenas cabível, como necessária, ainda que não tivesse havido qualquer espécie de irresignação dirigida a Tribunal Superior, de natureza especial ou extraordinária. Certificar-se-ia simplesmente o trânsito em julgado, sendo, então, expedido o mandado de prisão.

Cabe, pois, em tais hipóteses, sanar-se, de ofício, o erro material, e determinar-se à Serventia seja certificado o trânsito em julgado da matéria fática e expedido mandado de prisão.

²² “Non è dunque necessario che il giudice pronunci espressamente su tutte le domande delle parti, quando, dall’insieme della sentenza, rettamente interpretata, risulti abbastanza chiaramente che egli ha esaminato e deciso il punto taciuto: in questi caso il pensiero de giudice è indirettamente manifestato, ma è manifestato” (Rocco, Alfredo. **La Sentenza Civile**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 104).

07. Conclusão

Vive o Brasil tempos de profunda insegurança jurídica, estando o Supremo Tribunal Federal irremediavelmente dividido a respeito do tema.

De um lado situam-se os Ministros tidos como “garantistas”, consoante os quais eventual relativização ao princípio constitucional da presunção de inocência importaria em uma “visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático”, mesmo porque a “consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.”²³

Do outro lado, há aqueles Ministros que entendem estar havendo uma distorção teratológica na aplicação concreta do princípio da presunção de inocência, na medida em que não encontra mais ressonância no meio social uma interpretação de um princípio que dê margem a que uma pessoa condenada simplesmente não pare de recorrer, apenas com o intuito de buscar uma outra disfunção do sistema, que é a prescrição.

²³ Voto do Ministro Celso de Mello, no já citado *Habeas Corpus* n. 126292/SP (cit. p. 84).

Os integrantes desse último grupo de Ministros destacam que atribuir-se um caráter absoluto à presunção de inocência apenas anularia o esforço das instituições empenhadas no combate à impunidade e à corrupção no País além de fomentar o incremento dos grupos de extermínio, que atuam livremente em todo País, em virtude da verdadeira impunidade advinda da falência do sistema formal de Justiça.

A esses argumentos, que infelizmente reconhecem-se válidos, acrescente-se a profunda insegurança jurídica decorrente do fato de que parte significativa dos integrantes do Supremo Tribunal Federal – é sabido que ao menos cinco Ministros defendem abertamente a revisão da regra – nunca aceitou a decisão do Tribunal Pleno pela qual se reestabeleceu a possibilidade da prisão por força de acórdão condenatório emanado de órgão colegiado de segundo grau de jurisdição, de modo a colocar inclusive em xeque a ideia de colegialidade, e insistem em retomar o entendimento anterior.

Os ânimos se acirraram a ponto de ser noticiado que o primeiro grupo cogitava da possibilidade de levantar questão de ordem para exigir da Presidente do STF que fossem pautados os julgamentos de duas ADECON (ações declaratórias de constitucionalidade) que tratam do tema.

Como se tal não bastasse, eventual evolução dos acontecimentos nesse sentido certamente deixará a nítida impressão de que a revisão será empreendida apenas com o intuito de livrar do cárcere os empresários e políticos, dentre os quais um ex-Presidente da República, já condenados em Segundo Grau por corrupção e por lavagem de dinheiro na denominada “Operação Lava-Jato”.

Resta evidente que qualquer tentativa no sentido de ignorar-se a ideia de presunção de inocência do réu não encontrará o mínimo respaldo em qualquer democracia moderna, na qual os direitos individuais e as garantias venham constitucionalmente assegurados.

Não se sustenta, contudo, emprestar-se uma conotação quase absoluta a qualquer princípio constitucional, ignorando-se simplesmente a distorção ensejada pela sua aplicação sem quaisquer limites.

Cumpra destacar o ensinamento de Larentz, lembrado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do já mencionado *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, consoante o qual os tribunais “podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorreta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o fator temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correta agora não o seja”.

Buscando justificar, nos idos de 2009, a necessidade de mudança de Jurisprudência para então emprestar-se maior amplitude à ideia de presunção de inocência, esse mesmo integrante de nossa Corte Suprema justificou, à época, que a questão deveria ser abordada sob a perspectiva do fenômeno da mutação constitucional ou da evolução na interpretação da Constituição, na medida em que as normas nesta contidas deveriam ser compreendidas “supervenientemente”, com base em fatores temporalmente condicionados. O texto constitucional, segundo ele, uma vez “confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro”.

Não se pode perder de vista, contudo, que se o raciocínio serviu à época para emprestar maior alcance à ideia de presunção de inocência, não é menos válido

novamente considerá-lo diante da conjuntura que surgiu entre 2009 e 2016, marcada por uma eterna sucessão de recursos evidentemente protelatórios, interpostos normalmente apenas por aqueles que dispõem de recursos econômicos quase inesgotáveis, com a mais absurda distorção antidemocrática na aplicação de um princípio que deveria ser consectário natural da própria democracia.

A sociedade clama por uma solução para a corrupção, a impunidade, e para o aumento incessante da violência criminal que atingiu níveis tais que o próprio governo Federal se viu na contingência de decretar intervenção federal – ainda que limitada à Segurança Pública – em um dos mais importantes Estados da Federação, o Rio de Janeiro.

A interpretação que ora se endossa, no sentido de que o julgamento em Segundo Grau de Jurisdição enseja o trânsito em julgado do capítulo atinente à matéria probatória, busca exatamente solucionar o problema, sem que seja necessário passar por uma reforma constitucional, cuja aprovação ficaria na dependência de votos da classe política, muitos dos quais têm especial e particular interesse em que a sucessão de recursos processuais simplesmente não termine. Não se pretende, de modo algum, negar a ideia de presunção de inocência, mas apenas interpretá-la de modo a não minar a efetivação da Justiça pela ausência da mínima celeridade processual.

Por mais sedutora que possa parecer, em tese, a ideia de emprestar-se maior alcance à presunção de inocência, parece-nos que os poucos anos durante os quais perdurou esse entendimento, foram mais do que suficientes para demonstrar o surgimento de contrassensos e injustiças decorrentes de sua aplicação “sem limites”, pelo que o

simples retorno ao *status quo ante* não resolverá a questão. Ao contrário, com o intuito bem-intencionado de supostamente preservar-se uma conquista democrática, corre-se o risco de aumentar ainda mais a distorção acima apontada e de colocar-se em risco a própria democracia. Oxalá, os caminhos que venhamos a trilhar não ponham a perder as conquistas tão duramente conquistadas.

08. Referências Bibliográficas

ACOSTA. Walter P. *O Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora do autor. 1984.

BENTO DE FARIA, Antônio. *Código de Processo Penal*, v. 2, Rio de Janeiro: Record. 1960.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 68.726/DF. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira.

Tribunal Pleno. Votação Unânime. Brasília, 26 de junho de 1991. *Diário da Justiça*. 20 Nov. 1992. p. 21.612. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=&dataPublicacao=20/11/1992&incidente=1521108&capitulo=5&codigoMateria=1&numeroMateria=86&texto=253597>>. Acesso em: 19 Mar. 2018.

_____. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Impetrante/Paciente: Omar Coelho Vitor.

Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Maioria de votos. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. *Diário da Justiça eletrônico* n. 35. 26 Fev. 2010. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=608531>>. Acesso em: 19 Mar. 2018.

_____. *Recurso Extraordinário* nº 666.589/DF. Recorrente: Pebb Corretora de

Valores Ltda. Recorrido: Banco Central do Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, 25 de março de 2016. Ata nº 71/2016. *Diário da*

Justiça Eletrônico n. 106. 03 Jun. 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=6002684> >.

Acesso em: 19 Mar. 2018.

_____. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Impetrante: Maria Claudia de Seixas.

Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior

Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Maioria de votos.

Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Ata nº 71/2016. Diário da Justiça Eletrônico n. 100.

17 Maio 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309493860&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 19 Mar. 2018.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado,

v. 6. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961.

MARINUCCI, Elena, art. 277 - *Pronuncia sul merito in* COMOGLIO, Luigi Paolo;

CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLI, Romano. *Commentario del*

Codice di procedura civile. V. 3. T.2. Torino: UTET GIURIDICA, 2012

Rocco, Alfredo. *La Sentenza Civile*. Milano: Giuffrè, 1962.

INFLUÊNCIAS DAS DECISÕES
DO SISTEMA INTERAMERICANO
DE DIREITOS HUMANOS
(COMISSÃO E CORTE INTERAMERICANA)
NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL
RELATIVAMENTE AO DELITO DE REDUÇÃO
A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO
(ART. 149, CP)

Ulisses Augusto Pascolati Junior

ULISSES AUGUSTO PASCOLATI JUNIOR

Doutorando em Direito Penal pela USP

Mestre em Direito Penal pela PUC/SP

Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca - Espanha

Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura

Professor Universitário e da Escola Paulista da Magistratura

Juiz de Direito em São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Comissão Interamericana e Corte Interamericana. 2.1. Comissão Interamericana. 2.2. Corte Interamericana. 3. Sistemas Global e Regional de proteção contra a escravidão. 4. Processos contra o Brasil na Comissão e Corte Interamericana. 4.1. Caso José Pereira (solução amistosa n°. 11.289). 4.2. Caso Fazenda Brasil Verde (Processo 12.066). 5. A alteração do art. 149 do Código Penal e as tentativas de alteração (decorrente da solução amistosa 11.289). 6. Proibição do retrocesso. 7. A imprescritibilidade e a condenação decorrente do processo da Fazenda Brasil Verde. 7.1. Origem histórica da imprescritibilidade e posição atual. 8. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de analisar, ainda que de forma breve, os reflexos das decisões proferidas no âmbito da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o delito de redução a condição análoga à de escravo no ordenamento jurídico penal brasileiro. Não obstante o sistema americano de proteção aos direitos humanos (Comissão e Corte) tenha estabelecido, seja em virtude de acordo, seja por sentença, algumas obrigações ao Estado brasileiro, especificamente, serão tratados dois pontos de vital importância: a) a questão dos avanços obtidos no campo dos direitos humanos, tendo como objeto as alterações do próprio art. 149 do Código Penal produzidas pela Lei 10.803/03 e a proibição do retrocesso; e b) a questão da imprescritibilidade do crime do art. 149 do CP.

2. Comissão Interamericana e Corte Interamericana

Os direitos humanos são protegidos tanto de forma global quanto regional. Em termos globais a proteção é encontrada nos documentos internacionais produzidos no âmbito das Nações Unidas. Tratam-se dos pactos e convenções celebrados e ratificados por diversas nações de todos os continentes. Os direitos humanos também são protegidos em âmbito regional. É o chamado sistema de proteção regional. Atualmente são três os sistemas regionais de proteção:

Europeu, africano e interamericano.¹ Não obstante a importância dos sistemas europeu e africano, por óbvio, até por questão geográfica, nosso foco será o sistema interamericano² e os reflexos das decisões no ordenamento jurídico brasileiro.

Cada sistema regional possui um regime jurídico próprio instituído pelo respectivo instrumento internacional³. No que tange ao sistema interamericano, o instrumento jurídico regente é a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica de 22.11.1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que, por sua vez, prevê a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Saliente-se, por importante que é para a compreensão de todo o texto, que o Brasil, atualmente, reconhece e se *submete a jurisdição internacional* da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que fora feito por meio do Decreto nº. 4.463, de 8 de novembro de 2002.

2.1. Comissão Interamericana

¹ Há também o sistema Árabe que, todavia, ainda não foi oficializado.

² Não se descarta a possibilidade do diálogo entre Cortes, vale dizer, de um sistema se aproveitar de princípios e julgados de outro, sempre buscando a maior promoção e proteção dos direitos humanos – a norma mais favorável. “logo, os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional.” (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.330).

³ Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em sua estrutura, composição, funcionamento, competência, etc., está regulamentada na parte II, no capítulo VII da Convenção Americana; suas funções⁴ estão disciplinadas no art. 41 e, em resumo, cabe a Comissão promover a observância e a defesa dos direitos humanos (*art. 41, caput*).⁵

Relativamente ao escopo do presente trabalho, insta salientar que a Convenção Americana não permite que somente vítimas de violações de direitos humanos apresentem reclamações. Estas podem ser feitas, também, por grupos de pessoas ou entidades não governamentais, como foram os casos que serão tratados no presente trabalho (casos José Pereira e Fazenda Brasil Verde). Contudo, compete a Comissão, conforme art. 44, examinar estas as comunicações ou reclamações⁶.

A Comissão Interamericana exerce, na verdade, um juízo de admissibilidade da reclamação (petição) apresentada por qualquer um dos interessados (vítima, grupos individuais ou entidades não governamentais), desde que atenda a determinados requisitos de admissibilidade previstos no art. 46. Dentre estes requisitos, e o que nos interessa, está a determinação de ter havido prévio

⁴ Devido ao propósito do presente trabalho não serão analisadas todas as funções da Comissão Interamericana.

⁵ https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 24.02.2018, às 10h49mim).

⁶ Art. 44. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte. (https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 24.02.2018, às 10h50mim).

esgotamento dos recursos internos, salvo o caso de ocorrer demora processual injustificada ou a legislação nacional não prever o devido processo legal.

Assim, é importante – aos olhos da Convenção – dar aos Estados-partes a oportunidade de reparar eventual dano ao direito humano dentro de seu próprio ordenamento jurídico; somente este não ocorrendo é que se pode invocar sua responsabilidade internacional. Nos casos tratados neste trabalho, o Estado foi omissos pois não atuou – mesmo tendo ciência – nem preventiva e muito menos repressivamente já que os processos prescreveram e os responsáveis, como se verá, não sofreram qualquer punição.

O art. 48 prevê o processo na Comissão Interamericana. Recebida a reclamação e preenchidos os requisitos de admissibilidade, a Comissão pedirá informações ao governo do Estado-parte demandado. Com as informações, será analisada a existência e subsistência dos motivos narrados. Não os havendo, arquivar-se-á a reclamação. Havendo, a Comissão fará um exame da matéria podendo determinar investigações. A Comissão se empenhará em buscar uma *solução amistosa* entre as partes (exatamente como ocorreu no caso José Pereira). Havendo um consenso (acordo), será elaborado um informe que será transmitido às partes e aos Estados-partes. Não havendo consenso, a Comissão elaborará um relatório com recomendações ao Estado-parte que terá o prazo de 3 meses para a implementação. Neste prazo a Comissão, considerando que o

Estado não cumpriu suas recomendações, pode encaminhar o caso a Corte Interamericana⁷, como ocorreu no caso da Fazenda Brasil Verde.

2.2. Corte Interamericana

A Corte Interamericana de direitos humanos tem suas regras de composição, funcionamento, competência, função e processo no Capítulo VIII, arts. 52/59 da Convenção Americana. A Corte, como visto, não recebe reclamação individual ou mesmo de ONG. Somente Estados-partes ou a Comissão Interamericana podem acionar a jurisdição contenciosa da CIDH⁸. Especificamente a Comissão, esta, como aludido, exercerá juízo de admissibilidade e, em sendo este positivo, remeterá os autos a CIDH. Após procedimento de investigação e instrução processual, a CIDH, se o caso, condenará o Estado-parte a interromper o ato violador dos direitos humanos, executar medidas necessárias para que sejam respeitados os direitos humanos e determinará, ainda, uma justa indenização ao lesado⁹.

Este pequeno texto, tendo em vista sua finalidade, não é o local para abordarmos todas as questões envolvendo a execução da sentença da CIDH ou

⁷ Anote, nos termos do art. 61, que somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte Interamericana.

⁸ Saliente-se que a CIDH também possui função consultiva no que tange a interpretação e alcance dos direitos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

⁹ Note-se que a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado. (PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 348)

mesmo a necessidade de aprimoramento do sistema¹⁰. O fato é que o Estado-parte tem o dever de cumprir as imposições da CIDH, até porque se trata de uma sanção internacional de natureza política. Em se tratando de imposição de indenização não há dúvida quanto a execução interna seguindo as regras dispostas na legislação doméstica. Contudo, em se tratando da obrigação de alteração do ordenamento interno, ainda que não haja mecanismo de coerção judicial, o fato é que o inadimplemento do Estado pode e deve ser utilizado pela oposição no Congresso Nacional para forçar devida reforma na legislação¹¹, como é o caso da imprescritibilidade do crime do art. 149 do CP.

Não obstante não haja a previsão de suspensão ou exclusão do Estado-parte da Organização dos Estados Americanos – como propõe PIOVESAN – o art. 65 da Convenção Americana prevê que os Estados devem fazer o necessário e o

¹⁰ São várias as questões que devem ser abordadas no que tange ao cumprimento da sentença da CIDH, como, p. ex., necessidade ou não de homologação; a execução, quando a obrigação é de pagar indenização ou mesmo quando a execução é de obrigação de fazer consistente na alteração do ordenamento jurídico interno; as sanções em caso de inadimplemento do Estado-parte, etc. Neste ponto, vale a pena ver as propostas de sanção aos Estados-partes formuladas por PIOVESAN em especial o estabelecimento de suspensão ou exclusão do Estado-parte pela Assembleia Geral da OEA. Outras propostas em: PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 363/364.

¹¹ Em que pese a sensação de que os Estados-partes não cumpram as sentenças da CIDH, vale a observação de CANÇADO TRINDADE: “Por enquanto, o alentador índice de cumprimento —caso por caso— de todas as sentenças da Corte Interamericana até o presente se deve sobretudo à boa fé e lealdade processual com que neste particular os Estados demandados têm acatado as referidas sentenças, também contribuindo desse modo à consolidação do sistema regional de proteção.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. 3 v. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. v. II. p. 184.)

possível para cumprir as sentenças sob pena da inadimplência ser submetida a Assembleia da OEA¹².

No que se refere a sentença do caso Brasil Verde, o Brasil, dentre outras obrigações, foi compelido a alterar o ordenamento jurídico interno no que tange a imprescritibilidade do crime do art. 149 do CP, como abaixo se verá.

3. Sistemas Global e Regional de proteção contra a escravidão

A proibição do trabalho escravo ou da redução a condição análoga à de escravo é prevista tanto no sistema global quanto no regional de proteção dos direitos humanos. Em outras palavras, este direito absoluto (de não ser escravizado) encontra amparo em diversos instrumentos jurídicos internacionais, o que justificou, e justifica, uma política criminal criminalizadora internacional. Cumpre-nos agora, de modo apenas demonstrativo, elencar os instrumentos internacionais de proteção desta forma de ofensa a dignidade da pessoa humana.

Em âmbito global: a) Convenção de sobre a Escravatura da Sociedade das Nações (Convenção de Genebra sobre a escravatura) de 1926 (art. 1º); b)

¹² Art. 65. A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças. (https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 25.02.2018, às 10h25min).

Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho – OIT; c) Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 (art. IV); d) Convenção Suplementar de Genebra relativa à abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura de 1956; e) Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação – 182 da OIT; f) Estatuto de Roma que no art. 7º, 1, “c” prevê crime contra a humanidade; g) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 8º). Em âmbito Regional¹³ (interamericano): Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 6º).

Portanto, percebe-se a preocupação em nível mundial de se erradicar esta forma de violação da essência do ser humano e, não por outro motivo, é prevista em diversos instrumentos jurídicos o que justifica um diálogo entre sistemas de proteção, vale dizer, global e regional, buscando-se sempre a norma mais favorável e que mais proteja o indivíduo frente a violações de direitos fundamentais, notadamente de não ser submetido a escravidão ou a qualquer forma análoga.

¹³ Nos ateremos ao sistema de proteção interamericano, contudo, no âmbito europeu cite-se a Decisão Marco 2002/629/JAI.

4. Processos contra o Brasil na Comissão e Corte Interamericana

A escravidão no Brasil formalmente fora abolida em 1888 por meio da pena da Princesa Isabel, abolicionista convicta e filha de Dom Pedro II que, na oportunidade, assumira o trono do Império do Brasil eis que seu pai se encontrava ausente do reino. Contudo, esta forma de ofensa a dignidade da pessoa humana, ainda que não de maneira formal, tornou-se prática comum no território nacional, seja no meio rural ou mesmo urbano. Não por outro motivo, e considerando a ineficácia dos órgãos de prevenção e repressão do Estado, o Brasil foi, por duas oportunidades, demandado junto ao sistema interamericano de Direitos Humanos.

Na sequência, até para balizar as questões que serão abordadas, passaremos a fazer um resumo dos processos contra o Estado brasileiro e as decisões tomadas pelo órgão internacional e, o que nos interessa, os reflexos destas decisões no ordenamento jurídico interno.

4.1. Caso José Pereira (solução amistosa n.º 11.289)

Antes de abordarmos referido processo, cumpre-nos fazermos algumas observações. Até a década de 90 era posição oficial do Governo Brasileiro não reconhecer a prática da redução a condição análoga à de escravo. Apenas e

tão somente organizações da sociedade civil, como por exemplo a Pastoral da Terra, denunciavam tais práticas, mas nada de efetivo e eficaz era levado a cabo. Somente após alguns fatos serem levados ao conhecimento da Corte Interamericana é que o Estado passou a voltar os olhos para o problema envolvendo a redução a condição análoga à de escravo que, sem dúvida, é um dos piores ataques – senão o pior - à dignidade do ser humano. Não por outro motivo BOBBIO ressalta que o direito de não ser escravizado, verdadeiramente fundamental, tem natureza absoluta e não concorre com qualquer outro¹⁴.

José Pereira e Paraná, dois adolescentes, receberam falsas propostas de emprego para trabalharem na Fazenda Espírito Santo. Neste local, sob vigilância armada, eram mantidos em regime de trabalho forçado, sem liberdade para saírem da fazenda, em condições desumanas, juntamente com outros 60 trabalhadores. Num determinado dia, em 1989, ambos tentaram se evadir da Fazenda e foram perseguidos e alvejados. Paraná faleceu e José Pereira, fingindo-se de morto, conseguiu sobreviver. Em 16 de dezembro de

¹⁴ “Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem como relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos.” (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 21ª ed. São Paulo: Campus, 2004, p. 19).

1994, as organizações não governamentais Américas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram reclamação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em face do Estado brasileiro. Alegaram, em resumo, que o Brasil violou diversos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁵, na medida em que não implementou qualquer medida (preventiva ou repressiva) para reprimir tal prática. Alegaram, ainda, desinteresse do Estado no tocante à investigação e o processo penal, tanto do homicídio quanto do crime de redução a condição análoga à de Escravo.¹⁶

Referido processo não chegou a ser apreciado e julgado pela Corte Interamericana uma vez que, ainda no âmbito da Comissão Interamericana, as partes chegaram a um acordo.¹⁷ Neste acordo (solução amistosa) o Estado Brasileiro, reconhecendo sua responsabilidade internacional e a ineficácia dos órgãos de controle, comprometeu-se, além de reprimir o trabalho escravo a: i) indenizar as vítimas; ii) pugnar pela competência da Justiça Federal; iii) fortalecer o Ministério Público do Trabalho e os Grupos Móveis e Fiscalização;

¹⁵ As reclamantes alegaram que o Brasil violou os artigos: I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade pessoal), XIV (direito ao trabalho e a uma justa remuneração) e XXV (direito à proteção contra a detenção arbitrária) da Declaração Americana sobre Direitos e Obrigações do Homem; os artigos 6 (proibição de escravidão e servidão); 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção Judicial), cumulado com o artigo 1(1), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

¹⁶ Anote-se que a denúncia criminal contra o proprietário da fazenda e administrador é datada de 1998 e foi extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

¹⁷ Solução amistosa n°. 11.289.

iv) *implementar medidas de natureza preventiva com impacto no ordenamento jurídico.*¹⁸

O que nos interessa, posto que um dos objetos deste trabalho, é o item IV até porque acarretou profunda alteração do art. 149 do CP, como adiante se verá.

4.2. Caso Fazenda Brasil Verde (Processo 12.066)

Diferentemente da solução amistosa anterior perante a Comissão Interamericana, o Brasil desta vez foi demandado junto a Corte Interamericana e, ao final, condenado.

A Fazenda Brasil Verde, localizada no Estado do Pará, no final da década de 80 e ao longo da década de 90, foi objeto de fiscalizações com objetivo de identificar a prática do trabalho escravo. A partir de 1988 foram apresentadas várias reclamações tanto à Polícia Federal quanto ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) dando conta a existência de tal prática na Fazenda Brasil Verde. Em 1996 o Grupo Móvel de Fiscalização do Ministério do Trabalho fiscalizou a fazenda e identificou uma série de irregularidades. Após o relato de dois trabalhadores da Fazenda, o Grupo Móvel realizou nova fiscalização e identificou que os trabalhadores, além de serem ameaçados de

¹⁸ Como efeito concreto, a Lei 10.803 de 11.12.2003, alterou completamente a redação do art. 149 do CP.

morte, de serem proibidos de saírem da Fazenda, de serem escondidos quando das fiscalizações anteriores, não possuíam mínimas condições de saúde e higiene para desempenharem seus ofícios. Nesta oportunidade foram encontradas 81 pessoas em condições indignas de trabalho e sobrevivência.

Diante deste quadro o MPF (Ministério Público Federal) apresentou denúncia contra o “gato” ou contratista e o gerente da Fazenda, pelos delitos de redução a condição análoga à de escravo, atentado contra a liberdade de trabalho e aliciamento de trabalhadores; também apresentou denúncia contra o proprietário da Fazenda por frustrar direitos trabalhistas. Em 1999 o proprietário da Fazenda foi beneficiado com a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9099/95), sendo-lhe imposta uma obrigação de entrega de 6 cestas básicas a uma entidade de benemerência. Em relação aos outros denunciados, em 2001, a Justiça Federal declarou-se incompetente. Em 2004 a Justiça Estadual, da mesma forma, também se declarou incompetente. Em 2007 o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a competência era da Justiça Federal tendo em vista o delito do art. 149. Todavia, em 2008 a ação penal fora extinta pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.¹⁹

¹⁹ Anote-se que em 2000 outra fiscalização identificou a utilização de mão de obra escrava. Houve uma ação civil pública na qual o réu comprometeu-se a não mais utilizar esta prática e o feito foi arquivado. Resumo da sentença e processo na Corte Interamericana em: <http://www.mdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/resumo-oficial-emitted-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos>. Acesso em: 14.02.2018, às 18h53min.

Em virtude da reiteração da utilização de mão de obra escrava e tendo em conta o desenlace do processo penal (lembrando que o Brasil já havia reconhecido sua responsabilidade no caso anterior), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aceitou a denúncia contra o Brasil (2015) – juízo de admissibilidade positivo - e, após processo regular, em 20.10.2016 a Corte Interamericana proferiu sentença condenatória. Portanto, após o devido processo legal, a CIDH estabeleceu e ordenou ao Estado brasileiro: i) publicar a Sentença e seu resumo; ii) reiniciar, com a devida diligência, as investigações e/ou processos penais relacionados aos fatos constatados em março de 2000 para, em um prazo razoável, identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis, iii) *adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas, dentro de um prazo razoável a partir da notificação da presente Sentença* e iv) pagar os valores fixados na Sentença, a título de indenizações por dano imaterial e de reembolso de custas e gastos²⁰.

²⁰ <http://www.mdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/resumo-oficial-emitido-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos>. Acesso em: 08.02.2018, às 18:28.

5. A alteração do art. 149 do Código Penal e as tentativas de alteração (decorrente da solução amistosa 11.289)

Inicialmente, cumpre-nos salientar que a Escravidão, como regime jurídico, na qual a pessoa é tratada como objeto, propriedade, havendo sujeição absoluta de um ser humano por outro, foi abolida, como já referido, em 1888. O Código Penal de 1830, editado, ainda, quando em vigor o regime escravocrata brasileiro, previa como crime contra a liberdade individual (art. 179): “*Reduzir á escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade*”. *Penas - de prisão por tres a nove annos, e de multa correspondente á terça parte do tempo; nunca porém o tempo de prisão será menor, que o do captiveiro injusto, e mais uma terça parte.* O bem tutelado era, de fato, o *status libertatis* no sentido de que a pessoa, livre ou mesmo alforriada, não poderia ser reduzida à propriedade de outrem. Em outras palavras, a imposição de cativo injusto a pessoa livre era punida com pena privativa de liberdade. O Código Penal de 1890 – primeiro da república após a abolição da escravidão, passou ao largo do crime de plágio²¹. Neste ponto o legislador foi inteiramente alheio.

Contudo, o crime de plágio, na sua visão moderna, foi previsto no Código Penal de 1940 com *momen iuris* de “redução a condição análoga à de escravo”, com

²¹ Os práticos distinguem três espécies de plágio: o político (alistar pessoa no exército de outra nação), o literário (usurpação da obra de outrem) e o civil (o apossamento de homem livre ou servo, com ânimo de lucro). (NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971, vol. 2º, p. 163.)

a seguinte redação: *art. 149 – Reduzir alguém a condição análoga à de escravo: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.* A liberdade formal, como direito individual (*status* jurídico), permanece inalterada. Contudo, o que pretendeu o legislador punir foi a sujeição fática de uma pessoa a outra, protegendo o *status libertatis*. Não se trata da sujeição absoluta com a redução a escravidão (regime abolido), mas sim a punição do indivíduo que impõe a outro um estado de passividade semelhante, com dizia HUNGRIA a do “antigo cativo”²².

Antes da reforma operada pela Lei 10.803 de 11.12.2003, em decorrência da solução amistosa 11.289, não havia dúvida de que o bem jurídico protegido pelo art. 149 era somente o *status libertatis*, tanto que MAGALHÃES NORONHA tratava o crime do art. 149 do CP juntamente com o delito de sequestro e cárcere privado pois via afinidades entre tais comportamentos na medida em que, se não houvesse a imposição de trabalhos forçados, estar-se-ia diante da figura do sequestro de pessoas.²³ Compreende-se o tratamento dispensado por MAGALHÃES NORONHA na medida em que enxergava o delito de plágio como ofensivo a liberdade individual. O que, portanto, diferenciava o crime de redução a condição análoga à de escravo (plágio) de

²² O crime de que ora se trata (art. 149) é a completa sujeição de uma pessoa ao poder de outra. Protege a lei penal, aqui, o *status libertatis*, ou, seja, a liberdade no conjunto de suas manifestações. Refere-se o texto legal à *condição análoga à de escravo*, deixando bem claro que não se cogita de redução à escravidão, que é um conceito jurídico, isto é, pressupondo a possibilidade legal do domínio de um homem sobre outro. O *status libertatis*, como estado de direito, permanece inalterado, mas, de fato, é suprimido. Entre o agente e o sujeito passivo se estabelece uma relação tal, que o primeiro se apodera totalmente da liberdade pessoal do segundo, ficando este reduzido, de fato, a um estado de passividade idêntica à do antigo cativo.” (HUNGRIA, Nelson. Comentários do Código Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 191).

²³ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit. p. 163. Na mesma linha: FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições e direito penal. Parte especial. São Paulo: José Bushatsky editor, 1958, vol. 1, p. 149.

outros delitos, como o sequestro ou cárcere privado era, na verdade, a finalidade da conduta.

O delito do art. 149 era de difícil aplicação na medida em que, na redação original, não havia uma mínima descrição de qual seria a redução análoga a de escravo²⁴. Em outras palavras, a aplicação ou não ficava ao critério do intérprete eis que o tipo não indicava se haveria necessidade de restrição da liberdade ambulatoria, em qualquer de suas formas, bem como não fazia referência às condições de trabalho, ou mesmo de que maneira seria típica a sujeição da vítima à posse ou dominação de terceiros pessoas. Tinha-se, assim, um tipo aberto²⁵ e, por assim ser, em atenção ao princípio da taxatividade penal, inaplicável.

O Direito Penal, visto como o instrumento mais contundente contra o indivíduo, eis que busca, em última análise, a restrição da liberdade deste, somente deve ser utilizado se observadas determinadas garantias – este, aliás, foi um dos avanços desde os tempos de Beccaria. Nesse sentido, a inaplicabilidade do

²⁴ Com a expressão condição análoga à de escravo, o nosso Código alargou o alcance do tipo, a fim de abranger toda e qualquer situação em que se estabeleça praticamente a sujeição da vítima à posse e dominação de outrem, fugindo à especificação de hipóteses como em outros códigos. (BRUNO, Anibal. Direito penal. 1º ed. São Paulo: Forense, 1966, p. 382.

²⁵ A situação, no entanto, mostrava-se por demais aberta, chegando-se a afirmar que ‘os meios de que venha o agente a utilizar-se, para realização do tipo, são indiferentes’. Essa definição absolutamente vaga, era também encontrada em outras legislações dos fins do século XIX e início do século XX, sendo que, sob uma perspectiva da *mens legislatoris*, seria de se imaginar que qualquer afetação do estado e condição de um indivíduo sobre o qual se exercem as atribuições do direito de propriedade ou qualquer delas, consoante acordos internacionais de então, bastaria para configurar o delito. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Dimensão penal do trabalho escravo: proteção integral ou evidência de insegurança jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, GOMES, Mariangela Gama de Magalhães (coord). Estudos em homenagem a Ivete Senise Ferreira. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 443).

dispositivo se dava justamente porque feria de morte a legalidade penal; além disso, o Estado brasileiro não tinha interesse em reprimir tal prática posto que a repressão não se coadunava com os interesses da elite agrária. Por outro lado, a não aplicação do dispositivo na ideia de proteção de direito individual do acusado deixava a descoberto não apenas a vítima, mas sim uma das mais graves ofensas ao ser humano que é sua redução a condição semelhante à de um escravo.

Diante da inaplicabilidade do dispositivo e considerando a ineficácia dos órgãos de controle, tanto do ponto de vista preventivo como repressivo, o Brasil foi demandado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, como consequência, sobreveio o acordo (solução amistosa nº. 11.289). Um dos efeitos práticos decorrentes, como acima visto, foi a assunção pelo Estado brasileiro da obrigação de alteração da redação do art. 149 do CP para, antes de mais nada, aumentar seu espectro de proteção na medida em que, devido a inaplicabilidade do dispositivo anterior, situações de ofensa à dignidade do ser humano não estavam abarcadas pelo delito na sua forma original. Não podemos nos esquecer, como já antevisto por BOBBIO (nota de rodapé supra) que o direito de não ser escravizado é de natureza absoluta e, portanto, não concorre com qualquer outro, possuindo como característica, assim, primazia quando da consideração interpretativa da lei penal. Nesse sentido, e especificamente em se tratando da ofensa ao sentido de pessoa humana, o

Direito Penal deve ser visto menos em sua função de garantia e mais na função regulatória de superação de fragilidades dos direitos humanos. Pontualmente, em se tratando do art. 149, o Direito Penal deve ser entendido como mecanismo de superação de déficit democrático existente na sociedade uma vez que, a favor de uma egoística acumulação de capital²⁶, determinados indivíduos têm anulada sua autodeterminação, sendo reduzidos em sua subjetividade praticamente a uma coisa. Logo o Direito Penal funciona, aqui, como reforço e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, operando como forma de reequilíbrio das relações interpessoais relativamente ao crime do art. 149 do CP.

Logo, como efeito concreto do acordo junto a CIDH foi editada a Lei 10.803 de 11.12.2003 cuja redação é a seguinte: *Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do*

²⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. Tutela penal das liberdades pessoais: O tipo penal de redução a condição análoga à de escravo no Brasil. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, SOUZA, Luciano Anderson de (coord). Direito Penal na Pós-Modernidade. Escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 162. Interessante a observação, ainda, de SAAD-DINIZ: "A necessidade de intervenção penal não pode simplesmente desconsiderar este déficit democrático, é preciso repensar alguns conceitos da tradição europeia continental transplantado ao ordenamento jurídico-penal brasileiro".

trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

O legislador redesenhou o tipo penal com a finalidade, como já dito, de aumentar o espectro de proteção. Anote-se que a alteração levada a efeito decorre, inclusive, de uma política criminal internacional criminalizadora quando se trata de ofensas desta magnitude. Destarte, criaram-se núcleos de incidência da norma penal estabelecendo-se condutas vinculadas. Portanto, considera-se redução a condição análoga à de escravo quando: a) a vítima é submetida a trabalhos forçados; b) à jornada exaustiva; c) a condições degradantes de trabalho; d) ou tenha, por qualquer meio, restringida sua capacidade de locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Também previu o legislador outras situações igualmente caracterizadoras de situação análoga à de escravo: i) a vítima tem cerceado o uso de meio de transporte com a finalidade de mantê-la no local de trabalho; ii) vítima mantida sob vigilância ostensiva no local de trabalho; iii) documentos ou objetos pessoais do trabalhador permanecem em poder do preposto ou empregador com a finalidade de retenção da vítima no local de trabalho.

Assim, a conduta típica consiste em reduzir alguém a condição semelhante à de um escravo, colocando o indivíduo sob a completa sujeição de outrem, não apenas suprimindo seu direito ambulatorio, mas também colocando-o em situação degradante de trabalho de forma que destrua sua própria dignidade, sua autodeterminação.

Não há dúvida do caráter penal das condutas que indicam – na redação do dispositivo – qualquer retenção da liberdade em qualquer de suas formas. O problema que surge, agora, é atinente “condições degradantes de trabalho”. A crítica restringe-se ao argumento de que estaria sendo criminalizada a precarização das condições de trabalho e que deixar a interpretação deste elemento normativo ao intérprete da lei (Juiz) poderia acarretar situações de injustiça na medida em que a não observância de algum direito trabalhista seria suficiente para a incidência da norma penal. Por tal motivo, diante desta alteração, algumas propostas legislativas tramitam no Congresso Nacional, especialmente na Câmara dos Deputados²⁷, visando dar novo conceito do tipo

²⁷ PL 97/2015 – Câmara dos Deputados. Dep. Alceu Moreira: Art. 149. - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou obrigatório, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou obrigatórios mediante ameaça, coação ou violência, quer restringindo a sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – dolosamente cerceia o uso de qualquer meio de transporte ao trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva, com comprovado fim de reter o trabalhador no local de trabalho. PL 2464/2015 – Câmara dos Deputados. Dep. DILCEU SPERAFICO: O “caput”, do artigo 149, do Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente. PL 3842/2012 – Câmara dos Deputados. Dep. MOREIRA MENDES: Art. 149. - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou obrigatório, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou obrigatórios

penal “redução a condição análoga á de escravo” e, com isto, reduzir o espectro de alcance do tipo penal, notadamente a segunda parte do caput do art. 149 (“condições degradantes de trabalho”).

Cumpre-nos salientar que, contrariamente a redação original do tipo do art. 149, o tipo agora não visa proteger apenas e tão somente o *status libertatis*; este continua protegido em sua integralidade, mas agora protege-se também a dignidade da pessoa humana²⁸. A norma penal, em que pese estar situada nos

mediante ameaça, coação ou violência, quer restringindo a sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – dolosamente cerceia o uso de qualquer meio de transporte ao trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva, com comprovado fim de reter o trabalhador no local de trabalho. PL 4017/2012 – Câmara dos Deputados. Dep. ARNALDO JORDY: “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, assim entendido o estado da pessoa sobre a qual se exerce, total ou parcialmente, predicados inerentes ao direito de propriedade ou poderes que a subalternem de modo indigno, notadamente: I – a submissão a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva; II – a submissão a condições degradantes de trabalho como: a) inexistência de acomodações indevassáveis para homens, mulheres e crianças; b) inexistência de instalações sanitárias adequadas, com precárias condições de saúde e higiene; c) falta de água potável; d) alimentação parca; e) ausência de equipamentos de proteção individual ou coletiva e o meio ambiente de trabalho nocivo ou agressivo; III – a restrição, por qualquer meio, da locomoção em razão de dívida contraída com o empregador, o tomador de serviços ou seus prepostos; IV – o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; V – a vigilância ostensiva no local de trabalho ou posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; VI – a inadimplência contumaz de salários associada à falta de registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social e a toda forma de coação física ou moral; VII – o aliciamento para o trabalho associado à locomoção de uma localidade para outra do território nacional, ou para o exterior, ou do exterior para o território nacional; VIII – o cerceamento da liberdade ambulatoria; IX – qualquer outro modo violento, degradante ou fraudulento de sujeição pessoal na forma do caput. Pena – reclusão, de três a quinze anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (NR). § 1º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos; (NR) III - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. § 2º Se o criminoso é primário, e se forem de reduzida extensão, quantitativa e qualitativamente, as lesões aos direitos sociais fundamentais das vítimas, o juiz poderá diminuir a pena de um a dois terços. (NR) § 3º Transitada em julgado a sentença penal condenatória, poderão promover-lhe a execução, na Justiça do Trabalho, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros, nos termos do caput dos artigos 63 e 64 do Código de Processo Penal. (NR) § 4º - A execução de que trata o parágrafo 3º poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 do Código de Processo Penal sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”. (NR) (<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>: Acesso em 14.02.2018, às 19h24min).

²⁸ Interessante notar que ANIBAL BRUNO, não obstante tratar o crime do art. 149 como lesivo ao direito de liberdade, já dizia ser esta conduta ofensiva à própria dignidade do ser humano. “O fato não suprime determinado aspecto da liberdade. Atinge esse bem jurídico integralmente, destruindo o pressuposto da própria dignidade do homem, que se opõe a que ele se veja sujeito ao poder incontrastável de outro homem, e, enfim anulando a sua personalidade e reduzindo-o praticamente à

crimes contra a liberdade individual, apresenta, agora, um caráter bifronte²⁹, vale dizer, protege o ser humano tanto no aspecto de sua liberdade material (de fato)³⁰ quanto no aspecto da garantia de observância dos valores éticos-sociais necessários para que o ser humano seja visto como pessoa e não como mera coisa³¹. A proteção revela-se na garantia de que ao empregado serão assegurados o mínimo necessário de higiene, segurança moradia ou alimentação para que possa desempenhar seu ofício.

Atualmente, a crítica de que o legislador estaria, agora, punindo a simples inobservância de direitos trabalhistas revela-se infundada na medida em que, e é a melhor interpretação do dispositivo, a relevância penal não está somente no fato de desrespeito a direitos trabalhistas, mas também no cerceamento, por qualquer forma, do direito de ambulatorio, na imposição de trabalhos forçados ou jornada exaustiva. Logo, além da inobservância do mínimo necessário para o

condição de coisa, como do escravo romano se dizia nos antigos textos. (BRUNO, Anibal. Op. cit., p. 381.). Para SILVEIRA: "Em sendo, de fato, a proteção vista no art. 149 uma real comunhão da noção primeva de liberdade com a configuração da dignidade da pessoa humana do trabalhador, deve ter por basilar a distinção de que somente ataques mais incisivos à tal esfera de dignidade poderia implicar em crime. Recorde-se que a noção de redução à condição análoga à de escravo importa na anulação completa da personalidade, na transformação do homem em coisa. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 451).

²⁹ "Já se viu que o bem jurídico do art. 149 do Código Penal, em sua nova redação não mais se basta com a percepção de ataque à liberdade individual do trabalhador. Também é necessário um ataque à dignidade da pessoa humana. Isso, não implica que seja somente tal dignidade o objeto de proteção, pois o grau de abstração também seria por demais sentido. Há, sim, um caráter bifronte." (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit. p. 458).

³⁰ Já que a liberdade formal é garantida pelo próprio ordenamento jurídico, notadamente como direito fundamental (art. 5º, CF/88).

³¹ "O bem jurídico protegido, neste tipo penal, é a liberdade individual, isto é, o *status libertatis*, assegurado pela Carta Magna brasileira. Na verdade, protege-se aqui a liberdade sob o aspecto ético-social, a própria dignidade do indivíduo, também igualmente elevada ao nível de dogma constitucional. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo fere, acima de tudo, o princípio da dignidade humana, despojando-o de todos os seus valores éticos-sociais, transformando-o em res, no sentido concebidos pelos romanos. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte especial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 2, p. 381)

desenvolvimento das atividades laborais de forma digna, esta conduta do empregador ou preposto deve vir acompanhada de qualquer outra conduta típica de indique restrição da liberdade (p.ex. limitação do uso de transporte ou retenção de documentos como forma de permanecer diuturnamente no local de trabalho ou mesmo vigilância armada). Nesse sentido, não se trata de punir a simples precarização das condições de trabalho, mas sim punir a existência de condições degradantes de trabalho que acarretem a anulação do sentido de pessoa que o sujeito tem de si próprio, acompanhado de alguma forma de restrição da liberdade³².

Portanto, qualquer reforma do art. 149 com a finalidade de supressão deste elemento normativo (“condições degradantes de trabalho”) revela-se inconstitucional. Em outras palavras, a diminuição do espectro de proteção do tipo penal é atentatória a própria dignidade da pessoa humana, vetor de interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro conforme prescreve a própria Constituição Federal no art. 1º, inc. III.

³² O próprio STF vem interpretando o dispositivo no sentido de que não são meras violações à legislação trabalhista que tipificam o delito, sendo necessário também que estas violações sejam graves, persistentes e que cheguem a afetar a livre determinação da vítima. Nesse sentido posição da Min. Rosa Weber: “Por óbvio, nem toda violação dos direitos trabalhistas configura trabalho escravo. Contudo, se a afronta aos direitos assegurados pela legislação regente do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois conferido aos trabalhadores tratamento análogo ao de escravos, com a privação de sua liberdade e, sobretudo, de sua dignidade, mesmo na ausência de coação direta contra a liberdade de ir e vir.” (STF, RE 459510/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26.11.2015).

6. Proibição do retrocesso

O direito nacional não pode mais ser visto e estudado de forma hermética, fechada, como um fim em si mesmo. O direito interno, incluindo leis e a Constituição Federal, deve ser analisado de forma interdisciplinar, vale dizer, juntamente com os documentos jurídicos produzidos internacionalmente. Nesse sentido, tanto o direito interno quanto o internacional deve ser guiado pelo princípio *pro persona*, buscando sempre a efetividade e preservação dos direitos humanos. Dito de outra forma, num sistema jurídico de proteção multinível, no qual a proteção vai desde a lei ordinária até os pactos internacionais, deve sempre prevalecer a norma mais favorável e de maior proteção dos direitos humanos. Assim, um direito humano alcançado – concretizado - não pode ser suprimido. Ou ainda, um direito fundamental implementado, ainda que por outra ordem jurídica – como a internacional – não pode ser eliminado ou diminuído. De forma resumida: direito humano implementado não pode retroceder.

Os direitos humanos caracterizam-se, assim, por aquilo que a doutrina cunhou de proibição do retrocesso ou *efeito cliquet* que consiste no princípio do não

retorno da concretização de um direito humano alcançado/implementado. Em outras palavras, protegido pela ordem jurídica nacional ou internacional³³.

No que tange ao delito de redução a condição análoga à de escravo, não há dúvidas de que a alteração implementada no art. 149 do CP pela Lei 10.803 de 11.12.2003 foi um avanço no que tange a proteção dos direitos humanos. Esta lei aumentou o alcance de proteção penal na medida em que passou a proteger, de modo expresso, além da liberdade a própria dignidade da vítima submetida ao poder de fato de terceiro quando tornou típica a submissão a “condições degradantes de trabalho”. O “novo” art. 149 tornou mais efetiva a proteção desse *direito absoluto* da pessoa humana, qual seja, de não ser escravizado ou submetido a qualquer forma análoga (semelhante) à escravidão.

Destarte, a implementação desta nova proteção – já concretizada – não pode ser suprimida tal como almejam os projetos de lei acima mencionados. Estas alterações buscadas pelos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional representam uma diminuição da proteção dos direitos humanos e, portanto, uma clara violação a proibição do retrocesso.

³³ “Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição do retrocesso, também chamada de ‘efeito clique’ ou princípio do não retorno da concretização, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramentos e acréscimos. Outra expressão utilizada pela doutrina é o *entrenchment* ou entrincheiramento, que consiste na preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais, impedindo o retrocesso, que poderia ser realizado pela supressão normativa ou ainda pelo amesquinamento ou diminuição de suas prestações à coletividade”. (RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96)

Anote-se que o princípio da proibição do retrocesso deve ser extraído dos postulados já insculpidos na Constituição Federal. Trata-se de princípio implícito decorrente do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §1º), proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, *caput*, e ainda art. 5º, XXXVI), cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV)³⁴. Logo, qualquer supressão implementada no art. 149, CP, visando diminuir o espectro de proteção da vítima, revela-se inconstitucional. Ainda que se argumente que o elemento normativo “condições degradantes de trabalho” fira o princípio da legalidade – também direito fundamental, não nos esqueçamos que o direito de não ser reduzido à escravidão é de natureza absoluta, não concorrendo com qualquer outro. E mais, a criminalização desta conduta deve vir sempre acompanhada de qualquer forma de restrição da liberdade da vítima exigida pelo mesmo tipo penal. Portanto, não há razão jurídico-penal para alteração redutora do tipo penal e, caso haja, a alteração será inconstitucional.

³⁴ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. p. 97.

7. A imprescritibilidade e a condenação decorrente do processo da Fazenda Brasil Verde

Como dito alhures, uma das imposições decorrentes da sentença condenatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Fazenda Brasil Verde foi tornar o crime de redução a condição análoga à de escravo, previsto no art. 149 do CP, imprescritível uma vez que se trata de grave violação aos direitos humanos, verdadeiro crime contra a humanidade.

Em virtude desta condenação, tramita no Senado Federal Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº. 14/2017), da relatoria atual do senador Ralfolfe Rodrigues, objetivando incluir o inciso LXXIX, no art. 5º, sob a seguinte redação: *LXXIX – a submissão de pessoa a condição análoga à escravidão constitui crime imprescritível, sujeito a reclusão, nos termos da lei*³⁵.

A questão a ser analisada é se é possível aumentar o rol dos crimes imprescritíveis previsto no art. 5º da CF/88.

7.1. Origem histórica da imprescritibilidade e posição atual

³⁵ <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5217075&disposition=inline>. Acesso em: 21.02.2018, às 19h35min.

Não existindo mais a vingança privada, o Estado tomou para si o monopólio do direito de punir. No exato momento em que uma conduta penal é praticada, nasce para o Estado o direito do exercício do *ius puniendi*. Contudo, o Estado – que tem o poder-dever de punir, deve exercê-lo sob determinadas regras e durante um determinado período de tempo. Não pode o Estado, salvo determinadas hipóteses, permanecer *ad eternum* na iminência ou não do exercício deste poder. A prescrição, portanto, põe fim a ação penal ou mesmo à pena pelo transcurso do tempo. Visa, dentre outros objetivos, não prolongar o “constrangimento ao criminoso, por delito cuja repercussão social vai exatamente diminuindo, pelo esquecimento em que o envolve o tempo transcorrido”.³⁶ A regra, portanto, no direito brasileiro é a prescritibilidade, sendo a imprescritibilidade a exceção³⁷.

Os romanos não conheciam a prescrição da pena. Apenas na época imperial adotaram a prescrição da ação, mesmo assim restrita a alguns crimes. No direito romano havia alguns crimes prescritíveis e outros imprescritíveis. Primeiramente, o prazo de prescrição para delitos como adultério, estupro e lenocínio previstos na *lex-Julia de adulteriis* foi de 5 anos e este tempo teve como parâmetro as “festas lustrais”, que eram festas quinquenais da lustração

³⁶ CARVALHO FILHO, Aloysio de. Comentários ao Código Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, Vol. IV, p. 197.

³⁷ Interessante passagem de BASILEU GARCIA sobre a prescrição e a passagem do tempo: “Tudo passa, um dia. Há de passar, também, e ser esquecida, a ameaça do Estado de apanhar o delinquente. Nem o ódio dos homens costuma ser invariavelmente implacável e irreduzível”. (in, Instituições de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, vol. I, tomo II, p. 787.)

destinadas a lavar as culpas religiosas. Logo, como a prescrição era baseada na ideia de perdão, o período serviria para expiar a culpa criminal. Na sequência, a prescrição, ressaltando os delitos anteriores e incluindo o peculato, passou a ter prazo de 20 anos. Os romanos, considerando a gravidade do parricídio, a influência do cristianismo nos delitos de apostasia e a imprescritibilidade do estado das pessoas no parto suposto, tornou estas condutas, cada qual com seu respectivo argumento, também imprescritíveis.³⁸

No Brasil o Código Penal de 1830, em seu art. 65, era expresso no sentido da imprescritibilidade das penas³⁹. A prescrição da ação penal era prevista no Código de Processo Penal de 29 de novembro de 1832 e levava e conta ser o delito afiançável ou não e se o agente estaria ou não presente na jurisdição criminal. Logo, não corria a prescrição para os crimes inafiançáveis cujo agente estivesse ausente, nem para os delitos afiançáveis quando o sujeito estivesse ausente e em lugar não sabido ou no estrangeiro⁴⁰. Nas legislações seguintes – Lei 261 de 3.12.1841 e Reg. Nº 120 de 31.01.1842 - os mesmos critérios do Código de Processo de 1832 orientaram o legislador⁴¹, inclusive, no que nos

³⁸ CARVALHO FILHO, Aloysio de. Op. cit. p. 209/210.

³⁹ As penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum.

⁴⁰ Art. 54. Os delictos, e contravenções, que os Juizes do Paz decidem definitivamente, prescrevem por um anno, estando o delinquente presente sem interrupção no Districto, e por tres annos, estando ausente em lugar sabido. Art. 55. Os delictos, em que tem lugar a fiança, prescrevem por seis annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo, e por dez annos, estando ausente em lugar sabido, com tanto que seja dentro do Imperio. Art. 56. Os delictos, que não admittem fiança, só prescrevem por dez annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo. (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em 15.02.2018, às 12h59mim).

⁴¹ O mesmo pensamento em relação aos fundamentos da prescrição teria inspirado as normas seguintes sobre o instituto, constantes da Lei nº. 261, de 3 de dezembro de 1941, e do reg. Nº 120, de 31 de janeiro de 1842. Perduram,

interessa, as hipóteses de imprescritibilidade (delitos inafiançáveis quando os réus estivessem ausentes – fora do império – ou dentro em lugar não sabido). Assim, o que sobreleva notar era que a imprescritibilidade de determinadas condutas estava atrelada ao instituto processual da fiança. Nesse sentido, quisesse o legislador transformar em imprescritível determinada ação penal, bastava alterar o instituto tornando determinado crime inafiançável e o agente se encontrar ou não no local da jurisdição criminal. A prescrição, na ordem jurídica brasileira, assim permaneceu até a edição do Dec. 774 de 20.09.1890 editado pelo governo provisório (período republicano) que inaugurou a prescrição da condenação⁴².

O Código Penal do período republicano – 1890, por sua vez, de modo pioneiro previu a prescrição da ação e da condenação regidas pelos mesmos prazos. Conservou o prazo máximo de prescrição em 20 anos – que se mantem até os dias atuais – e omitiu o critério de presença ou não do sujeito no território

efetivamente, os requisitos da presença ou ausência do criminoso, predominando, até, sobre o critério da afiançabilidade ou inafiançabilidade dos delitos, por isso que o prazo da prescrição, agora, é um só, - de 20 anos, - seja afiançável ou inafiançável o crime. O que impressiona o legislador é, sobretudo, a maior ou menor facilidade na punição do agente, dada a sua presença, ou ausência do lugar do processo. Descansa a prescrição pois, na presumida negligência do poder público. (CARVALHO FILHO, Aloysio de. Op. cit., p. 214)

⁴² Art. 4º A pena prescreve, não tendo entrado em execução: I. Si o réo estiver ausente no estrangeiro, pelo lapso de 30, 20 ou 10 annos, applicando-se a prescripção tritennaria á condemnação por 20 ou mais annos, a vicennial, á de menos de 20 até seis, a decennial, á de menos de seis annos. II Si o réo estiver dentro do territorio brasileiro, pelo lapso de 20, 10 ou cinco annos, applicando-se a vicennial á condemnação de seis ou mais annos, a decennial á de menos de seis até dous, a quinquennial á de menos de dous annos. Art. 5º A prescripção da condemnação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença, ou daquelle em que fôr interrompida, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condemnado. Paragrapho unico. Si o condemnado em cumprimento de pena evadir-se, a prescripção começará a correr novamente do dia da evasão. (<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15.02.2018, às 13h24min). A título de curiosidade história este decreto aboliu as penas degradantes e desumanas e instituiu o limite de 30 anos de cumprimento de pena. Da mesma forma, previu o instituto da detração penal, devendo o tempo de prisão preventiva ser computado no tempo da condenação final.

nacional⁴³. Estabeleceu como imprescritível o crime de lenocínio e legislações posteriores transformariam em imprescritíveis o crime de moeda falsa e crimes políticos⁴⁴. O Código Penal de 1940, por sua vez, mesmo após a reforma em 1984, regulou os prazos de prescrição tanto da ação quanto da condenação, estabeleceu lapsos temporais, causas interruptivas e suspensivas, etc., mas não fixou condutas imprescritíveis, já que a imprescritibilidade ficou a cargo do legislador constituinte de 1988.

Impende salientar que nenhuma Constituição do Brasil (1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967) previu qualquer crime ou conduta imprescritível. Esta técnica legislativa fora utilizada pelo Constituinte de 1988 que, no título destinado aos direitos e garantias fundamentais, especificamente no capítulo alusivo dos direitos e deveres individuais e coletivos, estabeleceu dois crimes de natureza imprescritível, quais sejam: racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático⁴⁵.

⁴³ CARVALHO FILHO, Aloysio de. Op. cit., p. 216.

⁴⁴ Esclarecendo sobre o critério de permanência ou não no território nacional, CARVALHO FILHO, afirma que “esse critério voltaria, porém, à legislação, oito anos depois, por via da lei n.º 515, de 32 de novembro de 1898, estabelecendo, no art. 14, a não prescrição do crime de moeda falsa, quando o réu domiciliado ou homiziado no estrangeiro, princípio que o dec. n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, repetiria no art. 53, e o dec. n.º 4861, de 29 de setembro de 1924, estenderia, pelo art. 3º, aos crimes políticos definidos nos art. 107 a 118 do Código. (CARVALHO FILHO, Aloysio de. Op. cit., p. 216.).

⁴⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15.02.2018, às 19h18min).

Agora, em virtude da condenação do Brasil pela CIDH no caso da Fazenda Brasil Verde, o órgão internacional impôs a obrigação de se estabelecer a imprescritibilidade do crime de redução a condição análoga à de escravo.

O legislador constituinte de 1988, no capítulo dos direitos fundamentais, como salientado, estabeleceu a imprescritibilidade apenas para dois delitos: racismo e ação de grupos armados contra o Estado de Direito. Assim o fez porque a prescritibilidade – que é a regra geral – é direito fundamental posto que orienta, no tempo, o exercício do direito de punir por parte do Estado.

A dúvida que permanece é: tendo em vista que a prescritibilidade é um direito fundamental, pode o legislador Constituinte Derivado reformador aumentar o rol dos crimes imprescritíveis? Pode o legislador Constitucional aumentar o poder de punir do Estado criando nova forma de imprescritibilidade? De outra maneira, o rol dos crimes imprescritíveis é taxativo ou exemplificativo?

Em primeiro lugar, cumpre-nos asseverar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o tema afirmando que o rol é exemplificativo e, ademais, não é proibido ao legislador criar novas hipóteses de imprescritibilidade⁴⁶.

⁴⁶ O STF, julgando demanda que questionava o art. 366 do CPP, notadamente a suspensão da prescrição por prazo indeterminado quando o réu não é localizado, assentou: “1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLIII e XLIV, a

Não há dúvidas de que a prescritibilidade é um direito fundamental limitador do Poder de Punir do Estado. Contudo, não concordamos com o argumento de que outra forma de prescrição, especificamente o crime do art. 149 do CP, seria inconstitucional por violação ao art. 60, parágrafo único, IV da CF (cláusulas pétreas)

Em primeiro lugar, como visto acima, o direito de não ser escravizado é de natureza absoluta não concorrendo com qualquer outro.

Em segundo lugar, conforme visto alhures, a proibição da escravidão é prevista em diversos tratados e convenções, seja em âmbito global quanto regional, documentos estes internacionais que o Brasil ratificou e promulgou, fazendo, portanto, parte da legislação interna. Trata-se, destarte, esta proibição, de norma imperativa de direito internacional (*ius cogens*) de observância obrigatória pelos Estados Nacionais. Além disso, cite-se que o Brasil, por meio do Decreto n.º. 4.388 de 25.09.2002 promulgou o Estatuto de Roma o qual traz as disposições atinentes ao Tribunal Penal Internacional. O TPI, consoante art. 5º, é competente para julgar os mais atrozes crimes contra a dignidade da pessoa humana, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. O art. 7º, por outro lado, estabelece os crimes

excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses". (STF, RE 460.971, j. 13.02.2007, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

contra a humanidade e, dentre eles, na alínea “c” prevê a “escravidão”⁴⁷. Por fim, no art. 29 assevera que os crimes da competência do TPI não prescrevem. Logo, o Brasil aceitando a jurisdição do TPI aceitou, também, a imprescritibilidade do delito de escravidão. Ademais, a única forma de compatibilizar e harmonizar o direito interno com o direito internacional, no que tange ao art. 149, é torna-lo imprescritível, como quer a Proposta de Emenda Constitucional nº. 14/2017.

As hipóteses de imprescritibilidade, sejam instituídas por lei ou agora pela Constituição, são (e sempre foram) fruto de opção político-criminal do Legislador, seja a favor do acusado ou da própria sociedade. Assim, a imprescritibilidade (exceção e não regra) fundamenta-se na opção política que reconhece em algumas condutas especial gravidade, como racismo e ação de grupos armados contra o Estado de Direito. Neste sentido, entendemos que a melhor interpretação se restringe ao fato de que a prescrição é, realmente, direito fundamental implícito; contudo, o legislador Constituinte Originário, na oportunidade, estabeleceu situações mínimas que seriam tratadas como exceções, não proibindo que outras condutas, notadamente afrontosas a direitos

⁴⁷ Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, 1998, artigo 7.1: “Crimes contra a Humanidade. 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: [...] c) Escravidão [...] Artigo 7.2: “2. Para efeitos do parágrafo 1o : [...] c) Por “escravidão” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças [...]” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 27.02.2018, às 9h32min).

fundamentais, como é o caso do art. 149, fossem da mesma forma previstas juridicamente como imprescritíveis. Em outras palavras, não há óbice para que o Poder Constituinte derivado reformador, considerando político-criminalmente grave a conduta que no âmbito internacional chega a ser tratada como crime contra a humanidade, considere-a imprescritível e altere a Carta da República.

8. Conclusão

O sistema jurídico moderno brasileiro não pode mais ser visto e interpretado de forma lacônica como um fim em si mesmo, ou seja, deve ser interpretado considerando a nova ordem mundial e o sistema de proteção multinível que é inerente aos direitos humanos. Ademais, o Brasil deve implementar todos os esforços, seja em âmbito Legislativo, Executivo ou mesmo Judiciário, este na aplicação da lei, no sentido de proteger os direitos humanos. O Brasil, por outro lado, no que tange às formas modernas de escravidão deve atuar tanto preventiva quanto repressivamente sob pena de, novamente, se demandado junto a CIDH. Pois bem. O Estado brasileiro falhou na proteção dos direitos humanos relativamente nos casos José Pereira e Fazenda Brasil Verde. Por tal motivo, foi demandado junto a Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na primeira (Comissão) reconheceu sua responsabilidade internacional e assumiu obrigações. Na segunda (Corte) foi condenado e uma das obrigações impostas foi alterar o ordenamento jurídico interno. Portanto, as alterações no art. 149 do CP decorrentes da solução amistosa representam um

ganho na proteção dos direitos humanos e, assim, não podem mais ser suprimidas. O direito individual absoluto de não ser escravizado ganhou maior espectro de proteção e, portanto, não pode mais ser reduzido ou suprimido, sob pena da supressão ser reputada inconstitucional. Da mesma forma, e decorrente da condenação do processo da Fazenda Brasil Verde, deve o Brasil tornar o delito do art. 149 do CP imprescritível, não somente porque fora condenado, mas também porque se trata de aumentar a proteção deste direito individual. Além disso, a legislação interna estará harmônica com a legislação internacional.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte especial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 2.

GARCIA, BASILEU. Instituições de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, vol. I, tomo II.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 21ª ed. São Paulo: Campus, 2004.

BRUNO, Anibal. Direito penal. 1ª ed. São Paulo: Forense, 1966.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. Comentários ao Código Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, Vol. IV.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições e direito penal. Parte especial. São Paulo: José Bushatsky editor, 1958, vol. 1.

HUNGRIA, Nelson. Comentários do Código Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971, vol. 2º.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Tutela penal das liberdades pessoais: O tipo penal de redução a condição análoga à de escravo no Brasil. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, SOUZA, Luciano Anderson de (coord). Direito Penal na Pós-Modernidade. Escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Dimensão penal do trabalho escravo: proteção integral ou evidência de insegurança jurídica. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, GOMES, Mariangela Gama de Magalhães (coord). Estudos em homenagem a Ivete Senise Ferreira. São Paulo: LiberArs, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. 3 v. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. v. II.

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

(https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

<http://www.mdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/resumo-oficial-emitido-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos>

<http://www.mdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/resumo-oficial-emitido-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos>.

<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>

<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5217075&disposition=inline>

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm

TRIBUNAL DE JUSTIÇA



3 DE FEVEREIRO DE 1874