

Os tons de cinza do Judiciário: da independência funcional à discricionariedade no controle interno

Passados quase 15 anos da Reforma do Judiciário, com a aprovação da Emenda Constitucional 45/04, observam-se poucos avanços na universalização do acesso à justiça e na democratização da sua gestão. Ao contrário, a trajetória atual do Poder Judiciário é de crescente fechamento e intolerância contra vozes dissonantes.

Tamanha é a gravidade da situação que Tribunais de Justiça vêm, de forma gradual, relativizando prerrogativas essenciais da própria magistratura, como a “inamovibilidade”⁽¹⁾ e a “independência funcional”, que deveriam servir de garantias à pluralidade das decisões judiciais e contra a instrumentalização da atividade jurisdicional pelas elites togadas.

É exatamente sobre esse tema que versa a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5070, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que questiona a Lei Complementar Estadual 1.208/2013, de São Paulo, que instituiu o Departamento Estadual de Execuções Criminais (DECRIM) e o Departamento Estadual de Inquéritos Policiais (DIPO), delegando ao Conselho Superior da Magistratura a livre designação e remoção dos juízes e juízas que atuam nesses órgãos jurisdicionais, com base em critérios frágeis, que, diga-se de passagem, sequer estão sendo respeitados, conforme representação subscrita pelo IBCCRIM e dirigida ao Conselho Nacional de Justiça.⁽²⁾

O IBCCRIM também atua como *amicus curiae* na ADI defendendo que a imparcialidade da Justiça é um direito fundamental diretamente relacionado à garantia do Juiz Natural, e que o Tribunal de Justiça paulista não poderia ter o poder de selecionar o perfil ideológico daqueles magistrados e magistradas que terão sob sua guarda as comportas do desumano sistema prisional do Estado.

Independência funcional

Nesse mesmo sentido, em 2017 o

IBCCRIM, em conjunto com outras organizações parceiras, participou de audiência na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), denunciando casos em que juízes e juízas, em razão de suas decisões ou manifestações em prol da garantia de direitos, tiveram violadas sua independência judicial e sua liberdade de expressão, em afronta a princípios constitucionais básico e à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.⁽³⁾

Na oportunidade, foram destacados casos como o de um juiz afastado da jurisdição criminal da comarca de São Paulo, em 2013, por ato do Presidente do Tribunal de Justiça, em razão de pressão de membros do Ministério Público descontentes com a concessão “excessiva” de liberdade provisória pelo magistrado.

Em 2018, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo aplicou ao mesmo magistrado punição de censura pelo fato de ele não seguir o posicionamento majoritário da Corte. De fato, parece inevitável que um juiz ou uma juíza com orientação garantista destoe dos seus pares num país que recentemente alcançou a nada honrosa terceira posição entre as nações que mais encarceram no mundo, com mais de 720 mil pessoas privadas de liberdade, das quais 40% estão presas provisoriamente.

Também em São Paulo, no início de 2018, uma nova designação arbitrária para a Corregedoria do DIPO mudou radicalmente o perfil dos magistrados e magistradas responsáveis pela Audiência de Custódia, resultando em um aumento de 90%⁽⁴⁾ na manutenção das prisões provisórias, em comparação com índices do mesmo período, em 2017.

Julgador e parte

Outro fato emblemático nessa espiral de encastelamento e arbítrio ocorreu em uma ação indenizatória movida pela Defensoria Pública de São Paulo, em benefício de uma pessoa presa ilegalmente por erro judiciário, e que tinha em seu polo passivo tanto o Estado quanto o

| Caderno de Doutrina

A natureza jurídica das faltas disciplinares na execução penal
Bruno Shimizu _____ 2

Execução provisória da pena: a falaciosa comparação com outros países
Victor Ferreira Arichiello _____ 4

Aspectos e problemas da dita natureza híbrida da colaboração premiada
Lucas Maia Carvalho Muniz _____ 8

Lei 13.718/18 e o pretenso recrudescimento dos crimes sexuais
Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Osvaldo Evangelista Junior _____ 10

Punitivismo pós-moderno: hipertrofia penal e fetiche punitivo pela mídia e discurso de crise
Décio Franco David e Jaqueline Alexandra Maccoppi _____ 12

É inválida a utilização da lei 9.296 na captação de mensagens trocadas pelo *Blackberry Messenger*?
Ivan Jezler Júnior e Vitor Paczek Machado _____ 14

Lei 13.641/18: novo recrudescimento na Lei Maria da Penha
Rejane Alves de Arruda _____ 15

Limites da individualização da pena e a importância do *habeas corpus* coletivo para as mães encarceradas
Mariana Mingrone _____ 17

Tecendo a genealogia da prisão: uma resenha de *A sociedade punitiva*, de Michel Foucault
Eduardo Matheus Ferreira Lopes _____ 19

Dos crimes contra o respeito aos mortos: análise da necessidade de tutela penal
Maria Luiza Gorga _____ 21

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 2149
Superior Tribunal de Justiça _____ 2153

juiz responsável pela prisão. Ocorre que, no curso do processo, o próprio Tribunal de Justiça, que eventualmente julgaria os recursos do caso, habilitou-se como *amicus curiae* na ação para defender a “independência” do magistrado.

Para além do absurdo de termos um Tribunal de Justiça como réu, julgador e terceiro interessado em uma única ação, destaca-se que todas as organizações da sociedade civil, entre elas o IBCCRIM, que solicitaram participação no caso na qualidade de *amicus curiae* tiveram sua habilitação negada,⁽⁵⁾ invertendo completamente a lógica desse instituto jurídico de participação social.

E, concluindo com mais um exemplo da flexibilidade argumentativa do Judiciário quanto à independência funcional e à participação social na construção dos seus julgados, recentemente, a mesma Defensoria Pública teve seu pedido de habilitação como *amicus curiae* negado no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se discutia a Lei 13.654/2018, que impacta diversas sanções condenatórias em concreto e, por consequência, tem efeito no tempo da prisão suportado pelas pessoas.

No STF, as diversas ações sobre “auxílio moradia” também carregam decisões denegatórias dos pedidos de habilitação de organizações da sociedade civil. Em ambos os casos, as negativas são fundamentadas em argumentos genéricos e subjetivos de não representatividade dos pleiteantes. Tudo isso enquanto

organizações de classe compostas pela própria magistratura foram aceitas para atuar nas ações.

Seria possível questionar se os interesses corporativistas têm mais chance de sucesso nos pedidos de habilitação como *amicus* nas cortes do que “as vozes das ruas”, tantas vezes invocadas por julgadores em seus discursos. Inquestionável é que a reiteração e o avanço de decisões públicas moduladas conforme interesses específicos de manutenção seletiva de independência funcional resultam na reconstrução dos antigos muros de separação entre o Judiciário (que é um Poder Público), o interesse social e o direito de participação.

Notas

- (1) Princípio pelo qual o cargo de lotação de um membro de carreira não pode ser alterado sem ser por vontade dele próprio ou em situações excepcionais e fundamentadas.
- (2) Vide: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/14308-Em-Representacao-ao-CNJ-IBCCRIM-Defensoria-de-SP-e-Pastoral-Carceraria-pedem-revisao-de-nomeacoes-em-Departamento-do-Tribunal-de-Justica-paulista>>.
- (3) Vide: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/14224-Violacoes-a-liberdade-de-expressao-e-a-independencia-funcional-de-magistrados-brasileiros-serao-denunciadas-na-OEA>>.
- (4) Vide: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/11/prisao-preventiva-de-90-das-prisoas-em-flagrante-conta-atinge-ares-de-escandalo/>>.
- (5) Vide: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/14378-Nota-Publica-organizacao-denunciada-Tribunal-de-Justica-por-atuar-sem-imparcialidade-como-julgador-e-parte>>.

ELEIÇÕES IBCCRIM 10/12/2018 - 12/12/2018

Caro/a Associado/a,

2018 é ano eleitoral no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

Certifique-se da regularidade de sua contribuição associativa para participar da eleição para Diretoria, Conselho e Ouvidoria do Instituto!

A votação será realizada das 10h do dia 10/12/2018 até as 18h do dia 12/12/2018 em ambiente online.

Poderão votar todos/as os/as associados/as não provisórios/as e com suas contribuições associativas em dia.

Informações sobre as candidaturas, inscrições e senha para o voto serão remetidas ao e-mail cadastrado em sua associação.

Não deixe de atualizar seu cadastro junto à Área de Relacionamento do Instituto.

Para saber mais, acesse o edital: <http://bit.ly/EleicoesIBCCRIM>

Ou mande e-mail para: grupeeitoral@ibccrim.org.br

SEU VOTO É MUITO IMPORTANTE PARA O IBCCRIM!

A natureza jurídica das faltas disciplinares na execução penal

Bruno Shimizu

É inquestionável que a condenação do sentenciado por falta disciplinar no curso da execução penal tem como consequência a restrição de direitos materiais de estatura constitucional. As consequências que advêm da condenação em falta disciplinar que decorrem da LEP não permitem outra conclusão senão entender

que as faltas disciplinares são *infrações penais*. Na medida em que as faltas na execução levam ao aumento do tempo de encarceramento, não se pode admitir que tenham natureza de mera infração administrativa.

Se a lei atribui a determinado ato ilícito o encarceramento como

sanção, é um contrassenso aduzir-se que tal ato tenha natureza de simples ilícito administrativo, sendo justamente a consequência, do ponto de vista material, aquilo que define o que o Direito enxergará como ilícito penal e o que será relegado a outro âmbito. As únicas exceções a essa regra admissíveis, pois previstas no texto original da Constituição Federal, nas quais há tratamento extrapenal da medida de aprisionamento, são a prisão administrativa militar (artigo 5º, LXI) e a prisão pelo inadimplemento voluntário e inescusável de alimentos (artigo 5º, LXVII).⁽¹⁾

Ora, tomando-se como exemplo a previsão de perda dos dias remidos (artigo 127 da LEP), fica claro que uma condenação em falta de natureza grave pode significar o acréscimo de meses ou anos ao tempo de cumprimento de pena. O tempo de pena remido constitui pena cumprida para todos os efeitos (LEP, art. 128). Assim, declarada a remição, o tempo remido altera, por ficção jurídica, o marco inicial da pena, retroagindo-o. Na condenação por falta grave, contudo, o juiz pode decretar a perda de até um terço dos dias remidos, o que importa, a rigor, a desconstituição de ato jurídico perfeito e direito adquirido, impondo o alongamento do tempo de prisão como consequência da infração. Logo, conforme afirma **Roig**, “a perda da remição implica a transmutação material (não formal) da falta grave em infração de efeitos penais”.⁽²⁾

Também a previsão de regressão de regime é uma consequência materialmente penal incontestável da condenação por falta grave (LEP, art. 118, I). O Supremo Tribunal Federal, aliás, foi para muito além da própria LEP na previsão de consequências gravosas de natureza penal à condenação por falta. Refere-se, aqui, à sedimentação do entendimento de que a falta disciplinar tem o condão de interromper o lapso para a progressão de regime. Trata-se de consequência gravosa da falta sem nenhuma previsão legal, mas surgida como punição de criação pretoriana, por medida de suposta “justiça”, já que seria “necessária” a imposição de castigo (além do isolamento celular, da perda dos dias remidos, do “rebaixamento de conduta” etc.) para o preso que já estivesse em regime fechado quando da falta, sendo impossível sua regressão. Cuida-se de violação frontal ao princípio da legalidade.⁽³⁾

Diante do que consta da própria LEP e das interpretações jurisprudenciais extensivas vistas acima, que atribuem à falta grave sanções de natureza materialmente penal não previstas em lei (para além das já previstas), a condenação por falta grave pode implicar um aumento extremamente longo no tempo de encarceramento.

No que atine às faltas médias e leves, verifica-se que, apesar de não haver previsão legal expressa na LEP, acabam por também ter consequências penais, aumentando, ainda que em menor grau, o tempo de encarceramento. Isso porque, no sistema penitenciário federal e na maioria dos estados, formularam-se pelo poder regulamentar administrativo “períodos depuradores” das faltas médias e leves, prevenindo-se que a direção da unidade, ainda que já cumprida a sanção disciplinar, ateste como insatisfatório o comportamento do sentenciado por determinado período posterior.⁽⁴⁾ Assim, apesar da evidente inconstitucionalidade na regulamentação de matéria penal pela administração (CRFB, art. 22, I), na prática, não se pode excluir que as faltas médias e leves impliquem consequências materialmente penais, como a frustração da progressão de regime até a “reabilitação da conduta”.⁽⁵⁾

Causa espécie, diga-se, que infrações penais de tamanhas

consequências sejam tipificadas de forma tão displicente pelo legislador, em absoluto desacordo com o princípio da taxatividade de qualquer previsão sancionadora. O artigo 50 da LEP descreve, como faltas graves, condutas como “participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina”, possuir “instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem” ou inobservar o dever de “obediência ao servidor”. Mesmo que fossem infrações administrativas, tipificações tão amplas seriam de constitucionalidade duvidosa. No que atine às faltas médias e leves, a LEP sequer respeita a reserva de lei federal, relegando sua tipificação à “legislação local” (art. 49). De todo modo, dadas as consequências que lhes são afetas, não se mostra aceitável, sob a égide constitucional, o entendimento segundo o qual as faltas disciplinares sejam meras infrações administrativas. Como *infrações penais*, demandam, para seu reconhecimento, a instauração de um devido processo penal, onde se garanta a formação do contraditório jurisdicional, com ampla possibilidade de defesa.

A LEP, no entanto, apesar de ter afirmado a jurisdicalização da execução, tanto em sua exposição de motivos quanto na fixação de um rol extenso de competências jurisdicionais, criou, na verdade, uma *jurisdicalização perversa*, na medida em que deixou de prever o devido processo para a apuração das faltas e, por consequência, afastou o contraditório jurisdicional da aferição da conduta prisional. A decisão judicial, assim, já que o juízo não participa efetivamente da aferição da conduta, acaba afigurando-se apenas como um requisito a mais na implementação da progressão de regime ou de outro direito que dependa dessa aferição.

No que diz respeito às sanções previstas no artigo 53 da LEP, nota-se que a lei atribui sua aplicação à autoridade administrativa, ressalvada apenas a exigência explícita de decisão judicial para a inclusão em regime disciplinar diferenciado. No que toca ao procedimento para aplicação das demais sanções disciplinares, que podem chegar ao isolamento celular por até 30 (trinta) dias, a LEP prevê apenas que “deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa” (LEP, art. 59). É bastante sustentável que o isolamento celular, por si só, já seja sanção materialmente penal, dada a restrição gravíssima à liberdade que representa. Contudo, a par da sanção disciplinar própria, a LEP ainda prevê, como visto, uma gama de consequências inquestionavelmente penais à condenação pela falta, ainda que dependentes de decisão judicial, mas pautadas na aferição de uma conduta sem efetiva participação judicial. Trata-se, à evidência, de sistemática não recepcionada pela Constituição da República, na medida em que delega ao poder regulamentar a disciplina do processo de apuração de infrações penais e atribui à administração a aplicação de sanções com consequências de natureza penal.

O PLS 513/2013, que reforma a LEP, já aprovado pelo Senado, não avança em quase nada na instituição do devido processo legal na apuração das faltas. Mantém, em sua essência, a redação do art. 54 da LEP, prevenindo a aplicação das sanções por decisão da autoridade administrativa, apenas alterando o procedimento para inclusão cautelar em RDD.

As 16 propostas contra o encarceramento em massa,⁽⁶⁾ formuladas pelo IBCCrim e outras entidades, por seu turno, preveem o devido processo legal na apuração de falta grave em moldes constitucionais, propondo a total alteração do artigo 59 da LEP, que passaria a contar com 13 (treze) parágrafos

disciplinando o processo de apuração. Em suma, propõe-se que a autoridade administrativa, ao tomar conhecimento de falta, elabore relatório circunstanciado a ser encaminhado ao Ministério Público. Incumbirá, assim, ao MP o arquivamento do relatório ou o oferecimento de representação judicial. Caberá ao juízo, ouvida a parte contrária em defesa preliminar, elaborada pela defesa técnica, receber ou rejeitar a representação, inaugurando, no primeiro caso, uma fase instrutória sumária, na qual haverá uma audiência para oitiva das testemunhas arroladas pelas partes e interrogatório, abrindo-se prazos sucessivos de cinco dias para manifestação final, indo, ao cabo, os autos à conclusão para decisão, cabendo recurso de agravo contra eventual condenação.

A proposta alinha-se à conclusão deste artigo, no sentido de que as faltas disciplinares na execução penal têm natureza jurídica de *infrações penais*. A garantia fundamental da jurisdicionalização da execução penal impõe a presença judicial nos incidentes processuais de apuração dessas infrações, assegurando o *devido processo penal acusatório como condição para a prolação de sentença condenatória em falta*, com contraditório real e efetivo, ampla defesa (autodefesa e defesa técnica), direito à prova e possibilidade recursal sobre o mérito, sendo essas as balizas mínimas para uma leitura constitucional do sistema disciplinar na execução penal.

Notas

(1) A previsão constitucional de prisão civil do depositário infiel, frise-se, foi

revogada pela incorporação, no bloco de constitucionalidade, de norma mais benéfica da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 7º), conforme já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

- (2) ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 379.
- (3) Nesse sentido, cf. CACICEDO, Patrick Lemos. O princípio da *less exigibility*, a legalidade na execução penal e os Tribunais Superiores. *Revista da EMERJ*, v. 18, n. 67, p. 313, 2015.
- (4) Ao regular o sistema penitenciário federal, por exemplo, o artigo 81 do Regulamento Penitenciário Federal estabelece o prazo de reabilitação de conduta de três meses, para faltas leves; de seis meses, para faltas médias; e de 12 (doze) meses, para faltas graves, prevendo ainda o período de 24 (vinte e quatro) meses para a reabilitação da conduta no caso de faltas graves que “forem cometidas com grave violência à pessoa ou com a finalidade de incitação à participação em movimento para subverter a ordem e a disciplina que ensejarem a aplicação de regime disciplinar diferenciado”.
- (5) Diante da ausência de previsão legal sobre a existência de um “período depurador” da conduta, do ponto de vista da atenção ao mandamento da legalidade estrita em matéria penal, o correto seria, à evidência, considerar “reabilitada a conduta” do sentenciado assim que integralmente cumprida a sanção disciplinar aplicada, dentre as previstas entre os incisos I a IV do artigo 53 da LEP.
- (6) INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM); ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA (AJD); CENTRO DE ESTUDOS EM DESIGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (CEDD/UNB); PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. *16 Propostas contra o encarceramento em massa*. 2017. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/>>. Acesso em 21 jul. 2018.

Bruno Shimizu

Doutor e mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP.
Defensor Público do Estado de São Paulo.
Membro da diretoria do IBCCRIM.

Execução provisória da pena: a falaciosa comparação com outros países

4

Victor Ferreira Arichiello

Falácia, de acordo com o Michaelis, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, é “[s]egundo o aristotelismo, espécie de raciocínio que, a despeito da aparência de verdade, é falso ou equivocado; sofisma”.⁽¹⁾

Dentre as tantas falácias propagadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal durante os julgamentos relativos à possibilidade de se executar a pena após o julgamento em segunda instância, uma está sendo pouco ou nada discutida: a de que, nas palavras da ex-ministra Ellen Gracie, “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.⁽²⁾

O argumento tem sido repetido à exaustão, especialmente após o julgamento, em 2016, do *habeas corpus* 126.292, a partir do qual o Supremo Tribunal Federal passou a permitir, e não obrigar, a execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias de julgamento.

Foi assim naquele julgamento, quando a questão foi levantada pelo então ministro Teori Zavascki e pelo ministro Luís Roberto Barroso; e foi assim no julgamento do *habeas corpus* 152.752, impetrado em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ocorrido em 05 de abril deste ano.

A base de tal argumento é um estudo realizado por duas procuradoras regionais da República e um assessor da chefia da Procuradoria Regional da República, todos da Terceira Região,⁽³⁾ que comparou o panorama jurisprudencial do próprio STF e do Superior Tribunal de Justiça, bem como a situação de outros países: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, concluindo que “a quase totalidade da comunidade internacional – incluindo países que criaram a própria ideia de direitos fundamentais – interpreta a presunção de inocência de modo a compatibilizá-la com a necessidade de efetividade estatal na resposta ao crime”.

Ocorre que tal argumento não serve para justificar a mudança do entendimento jurisprudencial por dois motivos (e aí está a falácia): em primeiro lugar, a comparação entre países com sistemas constitucionais diferentes, em especial com países cujo sistema de tribunais e julgamentos é diferente, produz resultados distorcidos. Depois, porque alguns dos apontamentos não levam em conta todos os aspectos legais e recursais de cada um desses países.

O primeiro motivo afeta, *per se*, todo o desenvolvimento do raciocínio e as conclusões. Isso porque, se é de conhecimento geral de que cada país possui seu próprio arcabouço legal, suas próprias regras recursais e funções individualizadas dos tribunais,

nos parece que tais diferenças, essenciais, são ignoradas na hora de justificar o injustificável.

A principal diferença que se observa é a função da mais alta corte: em alguns casos, há uma Corte Constitucional; em outros, uma Suprema Corte ou há ainda, como no caso do Brasil, uma mistura dos dois.

Um dos modos de se diferenciar a classificação da cúpula do poder judiciário é pelo modo de exercício do controle de constitucionalidade, que pode ser concentrado ou difuso: no modelo concentrado, a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo é controlada apenas por um órgão do judiciário, com função específica para tal, por meio de um instrumento definido (no caso do Brasil, “*por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental*”,⁽⁴⁾ analisadas pelo STF); no modelo difuso, “*discute-se o caso concreto. Deve haver uma situação concreta onde o interessado peça a prestação jurisdicional para escapar da incidência da norma. (...) A forma processual utilizada é a mais variada. (...) enfim, qualquer dos meios processuais colocados à disposição do indivíduo*”.⁽⁵⁾

Distinguem-se, assim, basicamente dois modelos: o anglo-saxão, Suprema Corte, em que o controle de constitucionalidade é exercido de forma difusa, tendo origem no caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos;⁽⁶⁾ e o europeu continental, Corte Constitucional, em que tal controle é exercido de forma concentrada, tendo origem na Constituição austríaca de 1920.⁽⁷⁾

Dentre os países utilizados como exemplo no estudo que serviu de base ao argumento dos ministros do STF, pode-se dizer que Reino Unido,⁽⁸⁾ Estados Unidos, Canadá⁽⁹⁾ e Argentina⁽¹⁰⁾ se encaixam no primeiro modelo, e que Alemanha,⁽¹¹⁾ França,⁽¹²⁾⁽¹³⁾ Portugal⁽¹⁴⁾ e Espanha⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾ adotam o segundo modelo.

Há ainda um terceiro modelo, híbrido, em que os modelos anglo-saxão e europeu continental se misturam: o controle de constitucionalidade é exercido tanto de forma difusa como de forma concentrada, como no caso do Brasil.⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾ Nessas situações, o que se tem na prática é a transformação do órgão de cúpula do Poder Judiciário em “*meio de controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos (...) [e] meio pelo qual foi transformado na última instância de jurisdição quando a questão constitucional é suscitada pela via difusa*”.⁽¹⁹⁾

Assim, tem-se que só poderia ser o STF comparado, quando muito, com os países que adotam a via difusa no controle de constitucionalidade.

Dessa forma, as comparações com Alemanha, França, Portugal e Espanha devem ser, como consequência lógica, desconsideradas.

Mesmo a comparação com os demais países, contudo, se mostra irrazoável se levado em conta o fato de que os aspectos legais e recursais não foram considerados.

Veja-se, por exemplo, o emblemático caso dos Estados Unidos, usado frequentemente como modelo pelos tribunais brasileiros: a comparação já é inválida partindo do fato de que, sendo uma federação, cada um dos entes federados possui grande autonomia, não havendo uma legislação central e válida para todos os estados.

Além disso, se é certo que não há, naquele país, presunção de inocência após a condenação em primeiro grau, também é certo que isso é um desdobramento natural do sistema de julgamento estadunidense: casos criminais são julgados, via de regra, por

júris, e, portanto, considera-se que tais decisões pressupõem que há soberania popular, especialmente se levado em conta o fato de que é exigida, na grande maioria dos casos, uma decisão unânime dos jurados.

A comparação poderia ser feita apenas e tão somente em relação à execução da pena imposta por tribunais do júri, com aplicação limitada a crimes dolosos contra a vida, e que gozam, no Brasil, de situação especial: seus vereditos são soberanos. A discussão foi trazida no julgamento do *habeas corpus* 152.752 pelo ministro Dias Toffoli, que defendeu “*uma única possibilidade de imediata execução do julgado de segundo grau: quando se tratar de acórdão confirmatório de condenação emanada do Tribunal de Júri*”.⁽²⁰⁾

Para todos os outros crimes, que constituem a imensa maioria, a comparação é descabida: à parte de todas as outras questões envolvidas e discutidas, não há soberania nas decisões de juízes de primeiro grau e dos tribunais de segunda instância.

O sistema estadunidense não é, assim, modelo a ser adotado como justificativa para uma mudança na jurisprudência pátria a ensejar a possibilidade – e nunca, não é demais repetir, a obrigação – de se executar provisoriamente a pena.

Mais ainda, se quiséssemos comparar a Suprema Corte dos Estados Unidos com o Supremo Tribunal Federal, há uma questão que não pode ser ignorada: lá a cúpula do Poder Judiciário possui competência discricionária no caso de julgamento de recursos. Os recorrentes devem, antes de ingressar com o recurso, apresentar uma *petition for writ of certiorari*⁽²¹⁾ com as razões relevantes,⁽²²⁾ e assim os juízes podem decidir se analisarão ou não o recurso. Se quatro dos nove *Justices* votarem favoravelmente, a Suprema Corte determina que a instância ordinária envie o processo para julgamento, mesmo se ainda não houver sentença na instância recorrida.⁽²³⁾

Destaca-se que, de acordo com dados atualizados em 30 de setembro de 2017, foram protocolizadas 1.391 *petitions for writ of certiorari* em matéria criminal ao longo de um ano.⁽²⁴⁾

No Brasil, tal instrumento poderia ser comparado com a exigência de demonstração de Repercussão Geral no caso de Recursos Extraordinários. Contudo, a maior diferença, como apontado, é a discricionariedade: a Suprema Corte dos Estados Unidos pode ou não conceder o *writ* levando em consideração questões de política judicial e o andamento do processo; já o Supremo Tribunal Federal não possui tal discricionariedade: estando presentes os requisitos legais, o Recurso Extraordinário deve ser conhecido.⁽²⁵⁾

Ou seja, tomando os Estados Unidos como exemplo, verifica-se que justificar a obrigatoriedade de prisão após o julgamento em segunda instância com base nos procedimentos legais estadunidenses gera conclusões distorcidas, especialmente se considerarmos as funções da Suprema Corte, o acesso a ela e o modelo de julgamento por júri.

Ademais, há de se reconhecer que, se compararmos o Brasil com os Estados Unidos, teríamos que reconhecer – coisa que os ministros do STF não fazem – que tal Corte é sim a última instância recursal.

Cumpra também dizer, em breves palavras, que tais afirmações e conclusões se repetem nos demais países que possuem uma Suprema Corte: Reino Unido, Canadá e Argentina.

No Reino Unido, as questões criminais são julgadas, via de regra, pela *Magistrates' Court*, salvo se o crime for uma *indictable*

offence – delitos em que há uma pena mais longa, como homicídio e roubo⁽²⁶⁾ –, hipótese em que o julgamento se dá por um júri na *Crown Court*. Tal Corte serve também como instância recursal em relação à *Magistrates' Court*, e suas decisões são recorríveis à *Court of Appeal*.⁽²⁷⁾

Há, assim, abaixo da *UK Supreme Court*, três instâncias, representando tal Corte a última instância recursal.

É possível recorrer à *Court of Appeal* em liberdade, mediante o pagamento de fiança, nos termos da *Section 19* do *Criminal Appeal Act 1968*,⁽²⁸⁾ salvo se a Corte acreditar haver indícios concretos de que o recorrente, ao ser liberado sob fiança, (i) deixará de se entregar à custódia se solicitado, ou (ii) cometerá um delito enquanto afofinado, ou (iii) interferirá junto às testemunhas ou obstruirá, de qualquer outra maneira, o curso da justiça, seja em relação a ele próprio ou a terceiro, nos termos da *Section 3* do *Bail Act 1976*.⁽²⁹⁾

No Canadá, por sua vez, abaixo da *Supreme Court* também existem três instâncias: a *Provincial/Territorial Court*, a *Provincial/Territorial Superior Court* e a *Provincial/Territorial Court of Appeal*. Tanto a *Superior Court* quanto a *Court of Appeal* julgam recursos das cortes inferiores, havendo, antes de se chegar à *Supreme Court*,⁽³⁰⁾ possibilidade de recurso a pelo menos duas instâncias, o que o STF não reconhece no Brasil ao não admitir que se classifique tal tribunal e o Superior Tribunal de Justiça como integrantes das instâncias ordinárias da justiça.

Ademais, caso seja interposto recurso à *Court of Appeal*, é possível recorrer em liberdade se tal Corte entender que o recurso não é leviano, que o recorrente se entregará à custódia de acordo com os termos da liberdade condicional e que a detenção não é necessária ao interesse público. Para que isso ocorra, o tribunal pode não estabelecer nenhuma condição ou uma fiança com um ou mais “*sureties*” (pessoas que assumem a responsabilidade de supervisionar o condenado perante a sociedade, para garantir que os termos da liberdade não serão desobedecidos), o depósito de valores ou bens ou com ambas as condições.⁽³¹⁾

Ou seja, mais uma vez demonstra-se que a comparação é inválida e que, se feita, deve-se necessariamente levar em conta que existe a possibilidade de recorrer em liberdade mediante o pagamento de fiança ou a interposição de medida sem paralelo específico no Direito brasileiro, mas que poderia ser vista como uma medida cautelar diversa da prisão (artigo 319 do Código de Processo Penal brasileiro).

Isso, por óbvio, não incluindo a diferenciação em relação ao júri, explicada quando indicadas as diferenças em relação aos Estados Unidos, aplicável também ao caso do Reino Unido e do Canadá.

Nunca é demais destacar que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal não obriga a execução da pena após o esgotamento da competência da segunda instância, mas apenas permite sua possibilidade. Antes da mudança, também não havia tal proibição, mas mudava-se o tipo de prisão: tratava-se de prisão processual, se justificada pelos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ou seja, é dizer que, se compararmos o Brasil com os Estados Unidos, Reino Unido e Canadá, devemos reconhecer que a mudança jurisprudencial cria situação ainda mais gravosa, já que a execução da pena não permite, ao menos em regime fechado, a aplicação de institutos como o da medida cautelar diversa da prisão, incluindo a fiança, que garantiriam ao acusado a

possibilidade de aguardar em liberdade o julgamento de recursos perante o STJ e o STF.

Se, contudo, admitirmos que o entendimento antigo permitia a prisão processual na pendência de recursos extraordinários, poderemos comparar o sistema brasileiro com os demais acima apontados, já que caberia a aplicação, por exemplo, de medidas cautelares diversas da prisão.

É dizer o óbvio: a mudança de prisão processual para execução provisória torna a situação mais gravosa, já que muito mais dificilmente será possível recorrer em liberdade, mesmo que cumprindo medidas alternativas.

Por fim, a Argentina, último dos países mencionados pelos Ministros do STF que adotam o modelo anglo-saxão, não utiliza a expressão *presunção de inocência* em seu texto constitucional. Tal princípio, de acordo com o professor Ramón Torres Molina, da Universidad Nacional de La Plata, em artigo intitulado *Presunción de inocencia e excarcelacion*,⁽³²⁾ é estabelecido pela análise a *contrario sensu* do artigo 18 da Carta Magna de tal país.

Os artigos 494 e 495 do *Código Procesal Penal* daquele país estabelecem a execução imediata da pena privativa de liberdade após sentença, permitindo o recurso em liberdade em duas situações restritas: mulheres grávidas ou com filhos menores de seis meses à época da sentença e pessoas gravemente enfermas, em que a execução da pena causará risco à vida.

Não se deve ignorar, contudo, que no ano de 2014 houve a promulgação de um novo *Código Procesal Penal*, que mudou radicalmente o sistema processual penal argentino, transformando-o de inquisitivo em acusatório.

Tal Código entraria em vigor no dia 1º de março de 2016, mas teve sua aplicação suspensa por decreto presidencial, possivelmente por questões políticas, e será implementado progressivamente.⁽³³⁾

Mudança radical adotada por tal dispositivo legal é a concessão de efeito suspensivo a todos os recursos interpostos, vedando-se a execução de decisões judiciais, nos termos de seu artigo 300.⁽³⁴⁾

Destacam-se, assim, dois pontos em relação à Argentina: primeiro que, ao contrário do Brasil, buscou-se dar um passo à frente em relação a questões de direitos fundamentais, reconhecendo-se que se há possibilidade de reforma de uma sentença de privação de liberdade, por menor que seja, deve o recorrente aguardar em liberdade, concedendo-se efeito suspensivo ao recurso; e que reformas como esta devem ter origem no poder Legislativo, nunca no Judiciário, por mais ineficiente que seja o Congresso.

Deste modo, considerando-se todas as questões postas ao longo do presente artigo, pode-se observar que o argumento de que “*em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema*” é uma falácia por duas razões principais: primeiro porque as funções do STF não se equiparam às de nenhum país citado pelos ministros daquela Corte (que possui um modelo híbrido, adotando conceitos dos modelos anglo-saxão e europeu continental) e, depois, porque mesmo em relação aos países que adotam o modelo anglo-saxão (Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e Argentina) existem diferenças fundamentais tanto na estrutura do poder judiciário quanto no sistema de julgamento e possibilidades recursais.

Além disso, comparar o Brasil com países que adotam o sistema difuso de controle de constitucionalidade implicaria

reconhecer que o Supremo Tribunal Federal é última instância recursal, coisa que seus próprios ministros não o fazem.

Necessária, então, para se aprimorar o debate e se chegar a uma conclusão lógica e a uma solução satisfatória, coerência dos membros do STF, que devem levar em conta, se ainda assim quiserem fazer tal comparação incoerente, todas as diferenças essenciais, reconhecendo que conclusões indicadas nos julgamentos dos *Habeas Corpus* 126.292 e 152.752, e em tantos outros, são distorcidas e, portanto, inválidas.

Esperamos que o Supremo analise criteriosamente os argumentos que ensejaram a mudança de entendimento e que reconheça que esse fundamento, assim como muitos dos outros que serviram de justificativa para tal mudança, e que vêm sendo longamente debatidos, são falaciosos e inaptos a permitir a violação de direitos fundamentais e de princípios constitucionais imutáveis, revendo urgentemente seu posicionamento, a bem de toda a sociedade.

Notas

- (1) Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fal%C3%A1cia/>>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- (2) Voto proferido no julgamento do *habeas corpus* 85.886 pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 06 de setembro de 2005.
- (3) Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf/at_download/file>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- (4) ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim. 2013. p. 69.
- (5) *Idem*, p. 64.
- (6) Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- (7) LOPES, Sara Morgana Silva Carvalho. *As distinções marcantes entre os modelos de controle de constitucionalidade difuso dos Estados Unidos e concentrado da Europa*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10558>. Acesso entre 13 e 16/04/2018.
- (8) The Supreme Court. Role of the Supreme Court. Disponível em <<https://www.supremecourt.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (9) Supreme Court of Canada. Role of the Court. Disponível em: <<https://www.scc-csc.ca/court-cour/role-eng.aspx>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (10) HOCHSMAN, Heriberto S. *El control de constitucionalidad argentino: accion declarativa de inconstitucionalidad*. Disponível em: <http://www.justiniano.com/revista_doctrina/control_constitucionalidad.htm>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (11) Bundesverfassungsgericht Types of Proceedings. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/wichtige-verfahrensarten_node.html>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (12) Conseil Constitutionnel General Presentation. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/presentation/general-presentation/general-presentation.25739.html>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (13) PINON, Stéphane. *El sistema constitucional de Francia*. Trad. Enrique Guillén López. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/001SPinon.htm>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (14) Tribunal Constitucional Portugal. Competência e processo. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/competencia001.html>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.

- (15) Tribunal Constitucional de España. Composición, organización y competencias. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/Composicion-Organizacion/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (16) El Control Constitucional español. Disponível em: <<https://www.alipso.com/monografias2/EEPZuVpFFVthCbqpmI.shtml>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (17) STF. *Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à justiça brasileira*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (18) LOHN, Fernanda. *O Supremo Tribunal Federal é uma corte constitucional?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte-constitucional>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (19) ARAUJO, op. cit., p. 477
- (20) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- (21) FONSECA, Luciana Carvalho. *A competência discricionária da Suprema Corte dos Estados Unidos e o Writ of certiorari*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/LawEnglish/74,MI71914,91041-A+Competencia+Discricionaria+da+Suprem+a+Corte+dos+Estados+Unidos+e+o+>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (22) *Compelling reasons*
- (23) REIS, Wanderlei José dos. *O Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte dos Estados Unidos: estudo comparado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23590/o-supremo-tribunal-federal-e-a-suprema-corte-dos-estados-unidos>>. Acesso em: 13-16 abr. 2018.
- (24) Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics/table/b-2/judicial-business/2017/09/30>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- (25) MELLO, Vitor Tadeu Carramão. *A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação*. Disponível em: <<https://www.fjrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/32-149-1-pb.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- (26) *Classification of Offences*. Disponível em: <<https://ukcrime.wordpress.com/2012/11/13/classification-of-offences/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- (27) *Courts and Tribunal Judiciary, criminal jurisdiction e The Courts of England and Wales Structure*. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/criminal-jurisdiction/>> e <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2012/08/courts-structure-0715.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- (28) Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/19/pdfs/ukpga_19680019_en.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- (29) Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/63/pdfs/ukpga_19760063_en.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- (30) *Department of Justice Canada*. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/ccs-ajc/02.html>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- (31) Fonte: Artigo 679 do *Criminal Code of Canada*. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- (32) Disponível em: <<https://historiaconstitucional.wordpress.com/2012/10/17/presuncion-de-inocencia-y-excarcelacion-2/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- (33) *Oficial: el Gobierno suspendió la aplicación del nuevo Código Procesal Penal y tras pasó las escuchas judiciales a la Corte Suprema e A la espera de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal*. Disponível em: <<https://www.lanacion.com.ar/1857916-oficial-el-gobierno-suspendio-la-aplicacion-del-nuevo-codigo-procesal-penal-y-tras-paso-las-escuchas-judiciales-a-la-corte-suprema>> e <<https://www.abogadosindependientes.org/entrada-en-vigencia-del-nuevo-codigo-procesal-penal/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- (34) Disponível em: <http://www.mpf.gob.ar/cppn/files/2015/05/Codigo_procesal_digital.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

Victor Ferreira Arichiello
Bacharel em Direito pela PUCSP.
Advogado.



DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Cristiano Ávila Maronna
1.º Vice-Presidente: Thiago Bottino do Amaral
2.º Vice-Presidente: Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário: Renato Stanzola Vieira
2.º Secretário: Roberto Luiz Corcioli Filho
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Assessora da presidência: Jacqueline Sinhoretto
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE
André Pires de Andrade Kehdi
MEMBROS
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira
OUVIDOR
Rogério Fernando Taffarello

Aspectos e problemas da dita natureza híbrida da colaboração premiada

Lucas Maia Carvalho Muniz

Com a aprovação da Lei 12.850 de 2013 e a deflagração da Operação Lava-Jato, houve grandes debates sobre a colaboração premiada (art. 4º ao 7º). O assunto foi mencionado no Supremo Tribunal Federal quando seus ministros se reuniram para discutir a respeito da legitimidade da autoridade policial em conduzir as negociações, alcançando o tema da natureza do instituto.⁽¹⁾

Na ocasião, o ministro Alexandre de Moraes afirmou que a colaboração, dentro do gênero da “*justiça penal transacional ou negocial*”, difere dos outros benefícios transacionais por ser entendida também como meio probatório. Assim, segundo ele, há um hibridismo no instituto, sendo “*uma negociação*” e “*um meio de obtenção de prova*”.⁽²⁾

Nada obstante, em que pese o entendimento se assentar em diversas posições doutrinárias e, em parte, estar apregoado no art. 3º do dispositivo em questão, diante de tanta incredibilidade associada à colaboração, certamente em uma análise ligeira já se sente algo de despropositado em sua natureza declarada por lei e jurisprudências.

Embora pareça algo trivial, é necessário notar que quando se analisa o instituto já nos deparamos com o termo “colaboração”. Na língua portuguesa, colaboração é “o ato ou efeito de colaborar”. Por sua vez, colaborar significa “trabalhar em comum”, quando o colaborador (“o que colabora”) não pertence ao “quadro efetivo” no qual colaborou.⁽³⁾

Em seguida, o dispositivo legal especial uniu à palavra colaboração a expressão “premiada”. Ora, premiado é o que recebe um prêmio. Prêmio, no que lhe diz respeito, é uma “recompensa” ou também uma “*distinção conferida a quem se sobressai por certos trabalhos ou por certos méritos*”.⁽⁴⁾

Por meio dos métodos gramatical e lógico, com base na língua nacional, entende-se a colaboração como o efeito do ato de operar com alguém ou um grupo, objetivando ajudar na realização de algo que pode se configurar como o objetivo do colaborador, do colaborado ou de ambos.

No ato de colaborar, ademais, não se pode distinguir com precisão o objetivo de auxiliar (ou de salvar-se) do colaborador e a finalidade última do colaborado. A única característica que se pode extrair do conceito de colaboração é a existência do acordo mútuo de vontades (livres ou não), sem se ter certeza de quais finalidades permeiam as negociações.

Por outro lado, a existência do prêmio como contraprestação ao ato em nada altera a definição de colaboração. Contudo, quando se denota que os objetivos do colaborador e do colaborado podem não se distinguir, ou mesmo que podem se influenciar, conota-se que as propriedades do conceito de prova⁽⁵⁾ (ou de algo que pode produzi-la) não poderiam abrigar o conceito de colaboração premiada.

Ora, prova significa “*aquilo que mostra a verdade de uma proposição ou a realidade de um fato*”.⁽⁶⁾ Dessa forma, como

atribuir à natureza de algo que busca a verdade um conceito que mescla objetivos de atores distintos, incluindo a figura do agente que impõe suas finalidades aos objetivos alheios e o sujeito que se vê diante da opção de aceitar ou não uma recompensa (muitas vezes a liberdade) por sua colaboração?

Além da intuição, percebe-se que a colaboração é, por determinação legal (art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13), algo delineado pelos órgãos de investigação e acusação com o colaborador, sendo não só um instrumento da declaração acusatória, mas arquiteto da tese incriminadora através da negociação e, por isso, simbiote da denúncia.

Porém, este não é o raciocínio dominante atualmente.

Para **Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar**, a colaboração premiada é uma “*técnica especial de investigação*”, a qual tem como elementos “*o sigilo e a dissimulação, com o fito de se coligir elementos materiais de prova e fontes de provas*”. Segundo os doutrinadores, fonte de prova “é a pessoa ou a coisa da qual emana a prova, denominado, em sentido amplo, de sujeito da prova”.⁽⁷⁾

Nota-se ainda que os juristas diferenciam os conceitos de “meio de prova” e “meio de obtenção de prova”, sendo o primeiro judicial e submetido ao contraditório, e o segundo extraprocessual, no qual, de acordo com eles, a Lei e o ministro Alexandre de Moraes, se encaixaria a recente colaboração premiada.⁽⁸⁾

Contudo, a adequação da colaboração premiada como meio de prova extrajudicial, que “*se destina a indicar outras fontes de prova*” – sujeitos e coisas, fica prejudicada por sua convivência com a natureza de negociação que, por si só, se concretiza pela união de objetivos da acusação (meio de obtenção de prova) e do colaborador (meio de defesa); trazendo, como notado, mais uma natureza: a de meio defensivo.

Ora, os órgãos acusatório e de investigação, por suas essências, não poderiam negociar com uma fonte meio de prova ou meio de obtenção de prova, já que estes são usados ou abandonados conforme sua finalidade de reconstrução dos fatos. Os meios probatórios se encontram acabados, sendo impossível seu manuseio.

É o que acontece, *v.g.*, com a prova testemunhal retirada da testemunha diante do juiz ou com o laudo pericial trazido acabado do inquérito policial. Dessa forma, a prova é colhida dos meios diante das partes interessadas, que recolherão desses instrumentos os elementos de suas teses em debate; submetida ao contraditório.

Contudo, a colaboração premiada pode ser constituída em fase pré-contraditório (e extrajudicial). No contexto, a acusação retira do “meio de obtenção de prova” os elementos favoráveis à sua tese, num cenário onde inexistente qualquer controle da defesa do delatado, sendo que apenas ao colaborador e a seu defensor é assegurada a participação nas negociações (art. 4º, § 6º e § 15, da Lei 12.850/13).

Visto isso, é necessário ressaltar que o contraditório não pode ser confundido com um simples chamamento da parte contrária para verificar o que já foi produzido. Lembre-se que o princípio se encontra “numa união indissolúvel” com a ampla defesa e, com ela, completa a garantia do devido processo legal.⁽⁹⁾

Assim sendo, quando não há a igualdade (de participação) a qual proclama a paridade de armas, fatalmente existirá ao menos o risco de desvio de finalidade pública na colaboração e o instituto carecerá de credibilidade, tanto sob a perspectiva do observador, quanto do participante.⁽¹⁰⁾ A carência, por sua vez, segundo o entendimento constitucional, avoca o princípio *in dubio pro reo*.

No contexto, quando o meio de obtenção de prova se submete a tamanha fragmentação, sendo incluídos e retirados elementos ao bel-prazer do colaborador (e/ou seu advogado) e dos órgãos públicos, a tese defensiva obtém maior peso diante da preponderância do *status libertatis*, o qual mitiga o princípio da isonomia⁽¹¹⁾ (já favorável ao delatado no cenário da negociação sem observação da defesa).

Por outro lado, mesmo que o artigo 4º, §6º da Lei de Organizações Criminosas, possa ser – eventualmente – interpretado de modo a beneficiar o réu, a presença do acusado nas negociações não diminuiria a insegurança jurídica. A própria existência de negociações em processos de ações penais públicas produz, desde já, uma profunda desconfiança no instituto probatório.

Como fizemos com o conceito de colaboração premiada, verifiquemos do que se trata a negociação. A definição diz respeito ao “ato ou efeito de negociar”. Já o verbo “negociar”, do latim “*negotiar*”, significa “fazer negócio”, contratar, permutar ou ajustar. Por sua vez, “negócio” quer dizer “o mesmo que comércio”, tráfico, negociação e ajuste.⁽¹²⁾

Visto o conceito, constata-se que na própria definição de negociação se presume a aceitação de troca de oferendas, sacrifícios de direitos e deveres a troco de benefícios. Verifica-se que o que difere o instituto da colaboração premiada dos negócios privados é apenas a não previsão expressa de transações financeiras.

Acrescenta-se ainda que o art. 4º, *caput*, oferece uma amplitude de consequências à colaboração: desde o perdão judicial até a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade, passando por sua substituição pela pena restritiva de direitos. Já em seus incisos inexistem critérios para a consideração dos fatos geradores dos prêmios, ou a correlação entre uns e outros, podendo qualquer ato de colaboração ser suficiente (ou não) à aplicação de quaisquer dos benefícios.

Ainda sobre a negociação, a Lei em tela apresenta mais sinais de ausência de segurança jurídica nos acordos: há uma gigantesca discricionariedade desde a fase de investigação dos fatos imputados, evidenciada pela presença constante do verbo “poder” (art. 4º, *caput*, §§ 3º, 4º, 5º, 7º, 8º e 12) que, por outro lado, quase nunca confere a obrigação de conceder direitos ao colaborador em troca das colaborações.

Porém, a forte discricionariedade do poder público e a depreciada segurança jurídica não são as características mais ruins da negociação no contexto da colaboração premiada.

Contudo, é importante considerar que a “voluntariedade” exigida no art. 4º do dispositivo, em especial, se concretiza como ato de defesa de si e de ataque do outro, ao mesmo tempo. Ou seja, é um ataque, *per si*, parcial.

Em outras palavras, além de construir um cenário propício para induzir a parcialidade dos agentes públicos (que arquitetarão a tese acusatória), a colaboração premiada é em si uma recompensa a um hipotético “sujeito de prova”⁽¹³⁾ disposto a acusar como um meio de defesa. Portanto, é um meio de defesa inapto a se constituir como meio de obtenção de prova.

Na conjuntura, sobre a voluntariedade (art. 4º, *caput*), como pode coexistir a voluntariedade de acusar com a voluntariedade de se defender? Obviamente, é extremamente provável que uma ação voluntária exclua a outra e, possivelmente, no contexto da colaboração premiada, no claustro psíquico do colaborador, a ação voluntária de defesa subjugará a declaração voluntária de acusação.

O instituto beira a tamanha estranheza que o termo de colaboração equivale a um depoimento testemunhal que contém uma confissão e, simultaneamente, constitui-se num interrogatório que carrega a exigência da imparcialidade de um testemunho. Tanto é assim que o art. 4º, §14 da Lei, impõe ao colaborador a renúncia ao direito ao silêncio e, ao mesmo tempo, determina sua sujeição ao compromisso de dizer a verdade.

Por fim, nem sequer é necessário que se verifiquem as provas de irregularidades no mundo dos fatos, já que, como visto, a estrutura do instituto da colaboração premiada traz a presunção da dúvida. Porém, desde sua aplicação, os direitos mínimos do colaborador expostos na Lei 12.850/13 já foram publicamente afetados em várias ocasiões.

Como exemplo, temos o direito do colaborador de “ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados”, bem como o direito de “não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito” (art. 5º, II e V). São notórios (ressalvadas as autorizações) os ataques a esses direitos.⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

Diante dos fatos, notória é a impossibilidade da convivência entre as diversas naturezas (meio de obtenção de prova e negociação e/ou meio de defesa) embutidas na colaboração premiada e, da mesma forma, impraticável é a aliança entre o seu hibridismo e o procedimento extrajudicial da sua construção (com forte teor discricionário), já que sua natureza de negociação não poderia conviver com a ausência de contraditório.

Notas

- (1) ADI 5.508/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 13 e 14.12.2017. Informativo nº 888, Supremo Tribunal Federal, 11 a 19 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo888.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- (2) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Pleno - Poder da polícia para firmar acordo de colaboração premiada (1/3)”. Youtube. 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iPSQnMcKrbk&index=1&list=PLippyY19Z47sdlOQiqbP8kNr15kFebgqe>>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- (3) FIGUEIREDO, Candido de. Novo dicionário de língua portuguesa. 1923, p. 473. Disponível em: <<http://dicionario-aberto.net/dict.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2018.
- (4) Idem, *ibidem*, p. 1629.
- (5) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 252-255.

- (6) FIGUEIREDO, op. cit., p. 1653.
- (7) TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 611.
- (8) Idem, ibidem, p. 610.
- (9) CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 8. ed. Salvador, 2014. p. 571.
- (10) ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 30.
- (11) TÁVORA; ALENCAR, op. cit., p. 88.
- (12) FIGUEIREDO, op. cit., p. 1383.
- (13) TÁVORA; ALENCAR, op. cit., p. 611.
- (14) CARVALHO, Cleide. Doleiro diz ter aberto mão da 'taxa de sucesso' de sua delação na Lava-Jato: MPF tem cinco dias para apresentar aditivo do acordo de colaboração de Aberto Youssef. O Globo. 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/doleiro-diz-ter-aberto-mao-da-taxa-de-sucesso-de-sua-delacao-na-lava-jato-22404645>>. Acesso em: 14 mai. 2018.
- (15) VASSALLO, Luiz; BRANDT, Ricardo; MACEDO, Fausto. Delator, Marcelo Odebrecht é condenado a 10 anos: apesar de ressaltar o papel da delação do executivo, o juiz federal Sérgio Moro entendeu que 'não cabe, porém, o perdão judicial', ao considerar a 'gravidade dos crimes praticados' pelo empreiteiro. O Estado de S. Paulo. 26 de Junho de 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/delator-marcelo-odebrecht-e-condenado-a-10-anos/>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

Lucas Maia Carvalho Muniz

Especialista em Ciências Criminais pela
Faculdade Baiana de Direito.

Bacharel em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa.
Advogado.

Lei 13.718/18 e o pretense recrudescimento dos crimes sexuais

Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Osvaldo Evangelista Junior

A recente Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018, operou mudanças no tratamento legal dos crimes sexuais do Código Penal ao inserir dois novos tipos criminais, acrescer e reajustar majorantes, além de alterar a natureza da ação penal e revogar a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor do artigo 61 do Decreto-lei 3.688/41.

Trata-se da oitava reforma dos delitos sexuais nas quase oito décadas de vigência do Diploma Criminal, que, em dezembro de 2018, completa 78 anos.

Num resumo cronológico das alterações, observa-se que iniciaram na década de 90, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao introduzir qualificadoras nos à época distintos estupro e atentado violento ao pudor (Lei 8.069/90, art. 263). A seguir alguns crimes sexuais passaram por aumentos nos patamares de pena promovidos pela Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90, art. 6º) e depois houve revogações pontuais com a Lei 9.281/96. A partir do ano 2000, o assédio sexual foi inserido no artigo 216-A pela Lei 10.224/2001; e a Lei 11.106/2005 suprimiu a discriminatória expressão *mulher honesta* do delito de posse sexual mediante fraude, figura depois revogada pela Lei 12.015/2009, responsável pela maior reestruturação legislativa, com expressivas modificações penais e renomeação do Título VI do Código Penal para *crimes contra a dignidade sexual*, superando a vetusta designação *crimes contra o costume*. Houve ainda singela substituição do *nomen juris* do artigo 218-B pela Lei 12.978/2014, até o advento da novel Lei 13.718/18, ora comentada.

De início, a Lei 13.718/18 chama a atenção por ter sido sancionada por Autoridade do Poder Judiciário, o Ministro José Antônio Dias Toffoli, atual dirigente do Supremo Tribunal Federal, quarto na linha sucessória, em virtude de viagem internacional do Presidente da República Michel Temer, visto que o país encontra-se sem vice-presidente, e ainda por conta da ausência dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Rodrigo Maia e Eunício Oliveira, segundo e terceiro sucessores, por concorrerem à reeleição no pleito nacional de outubro, para evitar a inelegibilidade.⁽¹⁾

Com efeito, a primeira inovação da Lei 13.718/18 emerge da nova figura criminal intitulada *importunação sexual*,⁽²⁾ incluída no artigo 215-A do Código Penal e sancionada com reclusão, de um a cinco anos, que pune o ato libidinoso contra alguém sem anuência, com o objetivo de satisfazer lascívia própria ou de terceiro.

O novo tipo penal, expressamente subsidiário, pretende substituir a agora revogada contravenção de importunação ofensiva ao pudor e suplantam controvérsias envolvendo a classificação penal de casos lamentáveis que se tornaram frequentes, alcunhados *ejaculação de inopino*,⁽³⁾ em que indivíduos se masturbam e ejaculam em vítimas sem consentimento ou percepção prévia destas, grande parte no interior de veículos de transporte coletivo como ônibus e trens ou em eventos com aglomeração de pessoas.

Discutia-se se tais episódios configuravam a mencionada contravenção do artigo 61 do Decreto-lei 3.688/41, reprimida apenas com multa, ou ainda os crimes de estupro (CP, art. 213)⁽⁴⁾ ou de violação sexual (CP, art. 215).⁽⁵⁾

Outra novidade da Lei 13.718/18 consiste na introdução do delito de *divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia*, no artigo 218-C do Diploma Criminal, também apenada com reclusão, de um a cinco anos.

O tipo penal prevê nove ações nucleares (*oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar*), realizáveis por qualquer meio, em especial via sistemas informáticos ou telemáticos ou de comunicação de massa, que tenham por objeto fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual contendo cena de estupro ou estupro de vulnerável, bem como a apologia ou induzimento a tais práticas ou, ainda, conteúdo de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima.

O § 1º do dispositivo prevê causa de aumento de um a dois terços se o crime for praticado por quem mantém ou manteve relação íntima de afeto com a vítima ou visando vingança ou humilhação.

A figura penal do novo artigo 218-C intenta coibir a chamada *revenge porn*, ou pornografia da vingança, pelo compartilhamento

não consentido de material de cunho íntimo ou lascivo voltado a achincalhar a vítima e que costuma ser praticado por intermédio de aplicativos de equipamentos eletrônicos, notadamente aparelhos de telefonia celular móvel (*smartphones*), que não se confundem mas podem decorrer de conversas por meio eletrônico com trocas consensuais de arquivos eróticos, batizadas *sexting*, termo inglês resultante da junção das palavras *sex* (sexo) e *texting* (envio de mensagens),⁽⁶⁾ que são, como regra, indiferentes penais.

Até então, os compartilhamentos desautorizados de tais conteúdos implicavam meros delitos contra a honra, de menor potencial ofensivo e apurados via termo circunstanciado, procedimento investigatório legal vocacionado para tais infrações e direcionados à aplicação das benesses do Juizado Especial Criminal da Lei 9.099/95.

Ressalta-se que, se a vítima for coagida, não há prejuízo da caracterização, ainda que na forma tentada, de delitos mais graves como extorsão, pela denominada *sextorsão*, neologismo derivado da aglutinação dos vocábulos *sexo* e *extorsão*, ou do apelidado *estupro virtual* (na verdade estupro cometido por meio virtual ou eletrônico), consubstanciado no constrangimento de uma pessoa a realizar ato libidinoso sob chantagem de injusta divulgação em ambiente virtual de material íntimo com imagens ou vídeos de nudez ou sexo.

Outrossim, se a conduta envolver criança ou adolescente, haverá subsunção às figuras penais especiais do Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente dos artigos 241 e 241-A, dotadas dos mesmos verbos típicos e com reprimendas mais severas.

De outra banda, atos intermediários, como o registro sorrateiro de fotos ou vídeos de partes íntimas do corpo sob as vestes das vítimas, prática não incomum em espaços públicos, poderão configurar a contravenção de perturbação da tranquilidade do artigo 65 do Decreto-lei 3.688/41, numa migração do enquadramento jurídico diante da supressão da importunação ofensiva ao pudor e da incompatibilidade ou desproporção da recém-chegada importunação sexual.

Ainda quanto ao novo artigo 218-C do Código Penal, em seu § 2º, foi inserida excludente de ilicitude nas condutas em sede de publicação jornalística, científica, cultural ou acadêmica, desde que empregado recurso que não identifique a vítima ou mediante prévia autorização nos casos de maiores de dezoito anos.

Outro ponto relevante da Lei 13.718/18 foi a inserção do § 5º no artigo 217-A do Código Penal, que trata do crime de estupro de vulnerável, e consolida posicionamento segundo o qual há vulnerabilidade independentemente do consentimento ou de experiências sexuais anteriores da vítima, nas três hipóteses legais, vale lembrar, menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais sem discernimento para a prática sexual e impossibilitados de oferecer resistência, em consonância com a orientação jurisprudencial firmada na Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça,⁽⁷⁾ em tese afastável somente por eventual e justificado erro de tipo em casos concretos, com base no artigo 20 do próprio Diploma Criminal.

Mais uma séria inovação ocorre na estipulação como pública incondicionada da natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, pela nova redação do artigo 225 do Código Penal, em substituição à regra da ação condicionada à representação, até então excepcionada apenas nos casos de menores de 18 anos ou

vulneráveis, antes prevista no parágrafo único do dispositivo, que foi revogado pela Lei 13.718/18.

Não se olvida da preocupação acerca da ingerência estatal de ofício em tais situações, em face da desconsideração da autonomia de vontade das vítimas, que antes podiam optar por não se submeter às cerimônias e desgastes da persecução criminal em juízo, exigindo cuidados, que o aparato público não costuma oferecer, para evitar a revitimização e traumas, o que pode fomentar a cifra negra e atos consecutórios como abortos clandestinos, e potencializar o risco à vida e à saúde das vítimas.

Anota-se que as mudanças legislativas repercutirão de pronto no exercício da atividade de polícia judiciária, no limiar extrajudicial do processo penal, visto que as penas dos novos delitos sexuais ensejam apuração via inquérito policial e não mais termos circunstanciados, e a padronização da ação penal incondicionada para as infrações penais deve impactar ainda mais no volume de demandas a serem atendidas pelas instituições públicas, há muito carentes de recursos humanos e materiais para o desempenho de suas atribuições.

Destarte, na avaliação dos casos noticiados, quando o delegado de polícia responsável decidir pela configuração dos novos delitos sexuais, decretará a prisão em flagrante dos indivíduos apresentados se reputar presente o requisito temporal (CPP, art. 302) somado à fundada suspeita, requisito probatório da custódia flagrancial (CPP, artigo 304, § 1º).⁽⁸⁾ Ademais, a pena máxima cominada aos referidos crimes, acima de 4 anos, afasta o arbitramento de fiança extrajudicial ante o incoerente limite do artigo 322 do CPP.⁽⁹⁾

Lado outro, as penas mínimas cominadas às novas figuras típicas admitem o benefício da suspensão condicional do processo, pelo artigo 89 da Lei 9.099/95, de maneira que os criminosos poderão ser autuados e custodiados em flagrante delito, porém em muitos casos sequer serão processados em juízo.

A novel legislação ainda pretendeu elevar, para um a dois terços, a majorante nas hipóteses de concurso de dois ou mais agentes, influenciada por deploráveis episódios conhecidos como *estupro coletivo*, expressão que dá nome à causa de aumento inserida na alínea “a”, do novo inciso IV, do artigo 226 do Código Penal. Entretanto, foi mantido o inciso I do mesmo dispositivo, que estabelece majorante mais branda, de quarta parte, para a mesma circunstância. De toda sorte, para conciliar as duas causas de aumento, uma solução será restringir a mais recente do inciso IV aos crimes de estupro (incluindo o de vulnerável), e aplicar o inciso I aos demais delitos sexuais.

Ainda no citado artigo 226, foi acrescida causa de aumento, também de um a dois terços, intitulada *estupro corretivo*, quando o crime sexual for praticado para controlar o comportamento social ou sexual⁽¹⁰⁾ da vítima.

Por derradeiro, foram ampliadas as majorantes já existentes dos incisos III e IV do artigo 234-A do Código Penal, tanto a proveniente da gravidez da ofendida, antes somente aumentada da metade e agora de metade a dois terços, quanto em decorrência do contágio de doença sexualmente transmissível ou por delito contra pessoa idosa ou deficiente, anteriormente de um sexto até a metade e agora de um terço a dois terços.

À luz do dramático quadro brasileiro, com estatísticas anuais próximas aos cinquenta mil registros de estupro,⁽¹¹⁾ sem considerar as subnotificações, a despeito das ponderações preliminares

lançadas, espera-se que a reforma legislativa ao menos alerte para a premente necessidade de maior atenção nas políticas destinadas à tutela da dignidade sexual, como pauta essencial nas agendas de Segurança Pública e Justiça Criminal.

Notas

- (1) POMPEU, Ana. Como presidente interino, Toffoli sanciona lei que torna crime importunação sexual. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 set. 2018.
- (2) O Código Penal Português prevê em seu artigo 170º o crime de *importunação sexual* com a seguinte redação: “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de caráter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constringendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.
- (3) GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto. Divergências sobre o tratamento criminal da ejaculação de inopino. In: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). *Estudos contemporâneos de polícia judiciária*. São Paulo: Editora LTr, 2018. p. 37-45.
- (4) Para sustentar a configuração de estupro, argumentava-se que a suposta violência consistiria no próprio ato de ejacular na vítima e não no emprego de força física contra a ofendida para viabilizar o ato libidinoso.
- (5) Em que pese o *nomen juris* do artigo 215 do CP sugerir prática a título de *estelionato sexual*, a literalidade do tipo penal não se restringe à conduta por meio de fraude, porquanto dispõe que o ato libidinoso pode ser cometido *por outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*, o que gerou discussão em fatos que a ofendida não estava ciente da atitude do agente, que ejaculou de modo inesperado e ultrajante, impedindo qualquer reação ou manifestação, com mera participação passiva da vítima. Houve casos concretos enquadrados no referido dispositivo penal (Processo nº 325-30.2016.811.0002, 2ª Vara Criminal da Comarca de Várzea Grande/MT).
- (6) FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. *Canal Ciências Criminais*, Porto Alegre, 25 set. 2018; MARAFANTI, Thais. A questão do *nudes* no direito brasileiro no aspecto constitucional, civil e criminal. In: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). *Estudos contemporâneos de polícia judiciária*. São Paulo: Editora LTr, 2018. p. 140-153.

- (7) STJ, Súmula 593: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.
- (8) MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delicto constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 160-168.
- (9) BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelaridade como direito humano fundamental. In: GUSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 174-175.
- (10) Na França os crimes sexuais eram qualificados quando praticados em razão da orientação sexual da vítima, conforme previa o parágrafo 9º do artigo 222-24 do Código Penal Francês, que acabou revogado pela Lei 2018-703, de 3 de agosto de 2018.
- (11) Em 2016 foram registrados 49.497 casos de estupro no Brasil, enquanto no Sistema Único de Saúde foram cadastrados 22.918 incidentes dessa natureza, o que representa menos da metade das notificações às instituições policiais. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da Violência 2018*, p. 56. Rio de Janeiro, jun. 2018.

Rafael Francisco Marcondes de Moraes

Mestre em Direito Processual Penal pela USP.

Professor concursado da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo (Acadepol).

Delegado de Polícia.

Oswaldo Evangelista Júnior

Especialista em Direito Processual Penal pela

Universidade Estadual de Londrina.

Professor da Faculdade Eduvale de Avaré e da Universidade Anhanguera.

Delegado de Polícia.

Punitivismo pós-moderno: hipertrofia penal e fetiche punitivo pela mídia e discurso de crise

Décio Franco David e Jaqueline Alexandra Maccoppi

O presente artigo reflete sobre como o modelo neoliberal e a pós-modernidade penal se utilizam da mídia e do discurso de crise como instrumentos para produzir um sistema de justiça criminal cada vez mais violento e excludente.

O neoliberalismo se aproveita de discursos de poder para justificar medidas com tendências antidemocráticas, induzindo à naturalização de atos autoritários, não só no campo econômico, mas também no político e social. São essas medidas que materializam o que **John Pratt**⁽¹⁾ e **Simon Hallsworth**⁽²⁾ definem como punição pós-moderna. Segundo **Hallsworth**, as “fontes das quais a punição pós-moderna deriva têm suas raízes não somente na lógica da ordem penal pré-moderna, mas especificamente na economia penal de excesso, a qual ela estava vinculada”.⁽³⁾ Por isso, a mescla entre esses dois modelos corresponde ao contexto atual de projeção punitiva e sua expansão. Essa delimitação só é compreendida por intermédio de uma análise crítica dos mecanismos de controle social penal. Portanto, pode-se dizer que a punição pós-moderna corresponde à face da punição do modelo

neoliberal pelo fato de que rejeita as propostas da modernidade, em prol de um discurso seletivo e de exclusão.⁽⁴⁾ Em outras palavras, as promessas garantísticas da modernidade são recusadas pela punição pós-moderna, na qual três características se destacam: a) relegitimação da infligência de dor; b) surgimento de um sentenciamento visceral; c) abandono do investimento produtivo em criminosos.⁽⁵⁾

Eis então que a legitimação desse modelo agressivo e deturpador de garantias individuais é reforçado – e até mesmo legitimado – pelo papel desempenhado por dois instrumentos de alto rendimento: mídia e discurso de crise.

Os meios de comunicação em massa, como grandes instrumentos de difusão cultural e de controle social geral, reproduzem inúmeros discursos que importam na formação do senso comum. A mídia é capaz de criar e transformar valores e padrões de pensamento para atender a determinados modelos por intermédio do empobrecimento do imaginário e do simbolismo. Conforme explica **Gilberto Felisberto Vasconcellos**, “quem produz socialmente a massa

marginalizada é quem moldura sua visão de mundo. Telenovela. Programas de auditório. Rádio. Esporte. Música. Religião”.⁽⁶⁾ Por sua vez, o termo “crise”, conforme explica **Rubens Casara**, transformou-se num discurso retórico comumente utilizado para diversificados fins, como criação de medidas provisórias, edição de leis, deturpação de princípios e garantias constitucionais, golpes de Estado, entre outros.⁽⁷⁾ Por isso, a crise perde sua essência temporal, a qual a limitava ao significado de transição de pensamento, de necessidade (ou realização) de modificação social, como assenta **Reinhart Koselleck**,⁽⁸⁾ para virar uma arma ideológica do modelo neoliberal punitivista pós-moderno.⁽⁹⁾ Em outras palavras, a exceção vira a regra.⁽¹⁰⁾

Sob essa perspectiva, surge a indagação do que isso representa para o sistema de justiça criminal, à medida em que este sempre se associa ao modelo estatal, ditando a ausência ou imposição de limites. A consequência do enlace entre os dois instrumentos reflete na construção de normativas lesivas aos cidadãos e ao Estado Democrático de Direito, sendo exemplos a lesão de direitos trabalhistas e previdenciários, a criminalização de protestos sociais, a ampliação de medidas contundentes e violentas nas pautas de segurança pública, a ampliação de tipos penais simbólicos, etc., especialmente como ocorreu nas escolhas político-legislativas de natureza penal realizadas no ano de 2017 e 2018. Essa perspectiva atual apresenta um “novo” papel interventor do Estado: desamparar seus cidadãos da cidadania e massificar lesões de garantias fundamentais.⁽¹¹⁾

Nesse sentido, verifica-se que a Lei 13.654/2018 materializa a crítica aqui levantada. O interesse econômico das instituições financeiras foi reforçado em muitos noticiários policiais por apresentadores que bradavam berros contra as *gangues do maçarico* e *gangues da dinamite*. Em jornais menos apelativos, as reportagens sempre prezaram pelo sentimento de pavor decorrente de tais atividades delitivas, comprovando o sintoma de necessidade de mudanças que o discurso de crise exige. O resultado foi a criação de um tipo qualificado (novo §4º do art. 155, CP) e a punição de condutas em tese preparatórias nas modalidades de furto (novo §7º do art. 155, CP), além de novas majorantes sobre o mesmo tema para o delito de roubo (novo inciso VI, do §2º do art. 157, CP e novo §2-A do mesmo artigo), demonstrando a hipertrofia⁽¹²⁾ penal sobre o tema, que resultará em uma ampliação dos casos de penas privativas de liberdade nesses delitos.

Segundo dados do INFOPEN 2017, das 726.712 pessoas presas no país, 26% da população carcerária masculina e 11% da população carcerária feminina estão condenadas por roubo, enquanto que, por furto, o percentual chega a 12% (homens) e 9% (mulheres). São números alarmantes! E, com o aumento da tendência fetichista da pena,⁽¹³⁾ como mecanismo para repensar as propostas retributivas, justamente por uma *pressão* social construída por uma mídia formadora de opinião de senso comum, o panorama futuro é desesperançoso, principalmente diante de projetos de lei como os PLS 352/2017 e 407/2017, ambos do Senador José Medeiros, que, tipicamente representando a postura punitivista pós-moderna, propõem, com base em discurso de crise, a implementação de presunção de legítima defesa para casos controvertidos de violência. Essa realidade demonstra plenamente como o Estado, nesse modelo, abandona completamente seu

papel de protetor dos cidadãos para um deturpador de cidadanias e agente de exclusões.

Com isso, ou a reflexão crítica toma coragem para confrontar tais posturas ou ocorrerá um verdadeiro genocídio social legitimado pelo sistema penal. Principalmente pelo fato de que nesse modelo, “*Estar vivo é um perigo; pensar, um pecado*”,⁽¹⁴⁾ pois o Estado, enquanto máquina do modelo, objetiva ensinar a “*aceitar o horror como se aceita o frio no inverno*”.⁽¹⁵⁾

Notas

- (1) Pratt, John. O retorno dos “homens carrinho de mão” ou a chegada da punição pós-moderna? In: CÂNEDO, Carlos; FONSECA, David S (Org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 128-160.
- (2) HALLSWORTH, Simon. A questão de uma punição pós-moderna. In: CÂNEDO; FONSECA, op. cit., p. 185-209.
- (3) Idem, ibidem, p. 206.
- (4) Boaventura de Sousa Santos explica que a ideologia e a prática do neoliberalismo a partir dos anos 60, em combinação com operações transnacionais de grandes empresas, conduziram não apenas ao sepultamento do Estado nação, mas, igualmente, ao retroceder do princípio de comunidade em prol de um estado de marginalização ainda maior (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 155).
- (5) HALLSWORTH, op. cit., p. 199-203.
- (6) VASCONCELLOS, Gilberto Felisberto. Darcy Ribeiro e a massa marginalizada. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 17/18. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 115.
- (7) CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 10-13.
- (8) KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 139.
- (9) Segundo Flávio Aguiar, “por onde passaram, as políticas neoliberais deixaram um rastro de destruição e agonia” (AGUIAR, Flávio. *A cultura do medo: nova etapa do capitalismo*. In: *Margem Esquerda: ensaios marxistas*, n. 6. São Paulo: Boitempo, set./2005. p. 35).
- (10) “O que há de inédito, na atual quadra histórica, é que a crise é apresentada explicitamente como permanente e não esconde a positividade em relação aos interesses neoliberais. Note-se que não se trata de uma fase de transição. A crise, de fato, existiu, mas deu lugar a algo diferente. A crise, aliás, é uma constante do capitalismo, que necessita transformar as condições de sua existência em meio ao desequilíbrio natural que lhe é inerente” (CASARA, op. cit., p. 14-15).
- (11) “o papel do Estado cresceu, ao invés de diminuir, mas cresceu como o do regulador permanente de uma contínua supressão de direitos. O Estado tornou-se, assim, o vetor legal de uma rápida pulverização de direitos; e, portanto, uma espécie de sorvedouro, ou demolidor de aspirações e sonhos. Construiu-se, assim, pela base mesma dos pensamentos, dos corações e das mentes, uma cultura do medo e do desamparo da cidadania”. (AGUIAR, op. cit., p. 36-37).
- (12) Segundo Alamiro Velludo Salvador Neto, o termo corresponde à “tentativa do legislador de estabelecer hipóteses típicas excessivamente precisas e casuísticas, que conduzem a sérios problemas de proporcionalidade e racionalidade” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26).
- (13) Sobre o assunto: ALAGIA, Alejandro. *Fazer sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p. 313 e ss; DAVID, Décio Franco; SALOMÃO NETO, Antonio. *Fetichismo e pena: reflexões sobre psicanálise no direito penal*. Revista O Mal-Estar no Direito, v. 2, p. 1-17, 2016.
- (14) GALEANO, Eduardo. *Dias e noites de amor e de guerra*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2016. p. 83.
- (15) Idem, ibidem.

Décio Franco David

Doutorando em Ciência Jurídica pela UENP.
Professor de Direito da UFPR, da FESPPR e da FAE Centro Universitário.
Advogado.

Jaqueline Alexandra Maccoppi

Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela ABDCONST.
Especialista em Direito Público pela FURB/ESMESC.
Técnica Judiciária do TJSC.

É inválida a utilização da lei 9.296 na captação de mensagens trocadas pelo *Blackberry Messenger*?

Ivan Jezler Júnior e Vitor Paczek Machado

1. Introdução do problema e da hipótese

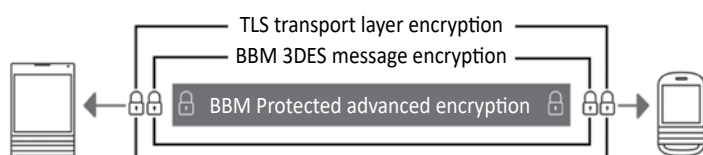
Quando se reflete sobre o sentido jurídico de interceptação, atribui-se a noção de que algo está em movimento e é captado em tempo real, colhido instantaneamente durante o seu percurso. Essa característica podemos chamar de instantaneidade (STJ, HC 315.220/RS), como no caso em que as interceptações de ligações telefônicas e telemáticas são desviadas instantaneamente para o aparelho celular da polícia judiciária e armazenadas aqui no Brasil, mediante gravação, através do Sistema Guardião. Exclui-se desse rol de provas que são captadas instantaneamente as cartas trocadas e guardadas em casa, o que dá ensejo à busca e apreensão (art. 240, §1º, alínea ‘f’ do CPP).

Essa premissa nos fez refletir sobre a validade da obtenção de provas cautelares, especificamente conversas privadas trocadas pelo sistema *BBM (Blackberry Messenger)*, indo além da discussão da necessidade (ou não) de cooperação internacional para tal desiderato. O ponto de discussão que nos chama atenção é outro, até então omissos, no tocante à validade da fundamentação das decisões que autorizam a medida cautelar em relação ao *BBM* com base na lei 9.296/96, implicando direitos fundamentais do sujeito passivo da constrição.

A pergunta deste artigo, portanto, é sobre a legalidade ou não da utilização da lei de interceptações telefônicas e telemáticas para captar conversas privadas trocadas via *BBM*; e a hipótese é de que a instantaneidade não permite tal aplicação, de forma a invalidar a fundamentação das decisões cautelares que a utilizam e implicar direitos fundamentais daqueles que foram submetidos à decisão.

2. Conversas privadas (provas) armazenadas e a questão da validade em interceptar-se

Com a noção de interceptação e a exigência de instantaneidade, devemos indagar sobre a forma tecnológica do *BBM* e as implicações processuais daquela. Para isso, a primeira ideia-força é de que as conversas privadas por *BBM* são, além de criptografadas, mensagens armazenadas, as quais são disponibilizadas de forma rápida pela operadora *RIM (Research in Motion)*. A tecnologia disponibilizada pelo serviço *BBM* é diferente das ligações telefônicas efetuadas, porque as conversas são protegidas, mediante criptografia de ponta a ponta, tanto do usuário que manda como do que recebe, incorporando camadas de segurança.⁽¹⁾ A imagem explicativa quanto à tecnologia utilizada é a seguinte:



Nesse sentido, a obtenção de conversas privadas trocadas pela tecnologia *BBM* não será uma captação em ‘tempo real’, instantânea, justamente pela proteção da criptografia utilizada pela tecnologia, o que impede o desvio das mensagens durante o percurso e impõe a disponibilização de pacote de dados contendo um conjunto de mensagens à espera da quebra da criptografia, mediante fornecimento da chave pela subsidiária brasileira. Esse quadro operacional tecnológico é que impede a utilização da lei 9.296/96.

Processualmente falando, deve-se compreender que fatos antigos são verificados a partir das consequências e efeitos (**Lopes Jr.** fala em “interpretar os signos do passado, deixados no presente”), motivo pelo qual somente o presente se torna experimentável, sendo o passado provado; logo, é errado confundir desvio em tempo real com a captação de fatos antigos (dados eletrônicos criptografados), que são história e memória.⁽²⁾ Por isso que as mensagens de *BBM* não podem ser obtidas em ‘tempo real’; não se fala em ‘real’ quando estamos diante de um acesso ao passado, nos dados armazenados. O real só existe no presente. As mensagens armazenadas são dados passados, reconstruídos no presente, logo, no campo da memória. A única coisa que elas não possuem é ‘instantaneidade’.

Nesse quadro fático, pensamos que a obtenção de mensagens privadas trocadas via *BBM* é uma medida probatória submetida à reserva de jurisdição que deve ser fundamentada com base no art. 7º, inciso III da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e art. 240, §1º, alínea ‘h’ do CPP.

Por ora, entretanto, não se nega a necessidade quanto à construção de um Marco Processual Penal da Internet, com regras orientadoras fortes, com *standards* capazes de obstar o decisionismo e privilegiar uma jurisdição constitucional e convencional, como já afirmou **Jezler Júnior**.⁽³⁾

A Lei 12.965/2014 tem lacunas que devem ser preenchidas constitucionalmente até a edição de um Marco Processual Penal da Internet, com completude probatória, porque a CF/88 não é um “tigre sem dentes”; e seus mandados explícitos estão aí para preencherem algumas decisões materialmente desmotivadas, que estão sendo proferidas na coleta do conteúdo tecnológico estancado.

Considerando-se que a necessidade de ordem judicial para aceder a esses elementos probatórios se constitui num ponto de partida para as etapas de aquisição da prova eletrônica, são necessários requisitos e pressupostos, hipóteses de cabimento, legitimidade, competência e o acesso ao contraditório, especialmente pelo caráter volátil que engrandece os cuidados necessários à conservação desse material oculto.

Ao mesmo tempo, constata-se a importância de o processo penal usufruir dos recursos tecnológicos de investigação, os meios ocultos, sem amorfismos, considerando a impossibilidade

de se alcançar uma verdade real digital. Uma realidade epistemologicamente alcançável, respeitando as regras do jogo.

Rememore-se que a motivação das decisões judiciais vincula o provimento judicial à estrita legalidade; daí porque tem-se relevância maior e instituição na Constituição com pena de nulidade diante do não cumprimento da medida. E não é preciso ir além para identificar a violação à legalidade estrita quando da imposição de fundamentação diversa da cabível no monitoramento. Além disso, o princípio da correlação é pressuposto para o exercício da jurisdição, de modo que a inobservância do objeto da medida com as razões do provimento (representados pela ideia de congruência narrativa e congruência normativa⁽⁴⁾) implica uma decisão nula ante a sua contradição.

Com essas premissas, a decisão judicial trará mais proteção à intimidade dos sujeitos passivos da medida, porque a busca e apreensão exige especificidade da medida e pré-compreensão do objeto a ser buscado, em contrapartida com a interceptação, que atinge todas as ligações efetuadas entre o alvo, de modo que o caráter vinculado da busca e apreensão tem uma eficácia limitada na interferência do direito à intimidade.⁽⁵⁾

Daí porque se conclui que a utilização da lei 9.296/96 para fundamentar a obtenção de mensagens trocadas via *BBM* é inválida, na medida em que a decisão judicial é nula por vício de fundamentação, exatamente pelo fato de que não se pode interceptar (violação à noção de congruência narrativa e normativa). É o preço pago por vivermos em democracia.

Lei 13.641/18: novo recrudescimento na Lei Maria da Pena

Rejane Alves de Arruda

A Lei 13.641, publicada no Diário Oficial da União em 4 (quatro) de abril de 2018, inseriu, no artigo 24 da Lei Maria da Pena (Lei 11.340/06), a previsão do crime de desobediência para os casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Embora o Superior Tribunal de Justiça⁽¹⁾ estivesse entendendo pela atipicidade da conduta, em face da ausência de previsão legal, o art. 24-A veio ao encontro do recrudescimento do tratamento penal já observado nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ainda que a pena do crime de desobediência, previsto agora no artigo 24-A da Lei Maria da Pena, não seja superior a 2 (dois) anos, o legislador dá pistas acerca da inaplicabilidade da Lei 9.099/95 a tal espécie delitiva.

Com efeito, primeiramente, a localização topográfica do crime de desobediência na própria lei 11.340/06 já explicita o desejo de tratar tal infração penal de forma distinta da prevista no artigo 330 do Código Penal. Não houve uma *mera modificação* no art. 330 do Código Penal,⁽²⁾ mas sim uma *nova* incriminação a ser aplicada no âmbito da violência doméstica.

Essa “nova” tipificação do crime de desobediência é aplicável nos casos de descumprimento de qualquer medida protetiva,

Notas

- (1) “*BBM Protected is designed to provide full end-to-end message encryption from the time a BBM Protected user sends a message to when the recipient receives the message. It incorporates three layers of security*”. Disponível em: << <http://ca.blackberry.com/enterprise/products/bbm-protected.html#get-started> >>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- (2) LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 374 e ss.
- (3) JEZLER JÚNIOR, Ivan. A “busca” por um Marco Processual Penal da Internet: requisitos para captação dos dados armazenados em compartimentos eletrônicos. 2018. 202f. Trabalho de conclusão de curso. (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 37.
- (4) GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 195 e ss.
- (5) Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que “os limites objetivos e subjetivos da busca e apreensão hão de estar no ato que a determine, discrepando, a mais não poder, da ordem jurídica em vigor delegar a extensão à autoridade policial” (STF, MS 23.454/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, TRIBUNAL PLENO, DJe 23/04/2001).

Ivan Jezler Júnior

Professor de Direito Processual Penal no
CEJAS e na Pós-Graduação LFG.
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Advogado.

Vitor Paczek Machado

Mestre e especialista em Ciências Criminais pela PUCRS.
Advogado.

sejam aquelas que obrigam o agressor, previstas no artigo 22, ou as que sejam de urgência à ofendida, previstas nos artigos 23 e 24. Nesse aspecto, poderia ter o legislador inserido a tipificação penal na seção II (e não na III) da Lei Maria da Pena, por ser justamente onde se encontram as medidas protetivas que restam descumpridas no dia a dia pelos agressores.

Por outro lado, voltando à aplicabilidade ou não da Lei 9.099/95, percebe-se que o parágrafo segundo do novel artigo 24-A faz expressa advertência à *prisão em flagrante*, restringindo à autoridade judiciária o arbitramento de fiança. Nesse ponto, recorda-se que a Lei 9.099/95 dispõe, expressamente no artigo 69, parágrafo único, que *não se imporá prisão em flagrante* ao autor do fato que for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer.

Em face dessa comparação, é possível afirmar que o crime de desobediência do artigo 24-A foge à competência do Juizado Especial Criminal, passando ao largo dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, em plena consonância com a Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: *A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Pena*.

Na mesma toada, o parágrafo segundo do artigo 24-A aduz à competência para o arbitramento de fiança, o que, ao menos em regra, também é evitado nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 69, parágrafo único, Lei 9.099/95).

Constata-se, ainda, que restou excepcionado o artigo 322, caput, do Código de Processo Penal, uma vez que, nas infrações apenadas com detenção, a atribuição para o arbitramento de fiança e consequente concessão de liberdade provisória é da autoridade policial. Agora, no crime de desobediência, previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha, ainda que punido com detenção, caberá ao juiz determinar o valor da fiança e dispor acerca da eventual liberdade provisória.

Nesse ponto, não deixa de haver certa coerência, pois é da autoridade judiciária a legitimidade para imposição não só das medidas protetivas de urgência, mas também das demais medidas cautelares alternativas previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal. Até porque é sabido que fiança é a única cautelar alternativa que pode ser aplicada pela autoridade policial – nessa particularidade, não mais, em caso do crime do art. 24-A.

Assim, a Lei 13.641/18 recrudescer o tratamento penal e processual penal dado autor de violência doméstica e familiar contra a mulher. Afora a prisão preventiva, que pode ser decretada para a garantia do cumprimento das medidas protetivas, conforme dispõe o art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, outra modalidade de prisão provisória passa a ser possível: a prisão em flagrante pelo crime de desobediência (artigo 24-A), quando o autor estiver em estado de flagrância, ou seja, numa das hipóteses do artigo 302 do CPP.⁽³⁾

Apesar de tal crime ser punido com detenção, a liberdade provisória somente poderá ser concedida pela autoridade judiciária, a quem competirá também o arbitramento de fiança. Pela regra do artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal, essa cautelar alternativa somente pode ser imposta para os casos de afiançabilidade, o que não ocorre quando estão presentes os requisitos da prisão preventiva – como prevê, expressamente, o artigo 324, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Fugindo da competência do Juizado Especial Criminal, o crime previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha será apurado mediante o procedimento comum sumário e, em face da conexão (art. 76 do CPP), poderá ter unidade de processo e julgamento com o crime praticado contra a mulher em situação de violência

doméstica e familiar. Nesse aspecto, a unidade dos feitos traria não apenas celeridade e economia ao rito processual, mas evitaria também o risco de decisões contraditórias.

Por fim, não custa lembrar que o artigo 24-A da Lei 11.340/06 consiste em *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir em face do princípio da anterioridade expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXIX) e no Código Penal.

Se a Lei Maria da Penha já era marcada por uma série de especificidades, a ponto de se falar em um microsistema, percebe-se que as alterações advindas com a Lei 13.641/18 demonstram a existência de uma constante preocupação para com o trato da violência doméstica e familiar contra a mulher, além de constituírem um importante passo rumo à efetividade das normas de caráter repressivo e preventivo. Ao menos, em tese, esse é o objetivo.

Notas

- (1) A Lei 11.340/2006 prevê consequências jurídicas próprias e suficientes a coibir o descumprimento das medidas protetivas, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal, situação que evidencia, na espécie, a atipicidade da conduta (STJ - HC 338613/SC - Relator(a) Ministro Antonio Saldanha Palheiro - Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma - Data do Julgamento: 12/12/2017 - Data da Publicação/Fonte: DJe 19/12/2017). A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está pacificada no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas estabelecidas na Lei Maria da Penha não caracteriza a prática do delito previsto no art. 330 do Código Penal, em atenção ao princípio da *ultima ratio*, tendo em vista a existência de cominação específica nas hipóteses em que a conduta for praticada no âmbito doméstico e familiar, nos termos do art. 313, III, do Código de Processo Penal. Precedentes. 4. No tocante ao crime de ameaça, malgrado a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, restando definida a reprimenda final em patamar inferior a 4 anos de detenção, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, do CP. Este Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou a Súmula 269, segundo a qual “é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais” (STJ - HC 406951/SP - Relator(a) Ministro Ribeiro Dantas - Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma - Data do Julgamento: 26/09/2017 - Data da Publicação/Fonte: DJe 06/10/2017).
- (2) Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.
- (3) Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Rejane Alves de Arruda

Doutora e mestre em Direito pela PUCSP.

Professora Universitária.

Advogada.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.

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

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

CONSELHO EDITORIAL:

Acácio Miranda Filho, Alexis Eliane, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, André Lozano Andrade, André Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garçete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Cristiano Barros, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emilia M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Fernando B. Dias, Frederico Manso Brusamolín, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anhé Andorato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Juliana Regassi, Leticia Garducci, Lévio Scatolini, Luan Nogueu Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Guedes Piráquina, Manoel Alves da Silva Junior, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Beda, Mariana Chies, Matheus Chiocheta, Matheus

Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octavio Orzari, Otávio Espíres Bazaglia, Pedro Beretta, Pedro Augusto Simões da Conceição, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Raul Abramo Ariano, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Rosa Cantal, Salomão Shecaira, Sámia Zattar, Theodor Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vitor Hugo da Silva, Vinicius Vasconcellos e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

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

Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thais Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal e Vivian Peres da Silva.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Roberto Portugal de Biazí.

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

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

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

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

Tiragem: 4.500 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

Limites da individualização da pena e a importância do *habeas corpus* coletivo para as mães encarceradas

Mariana Mingrone

1. Introdução

O artigo faz considerações e críticas referentes ao encarceramento, especialmente de mulheres grávidas e com filhos de até 12 anos de idade, ressaltando a importância do respeito ao consagrado fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como do princípio penal constitucional da individualização da pena.

Com maestria, **Ingo Wolfgang Sarlet** ressalta, em sua obra, que a dignidade da pessoa humana “*consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais de sobrevivência*”.⁽¹⁾ Trata-se de um atributo que todo indivíduo possui e é inerente a sua condição humana, mas ainda hoje – depois de longos anos da consagração da Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual estabelece já em seu preâmbulo o princípio da dignidade humana – nos deparamos com dificuldades em se fazer cumprir preceito tão importante.

Ademais, considerando a situação de vulnerabilidade que o sistema carcerário traz à condenada, busca-se neste texto valorar a digníssima e recente decisão de 20 de fevereiro de 2018 sobre o cabimento do *habeas corpus* coletivo no caso em tela, atentando para a especial condição da mulher nesse cenário.

Destaca-se que, sendo o princípio da individualização da pena consagrado no âmbito do Direito Penal brasileiro e garantidor dos cidadãos diante do poder punitivo estatal, é inadmissível que mães e gestantes sejam mantidas presas em condições tão insalubres e degradantes como a do sistema penitenciário, uma afronta direta aos valores da Constituição Federal.

2. As mães encarceradas e o tratamento dado a elas dentro do sistema prisional

De acordo com as Regras de Bangkok, deve existir atenção específica às mulheres mães presas, vislumbrando o melhor interesse da criança. No entanto, essa regra nem sempre é respeitada; e os dados são alarmantes; cerca de 80% das encarceradas são mães, segundo dados do Infopen.⁽²⁾

Em uma pesquisa feita pela Fiocruz, chamada “Nascer nas Prisões”, entre 2011 e 2014, a maioria das gestantes no cárcere é preta ou parda, entre 20 e 29 anos, de baixa escolaridade, sendo que 62% já tinham de dois a quatro filhos. A médica e pesquisadora coordenadora da pesquisa ressalta: “*Mais da metade delas não tinha companheiros e um terço se declarou chefe de família. A maioria foi presa por delitos menores, como levar drogas para o marido na cadeia, vender pequenas*

quantidades da droga ou envolver-se em brigas. É a baixa democracia brasileira: prender mães pobres, (impondo-lhes um castigo desse tamanho)”.⁽³⁾

Importante ainda lembrar que as cadeias não foram pensadas e projetadas para receberem mulheres, embora o corpo feminino exija mais cuidados com a segurança íntima do que o masculino. Observa a coordenadora do Núcleo especializado da Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo, Carmen Silvia de Moraes Barros: “*Temos outra luta aqui para que haja a instalação de creches nos presídios, para que as mães possam exercer o direito de amamentar os filhos*”, explica. “*Se não houver onde deixar o bebê, na cadeia, ele tem de ser separado da mãe. Atendimento psicológico para a mulher tentar lidar de maneira menos dolorosa com a separação? Nem pensar. É importante ter em mente que, ao ser presa, a mulher perde a liberdade de ir e vir, não a liberdade íntima, do livre pensamento, da livre associação para fins lícitos, enfim, a liberdade de existência. É uma questão de dignidade, que precisa ser respeitada*”.⁽⁴⁾

Além disso, o encarceramento das mães viola gravemente os direitos constitucionais das crianças, como o direito à saúde, alimentação, convivência com a família. Pedro Hartung, advogado do Alana, grupo de defesa dos direitos infantis, ensina: “*Pesquisas mostram que crianças expostas a estresse, inclusive o afastamento da mãe e da família, levam essa marca para toda a vida em atraso cognitivo, problemas de saúde e estresse tóxico. É um impacto social muito grave. Todos nos beneficiamos como sociedade que as crianças tenham um desenvolvimento sadio. E para proteger essas crianças precisamos proteger suas mães*”.⁽⁵⁾

Ainda que existam leis que prevejam o direito da mãe condenada de estar perto do seu filho – a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as Regras de Bangkok -, na prática elas não são minimamente aplicadas.

A questão das mães encarceradas é muito séria e fere princípios consagrados pelo Estado Democrático de Direito. A absoluta indignidade que um ambiente como o de um presídio traz para a mãe e o seu filho são incontestáveis, expondo-os a riscos graves de contaminação por doenças e iminente lesão psicológica.

No Brasil, frequentemente o Poder Judiciário negligencia o valor que a maternidade tem para as mulheres. Sem qualquer autonomia para decidirem sobre a criação de seus filhos, questiona-se se a manutenção de mães atrás das grades não é mais uma forma de puni-las e castigá-las, utilizando-se de seu filho, um meio um tanto quanto vulnerável, para tanto.

Paradoxal e diametralmente contra aos preceitos fundamentais, a criança é vista como culpada, já que também compartilha do cumprimento da pena de sua genitora.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana e os limites da individualização da pena

A Constituição estabelece que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III. Sendo o princípio fundador dos direitos do homem, traduz a essência da concepção humanista, que corresponde não só ao direito à vida, mas também ao direito ao desenvolvimento da cidadania, da personalidade e de todos os direitos fundamentais.

Nesse diapasão, inspirado no conceito de **Kant** sobre a dignidade da pessoa humana, que preceitua que “*o homem é um fim em si mesmo e jamais pode ser coisificado*”, o princípio constitucional penal da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, dispõe que “*A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) prestação social alternativa; d) suspensão ou interdição de direitos*”.

Tal princípio consagra a isonomia material, atribuindo tratamento diferenciado a indivíduos que estejam em situações diversas; e parte do pressuposto de que “*a pena não passará da pessoa do condenado*” (artigo 5º, LXV, da Constituição Federal); é esse o princípio da personalidade da pena.

Ora, numa interpretação conjunta desses conceitos, nota-se com facilidade que a situação das mulheres do cárcere, grávidas ou com filhos, afeta não só a vida delas. A vida nas prisões é extremamente precária, em condições insalubres e extremamente violadora de direitos, ambiente em tudo inapropriado para qualquer um, quanto mais para uma criança.

Ocorre que os filhos dessas mães também cumprem as penas a elas impostas, sem motivo algum, apenas pelo fato de serem filhos de mães que cometeram algum crime, o que viola os princípios constitucionais citados; como se em um Estado Democrático de Direitos fosse razoável que um inimputável, em situação de extrema vulnerabilidade, cumpra penas assim tão cruéis e desproporcionais, inclusive por crimes que não cometeu.

O aumento do encarceramento feminino e, logo, o aumento de mães e grávidas encarceradas, demonstra que o Sistema de Justiça vem afrontando as recomendações internacionais – como nas Regras de Bangkok – contra o uso da prisão para essas mulheres, neste sentido: “*Sete mulheres das 241 ouvidas (8% do total) alegaram ter sido algemadas enquanto davam à luz. Apenas 3% das mulheres entrevistadas tinham acompanhantes na sala de operação e as visitas pós-nascimento foram autorizadas em somente 11% dos casos. De acordo com os relatos colhidos durante a pesquisa, a intimidade das mulheres parturientes foi respeitada por 10,5% dos profissionais de saúde e por 11,3% dos agentes prisionais. Para analisar a experiência pré-parto e o atendimento prestado às gestantes, foi considerada recomendação do Ministério da Saúde, segundo a qual o pré-natal adequado tem de ser iniciado antes da 16ª semana da gestação. A distribuição 19 Revisado HC 143641 / SP das consultas é trimestral: uma no primeiro trimestre, duas no segundo e três, no terceiro. Apenas 32% das mulheres*

ouvidas tiveram um atendimento pré-natal adequado”.⁽⁶⁾

A título de exemplo, nesse sentido, o mesmo diploma internacional citado, na Regra 42, prevê que “*O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as*”.⁽⁷⁾ É notória a atenção da comunidade internacional em tutelar de forma específica os direitos dos nascituros, filhos das gestantes e mães encarceradas, para que esses não sofram grosseiramente as consequências das mazelas do sistema prisional brasileiro.

Assim, caminhando-se para uma valorização, ainda que a passos lentos, do direito das presas, antes da alteração da Lei 13.257/16, o Código de Processo Penal previa que só as gestantes a partir do 7º mês de gravidez teriam direito à prisão domiciliar. Com a recente alteração, todas as gestantes agora têm esse direito e a concessão do benefício.

É evidente que na situação dessas mulheres os limites da individualização da pena e da personalidade não são respeitados; e são nefastas as consequências do cárcere estendidas a essas crianças. Além disso, privar o convívio desses indivíduos de suas respectivas mães, nessa importante fase de crescimento, pode ser muito prejudicial à formação dos mesmos; daí, portanto, celebrarmos a aplicação do *habeas corpus* coletivo.

4. A importância do *habeas corpus* coletivo

Ainda que o legislador tenha se revelado sensível para com a situação de vulnerabilidade da criança e da mãe gestante, atribuindo maior proteção a eles – como previsto nos artigos 6º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que sofreu recente alteração pela Lei 13.257/16 –, não basta apenas a previsão do direito material; é inadmissível conceber a ideia de que crianças já nasçam presas e que seus direitos não passem de belos textos.

Com efeito, é aí que surge a importância do *habeas corpus* coletivo nesses casos. Como a violação dos direitos fundamentais é extensa e atinge um número grande de mulheres, o instrumento coletivo é de grande importância, conseguindo atingir número vasto de lesados, a fim de se obter a decisão mais rápida possível.

O *habeas corpus* coletivo se presta a salvaguardar um dos direitos mais preciosos, a liberdade, o direito de ir vir. Ora, em uma sociedade como a contemporânea, burocratizada, a busca por instrumentos que viabilizem decisões efetivas, inclusive por razões de política judiciária, deve ser incentivada quando o objetivo maior é a proteção do direito fundamental violado.

Extraíndo a máxima potencialidade desse remédio constitucional, buscando o acesso à justiça, sobretudo das mulheres presas e pobres, ressalta-se a importância do *habeas corpus* coletivo; afinal, o que se busca é a proteção máxima dos direitos fundamentais da forma mais eficaz, e não há outro meio que não esse para o caso em questão.

O cenário que se busca combater com a aplicação do *habeas corpus* coletivo é o de uma situação escandalosa e deplorável vivenciada pelas mães e gestantes brasileiras encarceradas por todo o Brasil. Além de o instrumento apresentar incontestável benefício aos seus legitimados passivos, garante uma atuação mais objetiva do Supremo Tribunal Federal, apta a economizar tempo, recurso tão preciso para um órgão tão sobrecarregado de processos.

É importante ainda lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADPF 347, em 2015, já reconheceu a violação generalizada de direitos fundamentais da população do sistema carcerário brasileiro, afirmando que se vive um “estado de coisas inconstitucional” decorrente de ações e omissões dos Poderes Públicos, que submetem os presos a condições degradantes. Assim, o *habeas corpus* coletivo, surge, timidamente, como uma louvável tentativa de atribuir maior efetividade à tutela dos direitos das mães, gestantes e seus filhos; de alguma forma contribui para a proteção integral que o texto constitucional garante a estes e que não vem cumprindo.

5. Conclusão

A aplicação do *habeas corpus* coletivo para as mães e gestantes produz impacto não só nas mães submetidas à prisão, mas também aos seus filhos, que não podem nascer em um ambiente tão mal amparado pelo Estado.

É insustentável que em um Estado Democrático de Direito conceba-se a possibilidade de que crianças nasçam em ambiente tão insalubre e inapropriado para o seu ideal desenvolvimento; significa usurpar os preceitos constitucionais e a proteção integral que o texto da Constituição garante a elas.

Dessa forma, ressalta-se e incentiva-se a aplicação do *habeas corpus* coletivo, instrumento que, em um sistema tão superlotado de processos, mostra-se como importante meio de se garantirem direitos de forma ampla e efetiva, otimizando-se tempo e ampliando-se direitos, com a finalidade de se cumprirem e aperfeiçoarem os direitos fundamentais, que a todos são devidos.

Notas

- (1) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001. p.60. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2001.
- (2) Disponível em: <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- (3) Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/nascer-nas-prisoas-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- (4) Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43079116>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- (5) Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=85402:jovem-negra-emaes-solteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-naprisao&catid=813:cnj&Itemid=4640>. Acesso em: 29 abr. 2018.
- (6) Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Mariana Mingrone

Advogada colaboradora da Defensoria Pública da União em São Paulo.

Tecendo a genealogia da prisão: uma resenha de *A sociedade punitiva*, de Michel Foucault

Eduardo Matheus Ferreira Lopes

Amplamente aclamada e, em altura e constância similares, criticada, a obra de **Michel Foucault** apresentara sólidas contribuições aos estudos e às práticas criminológicas que se pretendem à crítica do *status quo*, especialmente nos diálogos estreitos com a *Criminologia Crítica* e os *Abolicionismos Penais* – muito embora o filósofo francês ainda não se utilize dos referidos termos em sua vasta produção.

Considerado seu maior trabalho de análise sobre a punição dos corpos, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, lançada em 1975, somente se consolidara a partir de uma série de cursos ministrados pelo autor, derivados diretamente de suas investigações e inquietações sobre o que denomina os *dispositivos de saber-poder*. *A sociedade punitiva*, obra editada a partir de exposições entre os anos de 1972 e 1973, é a principal iniciativa de **Foucault** nesse sentido. O ensaio pretende uma ruptura com os paradigmas consolidados sobre a *instituição prisão*, apresentando uma narrativa histórica que permita entendermos o aperfeiçoamento dos mecanismos punitivos na sociedade ocidental.

Talvez por sua publicação relativamente tardia – a compilação tivera sua estreia em 2013, na França, e nas línguas portuguesa e inglesa somente no ano de 2015 –, *A sociedade punitiva* passara como obra despercebida nos cursos e trabalhos em Criminologia. Entretanto, acredita-se que esta leitura singular de **Foucault** certamente contribuirá às Ciências Criminais como mais um

instrumento de voz, crítica e atuação no seio deste delicado debate sobre o surgimento dos estabelecimentos prisionais como se conhece.

As formas do poder punitivo

Em sua primeira aula, **Foucault** explicitara que o mote deste curso seria abordar as táticas punitivas como formas de *análise do poder das relações de poder*. (FOUCAULT, 2015, p. 12-13) Como ponto de partida desse diálogo, o filósofo pretendia discernir quatro grandes ações – *táticas punitivas* –, ou seja, *formas de expressão do poder punitivo*.

O primeiro artifício se resume através do verbo *excluir*. Não se trata aqui, no entanto, de sua apropriação em sentido *amplo*. Trata-se de um interdito. Em outras palavras: a promoção do *exílio* ou do *banimento* de determinado indivíduo com relação ao seu lar comunitário originário. **Foucault** assevera que tal *tática* fora posta em prática especialmente na Antiguidade Clássica. (FOUCAULT, 2015, p. 07).

Em um segundo ato, apresenta-se a imposição de *uma compensação*, ou *organização*, determinado *ressarcimento*. Baseado em um vínculo *obrigacional* que surgirá entre duas partes do conflito, uma *vítima* e um novo *ofensor*, o instrumento terá como finalidade básica a *reparação*, a *indenização*, em termos contemporâneos. O *infrator* não será, agora, *banido* do convívio social; terá, ao contrário, uma nova relação muito bem

estabelecida. Dito de outra forma: terá espaço no interior do jogo das *relações de poder*. (FOUCAULT, 2015, p. 07).

O terceiro engenho suscitado pelo texto é a forma genérica de *marcar* o infrator. Como se percebe, aqui a punição se eleva ao caráter *simbólico*: o *desviante* estará *marcado* por um elemento que recobrirá toda a sociedade – e, em última instância, o próprio sujeito – de seu ato. Enquanto existir vida, existirá memória. Estratégia utilizado eminentemente no Ocidente, no período compreendido entre o fim da Alta Idade Média e o século XVIII. Nesse sentido, vale lembrar que o mesmo **Foucault**, alguns anos mais tarde, dará grande destaque à *ostentação dos suplícios*. (FOUCAULT, 1999, p. 30).

A última estratégia enumerada poderá ser resumida através do verbo *encarcerar*. Não se confunde com a primeira tática, entretanto. Lá, a *exclusão* se manifestava num *banimento*; aqui, inscreve-se na lógica da *reclusão*. A instauração definitiva dessa lógica, a qual se pratica em larga escala nas sociedades ocidentais contemporâneas, remete à virada do século XVIII ao XIX, lapso sobre o qual **Foucault** enunciará em um longo período em suas próximas aulas. (FOUCAULT, 2015, p. 10).

O criminoso como inimigo social

Em sequência, o filósofo francês desvelara a construção histórica de um conceito que será essencial para a função do encarceramento. A partir do século XVIII, percebe-se formulação de *ideia* de que o *crime* não seria uma mera ofensa individual e pontual, uma *culpa*, mas um instrumento que causará danos à própria *sociedade*. Em última análise, o *criminoso* é o *inimigo social*; estranho, mas não externo à coletividade. Por conseguinte, deve-se superar as noções ainda de *compensação* ou *marcação*, do *criminoso*; este deverá tomar a *punição* como uma *contraguerra* que partirá da sociedade para consigo. (FOUCAULT, 2015, p. 31).

É no bojo dessa compreensão que se nota o aprimoramento de uma série de institutos conhecidos na prática da Justiça Criminal contemporânea. Exemplifica-se: a *Ação Penal Pública*, enquanto instrumento do Estado para o processamento formal daquele infrator acusado; o *Ministério Público*; a *instrução* criminal; e as *polícias judiciárias* ou civis. Da mesma maneira, percebe-se uma reorganização simbólica do *tribunal do júri*, já existente na Inglaterra. (FOUCAULT, 2015, p. 32-33).

Essa é das principais análises das exposições de **Foucault**. Percebe-se, assim, as primeiras etapas de consolidação de uma linguagem, ou de um *saber-poder* – em termos cunhados pelo próprio autor – muito caros aos elementos *punitivos* da sociedade moderna. Não se pode pensar os ofícios atuais dos tribunais, das varas criminais, do Ministério Público, das Polícias Civil e Militar, nem sequer das atribuições e prerrogativas de defensores públicos e advogados, sem a compreensão de como se dera essa construção, sob pena de não conhecermos a realidade que cotidianamente vivenciamos.

Ainda na esteira desse ideário, uma aula se encerrara com o início dos debates acerca da natureza econômica dos desvios sociais, certamente pelos prismas burgueses, aqueles mesmos que emergiram no próprio século XVIII. É certo, portanto, que não se trata – como **Foucault** frisa na obra – de uma análise da *economia política*.

Guillaume-François Le Trosne fora elencado como jurista

modelo dessa escola de pensamento: em sua obra *Dissertação sobre vagabundos e mendigos*, de 1764, defendera que a *vagabundagem* deveria ser lida como a *matriz geral* da *delinquência*; tudo o que surgiria posteriormente derivaria de tal ato de recusa sóbria ao trabalho. (FOUCAULT, 2015, p. 43-44). Em consequência, essa população *em estado de natureza* deliberado precisaria de respostas assertivas do recém-instituído Estado: **Le Trosne** citara a *escravização*, a *criminalização*, a formação de uma verdadeira milícia de *autodefesa da comunidade campesina* e a *caçada e o recrutamento em massa* daqueles que evitam o trabalho, bem máximo que se poderia encontrar nas sociedades. (FOUCAULT, 2015, p. 48-49). Percebe-se quão arraigados se encontram os valores burgueses nas leituras, por assim dizer *criminológicas*, do século XVIII.

Essa construção é de extrema importância pois, como assinalara **Foucault**, a formulação do *inimigo social* e a ascensão do *encarceramento* como punição – como castigo – culminam para a formação das características mais basilares do sistema de jurídico-penal moderno. (FOUCAULT, 2015, p. 59).

Enfim, a prisão

Estas linhas, até o presente momento, intentaram apresentar como se deu a consolidação da *pena de prisão*, através das ideias radicais, por assim dizer, presentes em *A sociedade punitiva*. Entretanto, ainda na aula de número quatro do curso, **Foucault** solicitara atenção a três modelos que figuravam entre as propostas de *reforma penal* à época – que, de maneira análoga, figuram até os presentes dias –, alternativas ao *encarcerar*.

O primeiro pode ser definido como *modelo da infâmia*. Como se depreende a partir de sua própria nomenclatura, tido como *ideal* a ser seguido, trata-se de aplicar uma *reação imediata da sociedade* junto à punição; não se faz necessário o *Poder Judiciário* ou qualquer aparato estatal; é o *modelo padrão* exatamente porque permite a maximização do ideal de *criminoso* como *inimigo*. (FOUCAULT, 2015, p. 63). Em termos mais nítidos: lê-se como o avanço da vingança.

Em segundo lugar, enumera-se o *modelo do talião*, uma verdadeira atualização dos clássicos ditames babilônicos. No século XVIII, tratara-se de propor uma pena que fosse dosada na exata medida do *dano* causado à sociedade pelo infrator, coibindo assim qualquer possibilidade de *abuso de poder* por parte de autoridades constituídas. (FOUCAULT, 2015, p. 64’).

Finalmente, o terceiro *modelo* enaltecido, também contramajoritário à sua época, fora a proposta de *escravidão*, na forma de *trabalho forçado e público*, em vias de se produzir qualquer sorte de reparação social pela produtividade e criação de uma consciência laborativa na figura do apenado.

Contudo, nenhum desses sistemas se introduzira no seio das sociedades ocidentais como a prisão – a *pena privativa de liberdade* contemporânea. Essa instituição produzira para si um verdadeiro arcabouço teórico e discursivo de total legitimação. E seu principal movimento fora a inclusão de uma variável de suma importância nos meios punitivos: o *tempo*. Ao se aproximar de uma análise da *economia política*, **Foucault** caracteriza como *gêmeas* a *forma-prisão* e a *forma-salário*, atadas pelo *tempo*, eminentemente uma dura constatação para a sociedade liberal capitalista ainda embrionária. (FOUCAULT, 2015, p. 65-66).

Com o avançar do curso, tem-se a compreensão do exato momento em que o aparato penal do Estado passara a ser permeado por uma moralidade cristã, o que não se dissocia de uma noção de poder. As comunidades *quakers* estadunidenses sedimentaram *penitenciárias*. Enganam-se, então, aqueles fieis na crença de que os escritos do **Marquês de Beccaria** seriam os inspiradores dessa instituição. (FOUCAULT, 2015, p. 81-83). Enfim, foram os vinte primeiros anos do século XIX, como demarca **Foucault**, que permitiram o estabelecimento desta *sociedade punitiva*, definida por seu aparato judiciário, que desempenha *funções corretivas e penitenciárias*. (FOUCAULT, 2015, p. 129).

Illegalismos e imoralidades populares

Posteriormente, **Foucault** cunhara um dos termos que desenvolveria, inclusive, nas suas próximas obras de cunho criminológico: os *Illegalismos Populares*. Literalmente, esse foi um movimento de “*dizer que essa recusa ao pacto social, própria à classe mais baixa, é uma espécie de delinquência primária, selvagem, própria de uma camada da população ainda mais próxima do instinto e da vida em natureza: são os inimigos*”. (FOUCAULT, 2015, p. 149).

Essa formulação, própria da inventividade burguesa, sustentaria muitas décadas de *encarceramento* em massa de membros das então classes *proletárias*, notadamente daqueles desprovidos de um trabalho fixo, por vontade própria ou caprichos do mercado. Ao mesmo tempo, observou-se um extremo enrijecimento dos códigos penais europeus, certamente capitaneados pelo *medo* das camadas *populares*.

Tal conceito não poderá ser compreendido sem se pensar o denso arcabouço *moral* que o acompanha. **Alph Grün**, em 1851, publicara em Paris *Sobre a moralização das classes trabalhadoras*, ensaio em que indicara as principais *desvirtudes* dos operários: *intemperança, casamentos precoces, recusa à submissão às leis, falta de economia, recusa à instrução, falta de higiene corporal e mau uso do tempo de folga*. (FOUCAULT, 2015, p. 172).

Em consequência, fora preciso se instaurar um mecanismo de controle *permanente* dos indivíduos, que ao mesmo os avaliasse *moral e legalmente*, de forma que não se pudesse esquivar aos anseios e valores dominantes. Instituiu-se, então, o *exame*, certamente a matriz dos atuais *exames criminológicos*, atestados de antecedentes criminais e – por que não? – da própria *carteira de trabalho*. **Foucault** assevera que, nesse momento, se dera a

plena instauração do par *vigiar-punir*, que será explorado em sua obra mais destacada, alguns anos mais tarde. (FOUCAULT, 2015, p. 180).

Considerações finais

As próprias linhas que dão cabo à obra de **Foucault**, retratando a aula de 28 de março de 1973, enalteceram a importância de se ler, compreender, criticar e construir conhecimento e práticas libertárias a partir da obra do filósofo francês. Um dos diversos questionamentos que marcaram o encerramento é exatamente o que se quer reverberar com esta produção: “*por que, há cento e cinquenta anos e durante cento e cinquenta anos, a prisão?*” (FOUCAULT, 2015, p. 206).

Filia-se, neste trabalho, às posições tomadas já apresentadas pela *Criminologia crítica e abolicionista*. (DE FOLTER, 2008. ANDRADE, 2006. BRAGA; ALVES, 2015). Busca-se, através da leitura de *A sociedade punitiva*, mais uma frente de inquietações e insurreições diante do sistema jurídico-penal. Em última análise, **Foucault** apresenta mais uma frente de questionamento e ação ante ao modo como se desenvolvem as *relações de poder, saber e resistência* na sociedade dos séculos XX e XXI, a partir das matrizes que se construíram nos séculos XVIII e XIX.

Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Editorial: A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. *Katálysis*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 11-14, 2006.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ALVES, Paula Pereira Gonçalves. Os lugares da criminologia: uma breve análise da conjuntura do pensamento e das epistemologias criminológicas. 2015. p. 315-334. Disponível em: <https://www.academia.edu/15488195/Os_lugares_da_Criminologia_uma_breve_analise_da_conjuntura_do_pensamento_e_epistemologias_criminologicas>.
- DE FOLTER, Rolf. *Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal – uma comparação das ideias de Hulsman, Mathiesen e Foucault*. *Verve – Revista Semestral Autogestionária do Nu-Sol*, Programa de Estudos Pós-graduados em Ciências Sociais da PUC-SP. São Paulo, n. 14, p. 180-215, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

Eduardo Matheus Ferreira Lopes
Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp.
Membro do Grupo de Extensão Universitária “Cárcere, Expressão e Liberdade”.

Dos crimes contra o respeito aos mortos: análise da necessidade de tutela penal

Maria Luiza Gorga

1. Introdução

Dadas as recentes discussões acerca da (necessária) reforma do Código Penal, consideramos relevante analisar se a previsão dos delitos de “*crimes contra o respeito aos mortos*” – entendido

como o respeito à sua memória⁽¹⁾ – sustenta-se ou se, ao revés, deve ser abolida.

Outro ponto de interesse é o fato de que se o cadáver⁽²⁾ pode ser passível de crimes específicos, que envolvem não apenas o

trato subjetivo, mas também o trato material com o corpo – e mesmo com sua sepultura –, as regulamentações acerca dos diversos procedimentos científicos e médicos possíveis de serem realizados tornam-se não apenas mais rígidas, como mais cautelosas, podendo ser um verdadeiro freio ao progresso científico.

Assim sendo, a análise acerca da necessidade de criminalização de atitudes que visam proteger um pretenso respeito aos mortos encontra-se como um primeiro obstáculo a ser enfrentado para que, então, se encarem demais questões de cunho mais especificamente bioético, fazendo avançar os debates e regulamentações que permitam uma evolução da técnica e dos procedimentos que podem vir a salvar vidas e proporcionar melhor qualidade de vida a indivíduos afligidos por diversas condições.

O primeiro ponto que chama atenção é o evidente caráter moral de tais delitos, conforme explicitado na exposição de motivos da parte especial de nosso Código Penal, a qual dispõe: “São classificados como species do mesmo genus os ‘crimes contra o sentimento religioso’ e os ‘crimes contra o respeito aos mortos’. É incontestável a afinidade entre uns e outros. O sentimento religioso e o respeito aos mortos são valores ético-sociais que se assemelham. O tributo que se rende aos mortos tem um fundo religioso. Idêntica, em ambos os casos, é a ratio essendi da tutela penal.”

Ocorre que tal motivação não se sustenta mediante a correta aplicação dos princípios que devem nortear o Direito Penal.

De fato, chega a causar espécie que essa criminalização de condutas tenha permanecido mesmo após a Lei 11.106/2005, a qual reformou os chamados crimes contra os costumes, atendendo às “demandas de lege ferenda de consideráveis setores doutrinários e jurisprudenciais que se orientam pela reforma dos denominados Crimes Contra os Costumes. É benfazeja a opção político-criminal descriminalizadora (...) uma vez que a existência de tais tipos penais já há tempos tem sido objeto de vigorosas críticas doutrinárias”.⁽³⁾

Entende-se que também quanto aos delitos aqui em comento deveria haver uma revisão da política criminal, descriminalizando-se tais condutas, em linha com o princípio de subsidiariedade e fragmentaridade, em linha com um direito penal mínimo, defendendo-se aqui que a manutenção da criminalização das condutas contra o denominado respeito aos mortos é contrária às melhores técnicas legislativas e aos princípios do Direito Penal.

2. Princípios que regem a criminalização de condutas

O Direito Penal rege-se por diversos princípios, de fundamento constitucional, de forma a garantir que a intervenção estatal na liberdade individual seja a menor possível, evitando-se arbitrariedades, como é de rigor em um Estado Democrático de Direito.

Importa ter em mente que, para a criminalização de condutas, é central a ideia do princípio da intervenção mínima, o qual prevê a proteção de bens jurídicos através da efetiva mediação da necessidade dessa proteção. Assim, o Direito Penal apenas será utilizado para conceder proteção quando fracassarem ou forem

insuficientes as barreiras protetivas dos demais ramos jurídicos.

Isso porque, quando se opta pela intervenção penal na solução dos conflitos, abre-se mão de outras vias ofertadas pelo Direito – as quais poderiam ser, possivelmente, mais proveitosas à solução pacífica de conflitos e menos onerosas ao Estado e aos indivíduos –, sendo esta, portanto, uma escolha que deve ser rigorosamente considerada sob diversos prismas, optando-se pela via penal apenas quando houver a certeza da ineficácia dos demais ramos do Direito.

Ainda, em um Estado Democrático de Direito deve-se consignar que cabe a este apenas a proteção dos bens considerados mais fundamentais para o funcionamento da sociedade, só se podendo legitimamente restringir direitos fundamentais do indivíduo – bem como os direitos indiretamente tolhidos em cada caso – à medida que seja estritamente necessário para a proteção. Logo, se justificará a ingerência penal apenas e tão somente quando houver o ataque intolerável e grave a um bem jurídico da maior importância.

Ora, para haver uma ofensa, o bem jurídico deve ser dotado, ao menos minimamente, de relevância social. É a valoração da ofensividade ao bem frente a outros valores do sistema social que torna perceptível e jurídico-penalmente interessante a construção e a concretização de um ilícito típico. Assim, o Direito Penal se legitima apenas na proteção de valores ou metas iminentes ao sistema social – este, erigido sobre a Constituição –, e não a fins outros, ideológicos, religiosos ou moralistas;⁽⁴⁾ isso porque “Não é função do direito penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estadualmente imposta, da moral dominante ou da moral específica de um qualquer grupo social”.⁽⁵⁾

Resumindo, a proteção visada com a aplicação do Direito Penal não será necessária se houver à disposição outro meio mais suave ou menos restritivo, de tal modo que somente se considerará necessária a aplicação da norma penal se o fim objetivado não puder ser alcançado de outra maneira que afete menos o indivíduo. Não pode o Direito Penal ser chamado a resolver quaisquer conflitos sociais, sob pena de este se desvirtuar e criar-se um Estado totalitário.

Ou seja, a aspiração ética do Direito Penal deve limitar-se, racionalmente, para a promoção da segurança social através da tutela de bens jurídicos portadores de dignidade penal, não excedendo os limites impostos pelos princípios acima aduzidos, sob pena de se criar um sistema penal abusivo e arbitrário, colidindo de frente com as garantias e direitos fundamentais constitucionalmente postos.

Não se consegue visualizar, contudo, o respeito aos princípios acima pela proteção penal do bem jurídico definido nos delitos em comento, visto que não exercem qualquer função de caráter político-criminal e tampouco servem à interpretação de outros tipos penais – função esta que não serve a justificar a existência de qualquer tipo penal.

3. Concretamente: dos crimes contra o respeito aos mortos

Em uma análise detida dos tipos penais objeto deste estudo, o bem jurídico protegido nos casos em comento é, como dito, o sentimento de respeito aos mortos, à memória destes, restando

assim evidente que tal é uma proteção que se volta aos vivos – afinal o cadáver é insuscetível de dispor de quaisquer direitos.

De plano, não se concorda que tal sentimento deva ser considerado como um bem jurídico penal. Sendo claro que os sujeitos passivos dos crimes em comento não são aqueles que já estão mortos – tampouco seus restos mortais –, mas sim a coletividade, logo se torna evidente que a proteção penal oferecida nesses tipos nada mais é do que uma tutela de ordem moral e ética, uma criminalização baseada na repulsa, o que não se sustenta. Como bem colocado por **Giovanni Fiandaca**: “*Se si considera per di piú che il senso del disgusto, storicamente, è stato usato per escludere ed emarginare gruppo e singole persone che hanno avuto la disavventura di incarnare le paure o l’avversione dei gruppo sociali dominanti, la conclusione non può che essere una sola: e cioè che tale emozione non dovrebbe mai assurgere a motivazione principale nel qualificare come criminale, o comunque come giuridicamente illicita una certa azione*”.⁽⁶⁾

Sendo o cadáver considerado em nosso Direito como uma *res*, não como sujeito de direitos, a proteção da coletividade como sujeito passivo de condutas contra tal *res* é por demais ampla, não se coadunando com nenhuma real necessidade de tutela, em desrespeito a todos os princípios que regem o Direito Penal.

Isso não significa dizer que a proteção daqueles que possuíam ligações afetivas com o *de cuius* precisa ser ignorada. Esta pode ser fácil e satisfatoriamente operacionalizada pelo direito civil, através de obrigações de fazer ou não fazer, bem como em ações de danos morais.

Não vislumbramos, portanto, qualquer característica de tais delitos que autorize a proteção pela esfera penal, sendo de rigor uma reforma pela descriminalização de tais fatos, restando àqueles que porventura possam sentir-se ofendidos serem resguardados por outros ramos do Direito.

Sobre esse assunto, afigura-se bastante interessante e elucidativa a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso em *Habeas Corpus* 54.486/RJ – do longínquo ano de 1976 –, de relatoria do então Ministro Leitão de Abreu. Neste, analisava-se a possibilidade de trancamento da ação penal movida contra dois estudantes de medicina e um professor, todos denunciados pela conduta de vilipêndio ao cadáver, por terem utilizado um cadáver para fins científicos – inclusive com a enucleação dos olhos deste.

Utilizaram-se, em sua empreitada, de cadáver que se encontrava no necrotério da faculdade aguardando a realização de necropsia, tendo o indivíduo falecido sem assistência médica. O cadáver que ali se encontrava não se enquadrava, portanto, em qualquer hipótese de utilização em conformidade com os ditames legais.

Conquanto tenham sido os indivíduos denunciados pelo delito, em linha com o previsto pelo Código Penal, nosso Supremo Tribunal constitucional concedeu a ordem, à unanimidade, por não verificar a ocorrência de tipicidade.

Ora, se se pode verificar a ausência de tipicidade – tanto do delito de vilipêndio a cadáver quanto de qualquer outro do respectivo capítulo – pela motivação científica, ainda que operada sobre cadáver do qual não dispunham legalmente, indícios há

de que a proteção penal não se opera verdadeiramente sobre o corpo, sobre os restos mortais, mas somente sobre um difuso sentimento moral.

4. Conclusão

A decisão acima evidencia, como se vem dizendo, que o caráter de tal tutela penal é inegavelmente a tutela voltada à satisfação de sentimentos éticos e morais dos vivos, buscando apaziguar reações de desgosto ou de sofrimento daqueles que perderam seus entes.

Ocorre que já existe – o que também nos causa espanto, diga-se – uma proteção prevista para o resguardo da honra do indivíduo falecido, punindo-se a calúnia contra os mortos. Ora, se se acredita ser tão essencial a proteção à memória e ao legado, basta a tipificação protetiva da honra, não sendo necessária uma intervenção penal adicional sobre um assim chamado “respeito”.

Por todo o exposto, considera-se a existência dos delitos aqui em comento como estando em total desacordo com toda a sistemática que rege o Direito Penal, tratando-se, evidentemente, de mera criminalização de conduta considerada amoral e que, portanto, merece ser afastada, excluindo-se tais tipos penais de nosso ordenamento, sob pena de que, com este caso como exemplo, o Direito Penal lentamente passe a tornar-se verdadeira polícia do pensamento, prospecto este inadmissível.

Ademais, a existência de tais incriminações prejudica a evolução científica, atrasando a descoberta de novos procedimentos ou mesmo a disponibilização de órgãos e tecidos para transplantes que visam a salvar vidas. Trata-se de tipificação retrógrada, que consiste em obstáculo às próprias discussões e regulamentações acerca dos procedimentos médicos e das diretrizes bioéticas, situação que também merece reparo do legislador por seu evidente caráter de impedimento a inovações que tragam maior bem-estar social.

Notas

- (1) GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* – Parte especial. Niterói: Impetus, 2009. v. 3. p. 445-461.
- (2) Como tal, se considera o corpo humano morto (não o esqueleto ou as cinzas), incluindo o natimorto – ou parte do corpo humano, não se incluindo partes amputadas de pessoa viva. Cf.: DELMANTO, Celso. Et.al. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 456.
- (3) *Ibidem*. p. 1018.
- (4) ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 2, p. 173-205, 1992..
- (5) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. T. 1. p. 112.
- (6) FIANDACA, Giovanni. Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e ‘post-secularismo’. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2/3, p. 546-562, apr.-set. 2007. p. 556. N. T. (tradução livre da autora): Se considerarmos que o sentimento de desgosto, historicamente, tem sido usado para excluir e marginalizar os grupos e indivíduos que tiveram a infelicidade de incorporar os medos ou antipatia do grupo social dominante, a conclusão só pode ser uma: ou seja, que a emoção nunca deveria ser elevada como a principal motivação de se classificar como crime, ou de outra forma juridicamente ilícita, alguma ação.

Maria Luiza Gorga

Doutoranda e mestra em Direito Penal pela USP.

Especialista em Direitos Fundamentais pela

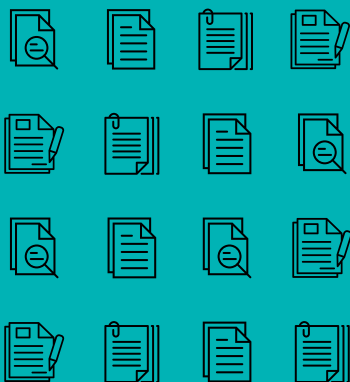
Universidade de Coimbra/IBCCrim.

Advogada.



De 15 de
outubro a 13
de dezembro

Às segundas,
das 19h às 22h



**PRESENCIAL
OU À DISTÂNCIA**

Local da turma presencial:
Auditório do IBCCRIM - rua
Onze de Agosto, 52, 2º andar



CURSO

PROVAS: QUESTÕES FUNDAMENTAIS

CRONOGRAMA DO CURSO

15.10 AULA 01

Prova e verdade,
uma relação instrumental

PROFESSOR Antonio Vieira

22.10 AULA 02

Momentos probatórios:
formação do conjunto
probatório, valoração, decisão

PROFESSOR

Vitor de Paula Ramos

29.10 AULA 03

Desenho institucional e modelos
de determinação dos fatos

PROFESSOR Geraldo Prado

05.11 AULA 04

A valoração racional das provas
e a obrigação de motivar
as decisões judiciais

PROFESSORA Evanilda Godoi

12.11 AULA 05

Argumentação e prova:
da construção das premissas
do raciocínio probatório à
decisão final sobre os fatos

PROFESSORA Rachel Herdy

26.11 AULA 06

O problema da incerteza
dos fatos: as estratégias das
presunções e do ônus da prova

PROFESSOR Gustavo Badaró

03.12 AULA 07

O desafio da construção
de um standard de prova:
críticas ao BARD, reflexão
acerca dos critérios para a
formulação de um standard e a
especificidade do contexto penal

PROFESSORA

Janaina Roland Matida

13.12 AULA 08

Prova científica e prova pericial:
reflexões sobre a relação
entre Direito e Ciência, modelo
de deferência ou de educação
judicial para a integração de
proposições fáticas advindas
de contextos de saberes
técnicos ou científicos

PROFESSORA

Carmen Vázquez Rojas

COORDENADOR-CHEFE

YURI FELIX

REALIZAÇÃO: Instituto Brasileiro
de Ciências Criminais