

Umberto Luiz Borges D'Urso

Organizador

Clarice Maria de Jesus D'Urso

Coordenadora

# DIREITO, CIDADANIA E APLICAÇÃO DAS LEIS CRIMINAIS

t!R a de Letra  
E D I T O R A



Umberto Luiz Borges D'Urso

Organizador

Clarice Maria de Jesus D'Urso

Coordenadora

# DIREITO, CIDADANIA E APLICAÇÃO DAS LEIS CRIMINAIS

Copyright® 2022 Tira de Letra Editora.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem a expressa autorização do(s) autor(es).

**Editor**

J. A. Tiradentes

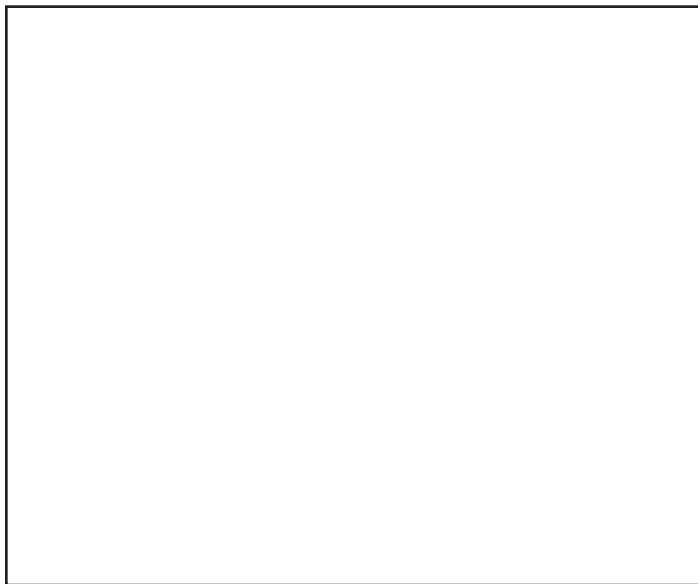
**Revisão**

Ciça Ferraz

**Design**

Fernando Dias

Foto de capa: Matthew Ansley/Unsplash



# Agradecimentos

Queremos aproveitar este espaço para registrar alguns agradecimentos, uma vez que nenhum projeto pode ser realizado individualmente. Assim, nosso primeiro agradecimento é ao criador, a Deus.

Em segundo lugar, agradecemos aos autores que contribuíram com artigos importantes, autores estes que entenderam tratar-se de uma obra de reflexão aos operadores do Direito.

Terceiro lugar, agradecemos a todas as pessoas que se dedicaram, de forma direta ou indireta, para a concretização de tudo o que aqui se apresenta.

Finalizando, registramos o nosso agradecimento especial, ao Professor Dr. Umberto Luiz D’Urso e a Ruth Amália Borges D’Urso (*in memoriam*) fontes de inspiração de nossas vidas.

**Clarice Maria de Jesus D’Urso**  
**Umberto Luiz Borges D’Urso**

# Sumário

Prefácio .....	8
Apresentação .....	14
<b>1</b>	
<b>Do direito ao silêncio ao direito de fala: o aperfeiçoamento da autodefesa no inquérito policial .....</b>	<b>17</b>
Fernando David de Melo Gonçalves	
Luis Henrique Lima Pereira	
<b>2</b>	
<b>Inquérito policial militar e a prerrogativa do advogado .....</b>	<b>38</b>
Evandro Fabiani Capano	
Fernando Fabiani Capano	
<b>3</b>	
<b>Interrogatório “on-line” .....</b>	<b>46</b>
Valdemir Lucena de Araújo	
<b>4</b>	
<b>O papel do Criminal Compliance na governança empresarial .....</b>	<b>53</b>
Ricardo Ribeiro Velloso	
<b>5</b>	
<b>A evolução histórica e a aplicabilidade das delações premiadas em tempos de pós-lava jato .....</b>	<b>72</b>
Luiz Augusto Filizzola D’Urso	
<b>6</b>	
<b>Os aspectos constitucionais do novo artigo 492 do Código de Processo Penal .....</b>	<b>96</b>
Maurício Januzzi Santos	
<b>7</b>	
<b>Sistema de justiça brasileiro. Visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos ...</b>	<b>119</b>
Martim de Almeida Sampaio	
<b>8</b>	
<b>Sonegação fiscal como crime antecedente à lavagem de dinheiro .....</b>	<b>138</b>
Marcus Vinicius Lopes Cassawara	

9	Direito Penal e giro hermenêutico. Ensaio sobre as possibilidades de leitura do crime na pós-modernidade .....	153
	João Ibaixe Jr.	
10	A importância da Perícia Judicial .....	161
	Otávio D'Urso Filho	
	Vanderlei Jacob Junior	
11	Valoração da prova eletrônica do Processo Penal como meio de resguardo da verdade real .....	171
	Carlos Rocha Lima de Toledo Neto	
12	A importância do manejo da ação penal privada subsidiária da pública .....	185
	Peter Aparecido de Souza	
13	Princípio da insignificância no Direito Penal e na visão dos tribunais .....	197
	Luiz Flávio Borges D'Urso	
	Flávio Filizzola D'Urso	
14	Ações e atitudes positivas na prevenção .....	226
	Luiz Carlos Freitas Magno	
15	A prescrição penal na jurisprudência dos Tribunais Superiores .....	248
	Sheyner Yàsbeck Asfóra	
	Ana Paula Trento	
16	Evolução histórica e normativa da lavagem de dinheiro no Brasil e no mundo .....	258
	Adriana Filizzola D'Urso	
17	Do Princípio do Duplo Fator de Autenticação como validador de elementos probatórios de natureza digital .....	277
	Antonio Ap. Belarmino Junior	
	Glauber Guilherme Belarmino	
	Eduardo Mauricio	
	Luis Eduardo Belarmino	
18	Direito Penal Canônico .....	293
	José de Ávila Cruz	
19	Bullying, perseguição e ofensa .....	300
	Umberto Luiz Borges D'Urso	
	Carlos Alberto Maciel Romagnoli	
	Clarice Maria de Jesus D'Urso	

## Prefácio

Muito me honra o convite realizado pelo Dr. Umberto Luiz Borges D'Urso organizador da obra *Direito, cidadania e aplicação das leis penais*, também coordenada pela Dra. Clarice Maria de Jesus D'Urso. Ao lado da honra, está a responsabilidade, pois prefaciara uma obra é falar antes, *Praefatio* e, nesse sentido, despertar no leitor o interesse pela leitura da obra.

Minha admiração pela pessoa e pela carreira profissional do Dr. Umberto D'Urso remonta à época em que cheguei à cidade de São Paulo, em janeiro de 2007, momento em que o organizador dirigia o Departamento de Cultura e Eventos da OAB-SP, cargo que exerceu com maestria de 2004 a 2018. Advogado conhecido, não apenas entre os criminalistas mas, também, por toda a comunidade jurídica, integra o escritório D'Urso e Borges, fundado por seu pai em 1956.

O Dr. Umberto D'Urso tem vasta experiência jurídica, pois foi Presidente do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, nas gestões 2018/19, 2007/08, 2005/06 e 2003/04, entidade da qual foi Vice-presidente



(2000/02) e membro (1998 a 2019); Conselheiro da Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil nas gestões: 2004/06, 2007/09, 2010/12, 2013/15 e 2016/18; Diretor do Departamento de Cultura e Eventos da OAB/SP – 2004 a 2018; Conselheiro da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP (ESA) – 2010/12; Presidiu a Regional de São Paulo da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), da qual hoje é Presidente de Honra; Vice-presidente da ABRACRIM Nacional, na gestão do Presidente Emanuel Cacho, 2010; Integrou o Comitê Gestor Permanente de Políticas Públicas Penitenciárias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJ/SP; Integrou o Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo, além de ter ocupado tantos outros cargos. Conforme se percebe, a vasta experiência prática enquanto advogado e gestor de tantas entidades que representam os advogados, o Dr. Umberto D’Urso também é Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, um dos programas mais bem avaliados do país, segundo a Capes – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

A Dra. Clarice Maria de Jesus D’Urso, igualmente, possui um vasto currículo. É Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela UniFMU, pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela UniFMU, conciliadora na área da família, Conselheira do Conselho Estadual da Condição Feminina, Órgão/Entidade: Comitê SEDH - Secretaria de Estado de Direitos Humanos - Membro, Conselho Jurídico do Mandato da Deputada Estadual Leci Brandão, de 2019 a 2021, Ex-presidente da Coordenadoria de Ação Social da OAB-SP, Membro da Associação Brasileira das Mulheres de Carreiras Jurídicas, Assessora Especial de Políticas Públicas para Mulheres, Membro Titular do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e Erradicação do Trabalho Escravo da Secretária de Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo, Membro do IBCCRIM, Membro da Associação Comercial do Estado de São Paulo, Ex-secretária Executiva da Comissão da Mulher Advogada, Ex-secretária Executiva da Comissão de Direitos Infante-Juvenis, Ex-secretária Executiva da Comissão de Diversidade Sexual da OAB-SP, integrou várias Comissões da OAB-SP, Ex-coordenadora do Setor Social do Departamento de Cultura e Eventos da OAB-SP.

Como o leitor pode perceber, tanto a experiência profissional do organizador, quanto à experiência profissional da coordenadora do presente livro, se verifica na estruturação da obra que o leitor tem em mãos, através de temas relevantes e atuais em torno das Ciências Penais.

Certamente, a dificuldade de se organizar um trabalho coletivo se revela desde o início, na seleção da temática e dos diversos assuntos que serão abordados.

Superada esta fase, de se estruturar o livro a partir de seu eixo epistêmico, observadas a aderência, a atualidade e a relevância, deve-se convidar os autores para dar vida à obra, ou seja, retirá-la do plano das ideais e materializá-la em capítulos. Os organizadores, com a desenvoltura que lhes é peculiar, estruturaram de tal forma o cartapácio que o leitor irá perceber a sua forma arquitetônica de apresentação e não uma justaposição de assuntos.

A estrutura dialógica do livro faz com que a discussão de seu objeto específico (Direito, cidadania e aplicação das leis penais) saia da especificidade fechada para interagir com o universo muito mais amplos de valores e conceitos. Nesse sentido, entendemos que

(...) um todo arquitetônico é imbuído da unidade advinda do sentido, estando suas partes articuladas internamente, de um modo relacional que as torna interligadas e não alheias umas às outras, isto é, constitutivamente.<sup>1</sup>

- 
1. “O todo mecânico, não arquitetônico, tem elementos constituintes unidos apenas no tempo e no espaço por alguma ligação externa, sem ser integrados pela unidade interna de sentido que marca um todo arquitetônico. Suas partes são contíguas e se tocam mutuamente, mas em si mesmas permanecem alheias umas às outras; são átomos desvinculados intrinsecamente e que só se aproximam materialmente. Pensando-se por exclusão a partir desses fatores, um todo arquitetônico é imbuído da unidade advinda do sentido, estando suas partes articuladas internamente, de um modo relacional que as torna interligadas e não alheias umas às outras, isto é, constitutivamente” (SOBRAL, Adail. *Ético e estético na vida, na arte e na pesquisa em ciências humanas*. In: BRAIT, Beth. *Bakhtin: conceitos-chave*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 110).

Esta é a formação do opúsculo que se tem em mãos, intitulado *Direito, cidadania e aplicação das leis criminais*, um saber arquitetônico que dialoga com diversos temas das Ciências Criminais, com o escopo de se alcançar o exercício pleno da cidadania.

Segundo Habermas,

Os cidadãos precisam poder experienciar o valor de uso de seus direitos também sob a forma da segurança social e do reconhecimento recíproco de formas de vida culturais diversas. A cidadania democrática, e ligada ao Estado, só exercerá força integrativa – ou seja, só promoverá solidariedade entre estranhos – quando der mostras de sua eficiência como mecanismo pelo qual os pressupostos constitutivos das formas de vida desejadas possam de fato tornar-se realidade.<sup>2</sup>

Ademais, só se alcançara um modelo de Estado Social e Democrático de Direito, como previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando se conter a violência que é inerente ao próprio direito penal, visto que é a pena é um mal que o Estado impõe aos indivíduos que praticaram crimes. Assim, da mesma forma que o crime importa na violação de bens jurídicos, a aplicação da pena corresponde a uma privação, ou limitação, de bem jurídicos. Isto é, a execução de uma pena implica na privação de direitos, em decorrência da prática de um delito por alguém. Para racionalizar a utilização da violência estatal, ou seja, afastar a barbárie e afirmar a civilização,<sup>3</sup> é que os alemães desenvolveram no século XIX, a dogmática penal, entendida atualmente como a argumentação feita a partir do direito penal e seus elementos constitutivos. Em outras palavras, a dogmática penal é o método de estudo do direito penal<sup>4</sup>, ou seja, a teoria que busca atribuir cientificidade ao estudo do direito penal.

---

2. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 142.

3. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26.

4. BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 6.

Podemos dividir o Direito Penal, basicamente, em dois grandes períodos: o período do terror e o período liberal. O período do terror é aquele onde não existe preocupação com a humanização da repressão penal. Há nele o emprego de uma violência desmedida e ilimitada, não se oferecendo nenhuma garantia ao ser humano em face do direito de punir do Estado. O segundo período, o período liberal, inaugura a fase científica do Direito Penal. Ele começa com a formulação do Princípio da Legalidade e, portanto, começa tardiamente.<sup>5</sup>

A hermenêutica criminal que busca a proteção de direitos, e o exercício da cidadania, é o garantismo penal que, segundo Luigi Ferrajoli,

Garantismo, de fato, significa precisamente a tutela dos valores ou direitos fundamentais cuja satisfação – mesmo contra os interesses da maioria – é o escopo justificador do direito penal: a humanidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante as regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, a garantia de sua liberdade através do respeito até mesmo de sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que tornam aceitável por todos, inclusive a minoria dos réus e dos imputados, o direito penal e o mesmo princípio majoritário. Eu acredito que apenas concebendo o escopo do direito penal desse modo é possível obter uma adequada doutrina de justificação e, juntamente com uma teoria garantista dos vínculos e dos limites, – portanto, dos critérios de deslegitimação – do poder punitivo do Estado. Um sistema penal, digamos de fato, é justificado somente se a soma das violências – delitos, vinganças e punições arbitrárias – que ele é capaz de prevenir é superior àquelas violências constituídas pelos delitos não prevenidos e das penas por ele cominadas.<sup>6</sup>

---

5. BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11

6. Tradução livre de: “Garantismo”, infatti, significa precisamente la tutela di quei valori o diritti fondamentali la cui soddisfazione, anche contro gli interessi della maggioranza, è lo scopo giustificante del diritto penale: l’immunità dei cittadini contro l’arbitrarietà delle proibizioni e delle punizioni, la difesa dei deboli mediante regole del gioco uguali per tutti, la dignità

Pois bem, essa é a obra que o leitor tem em mãos, um livro denso que aborda assuntos bastante atuais em torno do *Direito, cidadania e aplicação das leis penais*”, escrito por grandes autores, que buscam uma compreensão mais integral acerca das Ciências Criminais. Certamente, a presente obra se revelará leitura obrigatória para o estudioso do sistema criminal, aluno ou profissional do Direito.

São Paulo, primavera de 2022

**Marco Aurélio Florêncio Filho**

Advogado e Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

---

della persona dell'imputato e quindi la garanzia della sua libertà tramite il rispetto anche della sua verità. È precisamente la garanzia di questi diritti fondamentali che rende accettabile da tutti, inclusa la minoranza dei rei e degli imputati, il diritto penale e lo stesso principio maggioritario. Io credo che solo concependo in questo modo lo scopo del diritto penale è possibile ottenere un'adeguata dottrina di giustificazione e insieme una teoria garantista dei vincoli e dei limiti – e quindi dei criteri di delegittimazione – della potestà punitiva dello stato. Un sistema penale, diremo infatti, è giustificato soltanto se la somma delle violenze – delitti, vendette e punizioni arbitrarie – che esso è in grado di prevenire è superiore a quella delle violenze consiuite dai delitti non prevenuti e dalle pene per essi comminate” (FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Bari-Roma: Laterza, 2002, p.330).

# Apresentação

Prezado leitor,

Essa obra de Direito Penal, Processo Penal, e temas afins, reúne diferentes análises, trabalhos, artigos e pesquisas em um único título. Poucas vezes se vê temas tão importantes e diversos reunidos e tratados por nomes de notória experiência e saber jurídico. Por conta disso, temos imensurável satisfação em apresentar-lhe estas palavras.

Conseguimos, nas páginas que se seguem, reunir os grandes expoentes da área do Direito Penal e do Processo Penal de nosso país, com o prefácio do Professor Doutor Marco Antônio Florêncio Filho e os autores Ana Paula Trento, Antonio Ap. Belarmino Junior, Carlos Alberto Maciel Romagnoli, Carlos Rocha Lima de Toledo Neto, Clarice Maria de Jesus D'Urso (organizadora), Eduardo Mauricio, Evandro Fabiani Capano, Fernando David de Melo Gonçalves, Fernando Fabiani Capano, Flávio Filizzola D'Urso, Glauber Guilherme Belarmino, João Ibaixe Jr., José de Ávila Cruz, Luis Eduardo Belarmino, Luis Henrique Lima Pereira, Luiz Augusto Filizzola D'Urso, Luiz Carlos Freitas Magno, Luiz Eduardo F. D'Urso,

Luiz Flávio Borges D’Urso, Marcus Vinicius Lopes Cassawara, Martim de Almeida Sampaio, Maurício Januzzi Santos, Otávio D’Urso Filho, Peter Aparecido de Souza, Ricardo Ribeiro Velloso, Sheyner Yàsbeck Asfóra, Umberto Luiz Borges D’Urso (organizador), Valdemir Lucena de Araújo e Vanderlei Jacob Junior.

É importante ratificar que sem cultura não há cidadania, democracia, respeito, dignidade, nação e até felicidade. A cultura é tão importante que está prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela ONU (Organização das Nações Unidas) em 1948, qualificada como “indispensável à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo”.

A cultura jurídica é igualmente importante porque as profissões ligadas ao Direito, principalmente a advocacia, nutrem-se da cultura. Ela é fundamental para que o profissional esteja sempre atualizado quanto à jurisprudência, à doutrina, às mudanças na legislação, aos novos autores, às novas teses e aos novos ramos do Direito.

Cientes desta premissa, o autor e organizador desta obra, enquanto esteve à frente do Departamento de Cultura e Eventos da OAB/SP, procurou propiciar o aprimoramento jurídico aos colegas, principalmente de São Paulo, nas gestões 2004 e 2018, por meio da adoção de uma agenda de temas atuais e abrangentes possibilitando, assim, uma expansão significativa no nível cultural dos advogados.

O Departamento de Cultura realizou mais de 22.000 eventos, e bateu todos os recordes na promoção de congressos, seminários, cursos, workshops e palestras com temas ligados às principais vertentes do Direito e às novas especialidades. Mobilizou-se uma “força-tarefa” de 300 palestrantes, que levaram seus ensinamentos para os advogados da capital e do interior.

Temos a firme convicção de que, para ser um profissional de excelência, é fundamental que o advogado continue os seus estudos e possua uma atualização constante ao longo da sua jornada, e isso só é possível por meio da leitura de livros, como este que apresentamos, e compêndios que auxiliam muitos colegas a preparar-se para enfrentar o mercado de trabalho com mais aptidão, confiança e conhecimento.

Aliás, cabe ao advogado, a partir dos seus conhecimentos jurídicos, criar doutrinas e delinear o campo de aplicação legal das normas, permitindo a avaliação de vários aspectos e cuidados necessários na atuação do Direito Penal e do Processo Penal.

Reunimos temas variados e relevantes, desde os tradicionais até os mais inovadores e recentes, organizando e catalogando nos artigos as leis e jurisprudências correlatas, para uma análise embasada na doutrina e na experiência conhecida de seus autores e organizadores.

Temas como inquérito policial e autodefesa, inquérito policial militar, prerrogativas do advogado, interrogatório “on-line”, compliance, delações e lava jato, corte americana de direitos humanos, sonegação fiscal e lavagem de dinheiro, crime na pós-modernidade, perícia judicial, prova eletrônica do processo penal, ação penal privada subsidiária da pública, princípio da insignificância, atitudes positivas na prevenção as drogas, prescrição penal, evolução histórica da lavagem de dinheiro, princípio do duplo fator de autenticação como validador de natureza digital, direito penal canônico, bullying, perseguição e ofensa fazem parte desta antologia.

Com tantos assuntos interessantes, o livro que está em suas mãos se torna uma leitura obrigatória aos operadores do Direito, estudantes e aos que estão iniciando na carreira, bem como aos profissionais que atuam em outras áreas, uma vez que aqui temos a possibilidade de extrair conhecimentos que melhorem nossa cultura.

Esta é uma obra que pretende, de forma didática, clara e concisa, abordar os maiores pontos de discussão do Direito Penal na contemporaneidade, para que o leitor possa analisar cada argumento, cada parecer e tirar as suas próprias conclusões. Aproveitem-na, pois, em cada artigo, revelam-se anos de pesquisas e estudos dos autores que agora nos brindam com seus conhecimentos.

**Umberto Luiz Borges D’Urso**  
**Clarice Maria de Jesus D’Urso**  
Organizadores



# 1

## Do direito ao silêncio ao direito de fala: o aperfeiçoamento da autodefesa no inquérito policial

Fernando David de Melo Gonçalves<sup>1</sup>

Luis Henrique Lima Pereira<sup>2</sup>

- 
1. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde também é membro do Grupo de Pesquisa “Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional” vinculado ao programa de pós-graduação “lato sensu”. Professor de Inquérito Policial da Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra.
  2. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Foi Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo.

**Resumo:** O ordenamento jurídico brasileiro exalta o direito ao silêncio do investigado, porém ofusca o exercício do direito de fala. Reconhecida a devida investigação legal e o investigado como sujeito de direitos e deveres, a autodefesa se destaca no Inquérito Policial em suas duas faces: a autodefesa positiva e a autodefesa negativa (direito ao silêncio). Desdobramento da autodefesa positiva, o direito de fala merece maior reconhecimento e, tal como o direito de permanecer calado, deve ser anunciado ao investigado, pois poderá sedimentar benefícios penais em seu favor.

**Palavras-chave:** Direito ao silêncio. Direito de fala. Investigado. Inquérito Policial. Polícia Judiciária. Delegado de Polícia.

## Introdução

Alçado ao posto de direito fundamental na redemocratização, o direito ao silêncio – subprincípio do *nemo tenetur se detegere* (LIMA, 2016, p. 889) – está petrificado na vigente Constituição Federal e é enaltecido unanimemente na doutrina e jurisprudência pátrias.

A referida predileção afeta a comunidade jurídica – em prol do direito ao silêncio – não ocorre por acaso.

Ela revela um passado obscuro marcado pela inquisitorialidade, característica pejorativa que, ao seu turno, remonta ao período da Santa Inquisição. Nesta época, o investigado figurava como mero objeto do inquisidor e era submetido a procedimentos de tortura para que fosse extraída a assim alcunhada *regina probatio* (rainha da provas):<sup>3</sup> a confissão. Desta forma, o direito ao silêncio era rompido por perversas técnicas de tortura, enquanto o direito de fala era exercido sob violência e coação a pretexto da simbologia religiosa voltada à depuração dos pecados e arrependimento.<sup>4</sup>

---

3. Tradução livre.

4. [...] A confissão, contudo, está explicitamente relacionada pelos teólogos à doutrina das causas do Mal e dos meios para dela se desfazer, conjurar a potência sobre-humana de Satã, ou restituir ao Homem sua Salvação após a Queda (LEGENDRE, 1983, p. 136).

Bem por isso, sem embargo de outros fatores históricos antidemocráticos que marcaram o sistema político ao longo do tempo, até hoje, sedimentou-se a percepção de que a melhor postura defensiva do investigado sempre é – e perpetuamente será – permanecer calado.

Entretanto, a exaltação do direito ao silêncio acaba por ocultar o outro lado da moeda tão relevante quanto a primeira, qual seja, o direito de fala.

Assim como “cara” e “coroa” não possuem valores distintos, o direito ao silêncio e o direito de fala exercem o mesmo papel na atividade probatória: a formação do convencimento da autoridade policial ou judicial.

À luz da devida investigação criminal, a reflexão proposta parece ainda mais adequada, sobretudo ante às finalidades constitucionais afetas ao inquérito policial.

Vale lembrar que, este instrumento quase bicentenário, desde a sua concepção, em 1871,<sup>5</sup> buscou conferir justa causa concreta à ação penal pública ou privada, na medida em que, *ab ovo*, se fazia mister a materialização das diligências em “instrumento escrito”, para que a conclusão quanto à existência – ou não – de “lastro probatório mínimo” (JARDIM, 2000, p. 168) pudesse subsidiar qualquer acusação.<sup>6</sup>

Realmente, a utilização do meio em si – inquérito policial – infelizmente restou conspurcada, mormente

[...] na época da ditadura, onde a realidade e a própria filosofia do Estado eram completamente diferentes. E, diga-se de passagem, eram diferentes não somente com relação à Polícia, mas em relação a todo aparato estatal, englobando as Forças Armadas, o Judiciário e o Ministério Público, fato este invariavelmente olvidado com relação aos dois órgãos por último citados (CABETTE; SANNINI NETO, 2014).

---

5. O inquérito policial nasceu por força do Decreto-Lei nº 4.824, de 22 de novembro de 1871.

6. Decreto nº 4.824/1871, art. 42: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.

Com o resgate do Estado Democrático de Direito no Brasil, cujo ponto culminante foi a promulgação da “Constituição Cidadã”,<sup>7</sup> em 1988, a leitura atual do inquérito policial, assim como de outros instrumentos processuais como a denúncia e a própria sentença, foram revisitadas e, por vezes, até reformuladas.

No caso específico do inquérito policial, notadamente depois do reconhecimento constitucional da carreira jurídica do Delegado de Polícia<sup>8</sup> (CE/SP: art. 140, § 3º c/c LCE/SP nº 1.152/2011, art. 1º, §§ 1º e 2º c/c Lei nº 12.830: art. 2º, §§ 4º e 6º), enalteceu-se a importância da etapa inaugural da persecução penal, repudiando a reducionista e anacrônica concepção de inquérito policial como “mero procedimento administrativo inquisitivo e dispensável” (GOMES; RIBEIRO; CRUZ, 2007, p. 357).

Ao contrário desta visão obtusa,<sup>9</sup> a literatura jurídica tem expandido seus horizontes e enxergado o compromisso do Inquérito Policial com a verdade (atingível) dos fatos e com a garantia de direitos envolvidos.

- 
7. Acerca da nomenclatura “Constituição Cidadã” conferida à Constituição Federal de 1988 aduziu SILVA: “[...] É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral” (SILVA, 2007, p 89).
  8. Sobre o Delegado de Polícia, merece destaque a reflexão de Marcelo de Lima Lessa (2020, p. 177): “[...] Ele é um profissional híbrido, dotado de bagagem jurídica e expertise policial, as quais o credenciam a lidar com o Direito bruto, ainda em chamas”.
  9. Esta compreensão equivocada e, quiçá, até deliberada de parcela da doutrina já havia sido diagnosticada por CARVALHO, para quem: “[...] Os manuais doutrinários de Processo Penal, bem como a maioria dos estudiosos da área, definem o Inquérito Policial como sendo uma peça meramente informativa, destinada à apuração de uma infração penal e de sua autoria. Poucos se aprofundaram no assunto, projetando, assim, a nítida impressão de que referido procedimento investigativo não possui nenhum tipo de importância significativa para o sistema processual penal. Esquecem-se, no entanto, que a quase totalidade das ações penais em curso ou já transitadas em julgado, foram precedidas de um Inquérito Policial. Tal assertiva pode ser comprovada através de pesquisas junto a qualquer Comarca do nosso extenso território. Para tal, basta a verificação de que a denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública incondicionada, inicia-se da seguinte maneira: Consta do incluso Inquérito Policial que no dia..., por volta das ....., fulano de tal, seguida da exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias”. Verifica-se, assim, que a expressão “mera peça” deveria ser excluída dos livros doutrinários, já que, como é cediço, todas as provas produzidas dentro desse importante procedimento investigativo, são, na maioria das vezes, apenas repetidas em Juízo (CARVALHO, 2007).

No enlace atual, retira-se o eufemístico adjetivo inquisitivo e adiciona-se ao inquérito policial a qualidade de instrumento apuratório (HOFFMANN, 2019, p. 29). E mais: revela a autonomia técnico-jurídica da autoridade policial como responsável pela apuração independente dos fatos e defesa de direitos.

Neste cenário, o investigado não mais figura como mero objeto de uma investigação, mas sim como sujeito de direitos, entre os quais estão assegurados o direito de manifestação e ao silêncio.

E é exatamente a perspectiva ampla e bifronte do direito de autodefesa do investigado no inquérito policial que será aprofundada neste artigo, tendo em vista que, na prática, ainda parece ofuscada por compreensão minimalista e desabonadora outrora tida como dogma de passado, quiçá recente, mas certamente superado em sua essência central.<sup>10</sup>

## O investigado também como sujeito de deveres

De início, cumpre destacar que investigado não se confunde com envolvido, pois sobre aquele recaem suspeitas de autoria delitiva. Aqui, aliás, abrangente não apenas o juízo de possibilidade (suspeita), mas também de probabilidade (fundada suspeita), o que permitirá compreender a extensão dos direitos do investigado.

Por sua vez, não há necessidade de seu formal indiciamento (indiciado) ou restrição de sua liberdade (vg: preso em flagrante delito), mesmo sendo imprescindível, neste último caso, a identificação da já referida fundada suspeita como requisito probatório previsto no § 1º do artigo 304 do CPP, a conferir justa causa à custódia extrajudicial (MORAES, 2018, p. 160-168).

---

10. “[...] Concordamos que as nossas polícias ainda não estão livres da odiosa e inadmissível prática de tortura, mas é preciso que se acabe com essa pecha que recai sobre a polícia judiciária no sentido de que as investigações são pautadas por abusos contra os investigados. Pelo contrário! Hoje são adotados procedimentos investigativos e técnicas de inteligência policial que têm se mostrado extremamente eficazes no combate à criminalidade organizada [...]” (CABETTE; SANNINI NETO, 2014).

Enquanto o indiciado e o preso são interrogados, o investigado é ouvido em termo de declarações (LESSA, 2019, p. 30-31), mas isso não impede e não condiciona a incidência de seus direitos.

A reforçar este argumento, a jurisprudência pátria reconhece como ilícita a confissão informal obtida por policiais sem a prévia advertência sobre o direito ao silêncio.<sup>11</sup> De igual modo, extrai-se do teor da Súmula nº 4 do Seminário de Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), realizado na Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra” em novembro de 2019:

O vocábulo “preso”, empregado no artigo 18 da Lei Federal nº 13.869/2019, abrange o custodiado temporário ou preventivo e **não equivale ao mero investigado que, asseguradas as garantias fundamentais, sobretudo o direito de autodefesa e de acionar defesa técnica, poderá ser ouvido em declarações**, sem prejuízo de pronta representação pela prisão provisória diante da suspeita de envolvimento em prática delitiva pretérita e do preenchimento dos requisitos legais (grifo nosso).

Desta forma, o investigado é aquele que, salvaguardado pelo sistema,<sup>12</sup> figura sob o olhar atento da apuração, a qual busca elucidar o seu envolvimento nos fatos e, neste escopo, não apenas a prova de sua participação como de sua inocência encontram-se no mesmo patamar de importância na tarefa de desnudar a verdade.

Outro ponto a ser registrado é que, embora o inquérito policial esteja sob a presidência do delegado de polícia, o seu bom termo transcende o dever institucional da polícia judiciária, abrangendo o interesse da vítima, da sociedade e do próprio investigado.

---

11. STF 2ª Turma. Rcl. 33711/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/6/2019 (Info 944).

12. Além do “Aviso de Miranda” outros exemplos de resguardo garantidor de direitos são a audiência de apresentação e garantias do artigo 304 do Código de Processo Penal (MORAES; GONÇALVES, 2020) e a própria audiência de custódia, instituto bem aprofundado por Gonçalves (2020, p. 49-188).

Logo, o investigado, interessado que é na apuração dos fatos, não deve figurar como mero expectador passivo, quedando-se inerte e valendo-se do selo do silêncio quando poderia contribuir ativamente com a eficiência da persecução penal.

Não há dúvida que, a dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República (CF, art. 1º, III), impõe limites à atuação estatal, nos distingue e revela direitos nucleares e adjacentes a todas as pessoas. Este princípio norteia toda atuação estatal e diferente não seria no bojo do inquérito policial.

Por outro lado, é certo que nossa Carta Política não tem o condão de constituir unilateralmente direitos em favor dos cidadãos e em detrimento do Estado, desequilibrando a balança do bem comum. O Pacto Social deve ser analisado como um contrato comutativo para que haja tanto prestação quanto contraprestação ao Estado. A vantagem e sacrifício devem ser equivalentes, propiciando a compensação estatal pela assunção de deveres individuais e coletivos, na justa medida garantidora do equilíbrio e da paz social.

Neste espírito, a Constituição Federal intitula o capítulo que o artigo 5º encabeça como “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (grifo nosso). Sob este comando, os artigos e incisos devem ser lidos não apenas como bônus, mas também ônus a serem observados para manter hígido o Estado Democrático e Social de Direito da República Federativa do Brasil (grifo nosso).

No diapasão exposto, Novelino endossa e dá destaque aos “grupos de deveres constitucionais” posicionando-os em patamar idêntico aos direitos e às garantias (2016, p. 275).

Deste modo, ao analisar os direitos dos investigados, devem estes contemplar acepção de deveres latente, ainda que implicitamente e, imbuídos deste propósito constitucional, ideal seria militarem ativamente para o exitoso ocaso e aperfeiçoamento contínuo da devida investigação criminal.

Com efeito, a mais hodierna constatação deste raciocínio reside no artigo 5º do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), cuja entrada em

vigor data de 16 de março de 2016.<sup>13</sup> O dispositivo aludido reza que todo aquele que participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé,<sup>14</sup> revelando o princípio da boa-fé objetiva e o dever de lealdade de todos os envolvidos, não sendo dever exclusivo do Estado (NEVES, 2016, p. 11-14). Tal cláusula geral do processo deve ser transportada para a senda do inquérito policial e ser observada por seus atores.

Mas não é só. Some-se a isso o teor do artigo 14 do Código de Processo Penal, cuja redação – original oriunda do Decreto-Lei nº 3.689/1941 – já admitia a participação (regrada) de interessados no transcorrer do inquérito policial, sob a presidência e discricionariedade do delegado de polícia, e ter-se-á reafirmação conjuntural da boa-fé e lealdade processuais iminentes ao sistema como um todo.

Adentrando especificamente na seara do direito de fala, por força de redação do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, a confissão espontânea da autoria delitiva importa, até hoje, em atenuante para todo e qualquer crime, o que revela o valor social atribuído pelo sistema penal na postura ativa daquele que ainda pode nem sequer ser investigado, mas procede com boa-fé e lealdade, priorizando a verdade dos fatos sem escudar-se no direito constitucional à quietude.

Não se está querendo fazer ode à confissão em si, mas sim valorizar a busca da verdade, de molde a inclui-la no tabuleiro processual como estratégia de defesa viável, ética e socialmente relevante, apta a compensar a desvantagem do Estado ante ao cometimento do crime (o que será explicitado no próximo tópico).

Diante deste panorama, os direitos dos investigados, entre os quais o direito ao silêncio e o direito de fala, também precisam ser revisitados com a reserva da contribuição social e o emprego da boa-fé, o que denota o investigado também como sujeito de deveres, além de direitos.

---

13. CPC: art. 1.045: “Este Código entra em vigor após decorrido 1 ano da data de sua publicação oficial”.

14. CPC: art. 5.º: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.



## A desvantagem do Estado durante o cometimento do crime

No momento do crime, o criminoso detém o controle da situação e assim o faz à margem do Estado, que não conseguiria, nem mesmo em contexto ideal, estar onipresente através das forças de segurança. Na maioria das empreitadas criminosas, o algoz arquiteta sua conduta e conta com a omissão – e não “culpabilidade”<sup>15</sup> – do Estado para praticá-la, seja a ausência física, a normativa ou de políticas públicas.

Na calada da noite, em ambientes domésticos, em comunidades carentes ou mesmo na internet, a ação criminosa encontra terreno fértil para eclodir.

Isso não significa concluir que o crime advém sempre de fator físico externo, mas esta percepção da fragilidade do Estado diante da perspicácia dos criminosos nos permite compreender os contornos peculiares do inquérito policial diante da necessária compensação coletiva frente ao desequilíbrio do seio social aludido.

---

15. Forçoso reconhecer: houve certa tolerância na transgressão da norma, inclusive no cometimento de crimes patrimoniais, sob a falsa premissa de que tal conduta, mesmo delituosa, seria nada mais, nada menos, do que resgate da igualdade material surrupiada. Tal entendimento enviesado encontrou eco parcial em algumas teorias jurídicas como a “co-culpabilidade” de Zaffaroni, a saber: “[...] Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em conseqüência, há sujeitos que tem um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer há aqui, uma ‘cocalpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2000, p. 82). Entretanto, este pensamento revanquista não deve prevalecer, sob pena de soçobrar o Estado de Direito, repristinando-se o caos que o precedia. Vale dizer, o interesse público pautado no bem comum pleno, porquanto inatingível na sua completude no atual concerto social, não deve gerar insurreição bárbara, mas sim servir de ponto de partida para políticas públicas e sociais que salvaguardem, cada vez mais, a concreitude efetiva dos direitos e garantias individuais. Tais programas – ou políticas – estatais já existem no mundo civilizado e também no Brasil, alcunhadas pela doutrina de “ações afirmativas” ou “discriminações positivas” devem ser constantemente ampliadas e aprimoradas. Por tudo isso, o caminho evolutivo a ser trilhado nortear-se-á não pela negativa de legitimidade do Estado em si, por ser capitalista, a justificar a prática criminosa, mas sim deverá pautar-se na busca incessante pelo desenvolvimento e fortalecimento das instituições democráticas e, por conseguinte, na sua capacidade de promover justiça social.

Neste aspecto, a visão da Teoria Ecológica desenvolvida no âmbito da Escola de Chicago subsidia uma reflexão sobre a influência da cidade (SUMARIVA, 2013, p. 32-33), aqui compreendida não apenas o espaço físico, mas também o poder político local e suas ações sociais. O ambiente geográfico, social e político inevitavelmente reverberam nas decisões e dinâmicas adotadas pelos criminosos. Tal como o Estado busca desenvolver políticas públicas voltadas às características regionais, o agente que delibera pela conduta criminosa reflete sobre o ambiente: existência de força policial, facilidade na prática da conduta, presença do bem jurídico almejado, possibilidade de fuga, entre outros fatores.

Ressalte-se que não apenas as regiões carentes são ambientes favoráveis ao crime, já que os delitos de colarinho branco revelam outros nichos de atuação: os espaços com grande concentração de poder e dinheiro, tais como estruturas da administração pública, grandes empresas, bancos privados etc.

Esta análise prévia pelo criminoso não é o denominador comum em todas as ações criminosas, mas afigura-se praxe. Logo, a antecipação às ações do Estado e a dominação sobre a vítima, o bem jurídico e os possíveis vestígios desequilibram a relação estatal, desnivelada até a comunicação dos fatos.

Uma vez acionadas as instituições de Estado, por ora em posição de desvantagem, começa a desventura pela reconstrução do crime: uma investigação no presente, buscando elucidar um fato do passado para uma eventual responsabilização penal no futuro. Eis aqui o encanto do trabalho investigativo.

Vestígios e provas são perecíveis e, para que a autoria do delito não permaneça desconhecida – e que possa deteriorar a sensação de segurança da população e a confiança nas instituições – é preciso mais do que a instauração célere do inquérito policial. Afigura-se de rigor valorizar e promover posturas ativas de quaisquer atores da persecução penal inaugural, entre eles o investigado, em prol do reequilíbrio da malha social esgarçada pelo delito.

A inércia – não a fuga ou destruição de provas<sup>16</sup> ou mesmo a mentira<sup>17</sup> – continua sendo possível como estratégia de defesa, mas constitui aposta duvidosa, pois caso a Polícia Judiciária logre a descoberta da autoria delitiva, todos os benefícios penais do comportamento ativo e espontâneo do investigado já se esvaneceram.

Somente assegurando características próprias ao inquérito policial, também com ênfase ao direito de fala na reconstrução da verdade, bem como prerrogativas ao Delegado de Polícia é que será possível restabelecer a ordem turbada.

Portanto, pertinente se faz a melhor compreensão acerca da incidência possível dos direitos e garantias fundamentais no inquérito policial em meio a essa situação emergencial de remontagem de fatos passados – e talvez já irreconciliáveis com juízos de certeza, o que, nesta última hipótese, faz pairar dúvida na eficácia e pertinência de todo o aparato estatal de Segurança Pública.

## A amplitude possível do contraditório e da ampla defesa no âmbito do inquérito policial

Resgatada a condição de sujeito de deveres afeta ao investigado e sopesada a desvantagem do Estado a partir do cometimento do crime, resta aquilatar a extensão das prerrogativas do investigado à luz de sua salutar qualidade de titular de direitos e interessado no deslinde da investigação criminal.

---

16. A fuga e a destruição de provas podem ensejar prisão preventiva conforme art. 312, caput, do CPP, respectivamente para “assegurar a aplicação da lei penal” e “por conveniência da instrução criminal”.

17. “[...]Há de se acentuar que, pelo simples fato, de a mentira do acusado não ser proibida no sistema pátrio, não significa que, em sentido técnico, isso seja revertido em um direito do acusado de faltar com a verdade no processo, pois, apesar de não haver tipicidade para esta conduta do acusado, não está o comportamento ausente de antijuridicidade em face do ordenamento jurídico brasileiro, visto que o Código Penal tipifica a conduta da testemunha que falta com a verdade, bem como a falsa perícia (artigo 342). [...] Portanto, se fosse um direito, deveria o sistema jurídico disponibilizar instrumentos legais para assegurar o exercício do direito do acusado de faltar com a verdade, o que, por ser ilícito, torna-se irrealizável” (FERREIRA, 2010, p. 3).

Sobre a temática aludida, qual seja, exercício de direitos pelo investigado, notadamente o contraditório e ampla defesa, o texto constitucional expressamente predica: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV).

A exegese sistemática alusiva ao dispositivo leva à conclusão de que o contraditório e a ampla defesa aplicados ao investigado não comportam interpretação restritiva,<sup>18</sup> mesmo no curso do inquérito policial,<sup>19</sup> seja porque assegurados aos “acusados em geral” (LOPES JR., 2013, p. 417) ou em virtude de sua não exclusividade ao processo judicial, abrangendo inclusive a seara administrativa.

Embora a mais adequada natureza jurídica do inquérito policial identifique-o como “etapa extrajudicial do processo penal” (MORAES; ORTIZ, 2018), não se olvida que, nas lições de Hoffmann (2019, p. 28), o inquérito policial se consubstancia em processo administrativo *sui generis* e não procedimento, sobretudo no contexto da processualização do procedimento.

Independentemente da vertente doutrinária adotada, surge a obrigação do Estado em viabilizar a atuação positiva do investigado, exercendo regularmente direitos, entre eles o de fala.

É o que se convencionou chamar de “contraditório possível” (MORAES; PIMENTEL JR., 2018, p. 53). “E por estar em risco a liberdade, a segurança individual e a integridade física e moral, ao investigado (sujeito de direito) é conferida a contrariedade (contraditório mitigado), não o contraditório clássico, próprio da ação penal” (SHIMIDT apud SAYEG, 2019, p. 62).

Nesta esteira, lecionam Moraes e Pimentel Jr. (2018, p. 161-162):

---

18. Depreende-se dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Carta Magna que a aplicação dos direitos e garantias fundamentais deve ser imediata e não excluyente de outros, inclusive daqueles subprincípios que tendem a amplificar o espectro de proteção inerente aos primeiros, o que se resume no fundamento da “maior proteção possível” (JUBILUT, 2013).

19. Segundo Moraes e Pimentel Jr. (2018, p. 53): “[...] Não deve sofrer interpretação restritiva, advindo a obrigação de se garantir ao investigado um contraditório possível, com acesso à informação sobre a imputação e sobre elementos coligidos, e a faculdade de se manifestar e apresentar argumentos que lhes sejam interessantes e favoráveis”.

[...] o caráter inquisitivo do inquérito policial, até então sustentado doutrinariamente pela suposta ausência de ampla defesa e contraditório, sofreu intensa mitigação e merece ser reformulado para o viés “apuratório-garantista”, precisamente para se integrar aos princípios da Constituição Federal de 1988, convertendo o procedimento em um filtro garantista apuratório da verdade legalmente atingível e validamente construída dos fatos, ou seja, daquilo que efetivamente ocorreu dentro do que for possível elucidar nos limites da lei, e admitindo a participação dos envolvidos, mormente do sujeito investigado, por intermédio de um contraditório possível no procedimento investigatório legal.

Logo, em contrapartida à defasagem temporal impingida ao Estado a partir do cometimento do crime, o que deve ser resgatado sob o manto do princípio da eficiência<sup>20</sup> e justifica o emprego de diligências investigatórias – com reserva absoluta ou relativa de jurisdição (ROCHA JR.; MORAIS, 2019) – por parte da Polícia Judiciária, sobrelevam-se os direitos e garantias do investigado, ainda que mitigados.

Frise-se, neste cenário de mitigação de direitos e garantias, o contexto da devida investigação legal (BALDAN, 2015, p. 165) realiza a ponderação de duas dimensões imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito. De um lado a obrigação estatal de encetar célere e eficazmente medidas de polícia judiciária tendentes à elucidação do fato (*nec delicta maneat impunita*)<sup>21</sup> com utilização do “sigilo interno”<sup>22</sup> acaso necessário e, de outra banda, deve promover o alcance máximo dos direitos ativos do investiga-

---

20. Este assunto é bem explicado por Sannini Neto (2014): “[...] os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados durante o Inquérito Policial sempre que não forem prejudiciais ao sucesso das investigações, haja vista que, em certos momentos da persecução penal, o Estado deve se valer de ações sigilosas no intuito de chegar à verdade dos fatos”.

21. Brocardo *nec delicta maneat impunita* significa os delitos não podem ficar impunes – verdadeira essência da persecução penal (tradução livre).

22. Sigilo interno para Moraes e Pimentel Jr. (2020) significa: “[...] mais intenso e excepcional patamar, atrelado às diligências em andamento que ainda não instruem os autos principais, com acesso restrito às autoridades estatais, durante prazo demarcado e sob permanente controle judicial”.

do, a exemplo do direito de fala exteriorizado no contraditório e na ampla defesa cabíveis – possíveis – em busca da negativa de sua autoria ou, por vezes, no registro particularizado das circunstâncias delituosas voltadas às excludentes de antijuridicidade, culpabilidade, punibilidade ou outro benefício vislumbrado. Tal ponderação de valores acabou, inclusive, normatizada no Estatuto da OAB, em seu art. 7º, § 11,<sup>23</sup> e na nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), em seu art. 32.<sup>24</sup>

Mas afinal, qual a amplitude do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial?

Quanto ao contraditório, este deve ser visto como direito fundamental do investigado de ser informado, ter acesso e participar do inquérito policial (contraditório formal), bem como o direito de influenciar na tomada de decisão pela autoridade que o conduz (contraditório substancial) (MORAES; PIMENTEL JR., 2018, p. 95).

No tocante à ampla defesa (contraditório substancial), deve ser assegurada ao investigado a oportunidade de apresentar a sua versão sobre o fato criminoso, seja através da autodefesa ou da defesa técnica.

Em relação à defesa técnica, será exercida por intermédio de advogado ou defensor público que acompanhará e adotará as medidas cabíveis, podendo ter acesso aos elementos probatórios documentados no inquérito policial, apresentar razões e, entre outras prerrogativas, propor quesitos (EAOAB: art. 7º, XXI).

Já a autodefesa poderá ser tanto negativa (vg: direito ao silêncio) quanto positiva (vg: direito de fala).

---

23. EAOAB, art. 7º, § 11: “No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente pode delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, eficácia ou finalidade das diligências” – grifo nosso.

24. Lei nº 13.869/2019: art. 32: “Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos atos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível” – grifo nosso.

Em síntese, a preservação da eficiência da investigação criminal redundam em características próprias que não se confundem com aquelas inerentes à instrução judicial e, nesse passo, o contraditório e a ampla defesa recebem nova roupagem adequada aos contornos materialmente constitucionais do inquérito policial.

## O direito de fala no inquérito policial

Na medida em que se aprofunda reflexão garantista acerca do inquérito policial, a concepção bifronte da autodefesa exsurge, lançando luzes sobre o direito de fala do investigado. Supera-se paulatinamente o rótulo do direito de defesa canalizado para a autodefesa negativa.

Indubitável reconhecer o grau de importância, atribuído por todo ordenamento jurídico, ao direito de silêncio pois, além de previsão constitucional (CF, art. 5º, LXIII), encontra eco no Código de Processo Penal (art. 186) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, item 2, letra “g”). Repise-se, a jurisprudência reforça sua notoriedade, incorporando a aplicação da denominada “Cláusula de Miranda”,<sup>25</sup> a ser observada inclusive durante a entrevista informal do preso com policiais.

Isto é reflexo de herança histórica pejorativa e, atualmente, injustificável, porquanto estimula genuína mordaza ao investigado e sepulta postura ativa, cujas consequências penais benéficas estão cada vez mais atraentes à defesa.

Sob a ótica do investigado, o direito de fala poderá erigir benefícios penais, incutir a certeza de sua inocência e angariar elementos probatórios de interesse da defesa. Ainda, a sua contribuição com a investigação revela a boa-fé, lealdade e compromisso cívico com o Estado de Direito, porquanto sujeito de direitos e deveres.

Desde os tempos mais remotos, diga-se de passagem, o direito de manifestação do investigado encontrava amparo no Código de Processo Penal.

---

25. A “Cláusula de Miranda” ou “Miranda rights” tem origem no *case* estadunidense *Miranda vs Arizona* (384 U.S 436, de 1966).

É o caso das diligências relacionadas à autoridade policial no art. 6º, a qual deve, logo que tomar conhecimento da prática de infração penal, “ouvir o indiciado” (CPP: art. 6º, V). Afinal, se é dado o direito de silêncio, também foi assegurado o direito de fala.

Além de ouvir o investigado, o Código de Processo Penal expressamente dispõe que o ofendido e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade<sup>26</sup> (art. 14). O investigado também poderá se manifestar no âmbito da acareação (CPP, art. 6º, VI) e da reprodução simulada dos fatos (CPP, art. 7º), o que reforça a linha argumentativa de que sua atuação no âmbito do inquérito policial não se resume a permanecer calado.

E é em solo policial que o direito de fala e de silêncio são primeiramente garantidos e exercidos, ressaltando o papel do delegado de polícia como primeiro garantidor de direitos.

Logo, ao assegurar o direito de fala ao investigado, o delegado de polícia propicia que os holofotes da investigação criminal alcancem a real dimensão dos fatos, permitindo confronto das hipóteses previamente formuladas.

Atentos ao compromisso do delegado de polícia com a busca pela verdade, bem como em assegurar os direitos fundamentais dos investigados, advertem Bedê Jr. e Coura acerca da “obrigatoriedade do interrogatório”<sup>27</sup> (2016, p. 250).

---

26. Vide Súmula nº 4 do I Seminário Integrado a Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo, repercussões da Lei nº 12.830/13 na Investigação Criminal (realizado na Academia de Polícia “Dr Coriolano Nogueira Cobra”, em 26-09-2013): “Na presidência da investigação criminal, cabe ao Delegado de Polícia exercer o juízo de legalidade e oportunidade sobre diligência indicada pelos interessados na promoção da futura acusação ou defesa, sob o ponto de vista da conveniência da investigação e de sua conformidade legal”.

27. Segue o trecho: “[...]O interrogatório deve ser obrigatório também na fase policial. Deve ser reconhecido, ao suspeito, o direito de tomar conhecimento de que é alvo de investigação e de fornecer explicações ou, até mesmo, indicar outros potenciais suspeitos. Tudo isso justifica a limitação da discricionariedade do delegado de polícia em relação ao interrogatório do suspeito, que não deve ser considerado uma faculdade do delegado. Portanto, a realização do interrogatório policial é imprescindível, salvo justa causa, a ser devidamente explicitada pela autoridade”.



Tem-se que a investigação criminal em si não pode pressupor traços *kafkianos*. A atividade de polícia judiciária edifica-se como palco para o protagonismo do investigado, que poderá assumir papel não só confessando o crime, mas indicando provas, sugerindo diligências, participando de acareações, da reprodução simulada dos fatos e, assim, influenciando na tomada de decisões pelo delegado de polícia.

Além disso, o exercício do direito de manifestação no âmbito do inquérito policial poderá ensejar a incidência de benefícios penais, tornando-se mais vantajoso que a opção pelo silêncio. A título de exemplo, além da atenuante genérica da pena já referenciada (CP: art. 65, III, “d”), a confissão “formal e circunstanciada” em sede policial poderá projetar efeitos na formalização de acordo de não persecução penal com o Ministério Público (CPP: art. 28-A) ou com a própria Polícia Judiciária por força das Regras de Tóquio de status supralegal (COSTA; HOFFMANN, 2019).<sup>28</sup>

Outro benefício penal é a colaboração premiada (CABETTE, SANNICI, 2020), meio de obtenção de prova que ressalta a importância da postura ativa do investigado.<sup>29</sup>

Merece destaque o disposto no art. 4º, § 14, da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), que expressamente atesta o direito de

---

28. Lapidar o raciocínio que ora se pede licença para reproduzir: “[...] A legitimidade concorrente entre membro do MP e delegado de polícia, aliás, já existe em outro importante acordo, qual seja, a colaboração premiada. Como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal[4], a legitimidade para a realização do pacto não se vincula à titularidade da ação penal pública. Ou seja, o fato de o MP ser o dominus litis em nada prejudica a possibilidade de a autoridade policial realizar o negócio jurídico. O direito de punir continua sendo matéria a ser decidida pelo Judiciário. Vale lembrar que, quando o acordo é firmado pelo delegado, sequer a anuência do Parquet é necessária. E que o controle judicial persiste íntegro, seja o acordo feito pelo MP ou pela Polícia Judiciária. Noutro giro, fundamental grifar que uma das principais justificativas do uso do acordo de não persecução penal é a racionalização do sistema criminal, combatendo a morosidade e diminuindo o volume represado de serviço. Nesse passo, é preciso resolver não apenas o problema na fase de ação penal, mas também na etapa antecedente de investigação criminal. Afinal, não basta solucionar o problema do grande fluxo de ações penais; é imprescindível atuar sobre o gargalo inicial (da investigação criminal), sob pena de manter congestionado o sistema criminal” (COSTA; HOFFMANN, 2019).

29. Prevista na Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), a colaboração premiada abrange a delação e outras medidas, as quais poderão culminar na concessão de benesses ao agente colaborador, entre elas o perdão judicial.

fala ao dispor que: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”. Note que a renúncia ao direito de silêncio é consequência lógica do direito de manifestação exercido pelo agente colaborador.

Outra vez fica evidente a preocupação quanto à predileção da comunidade jurídica com relação ao silêncio, uma vez que seria suficiente anunciar o exercício do direito de fala/colaborar do investigado, mas quis a legislação tornar expressa a renúncia ao direito de silêncio.

Assim, muito se produz acerca do direito ao silêncio ao passo que o réu que pretende confessar, colaborar, expor sua versão ou mesmo sugerir diligências, enfrenta múltiplas polêmicas. E não é essa visão míope que deverá servir de impeditivo para que o investigado possa adotar postura ativa no inquérito policial, pois sua passividade poderá soçobrar benefícios e tornar sua pena mais gravosa.

## Conclusão

Por fim, entende-se que a advertência do direito ao silêncio não mais deve ser revelada ao investigado de forma isolada, já que representa apenas uma face do direito de autodefesa. Como toda moeda tem dois lados, o direito de fala deve ser também anunciado. Isso não significa concluir que o direito ao silêncio é uma perspectiva obsoleta, mas sim incompleta.

Ainda e não menos importante, os direitos fundamentais também compreendem deveres individuais e coletivos e, no exercício de civilidade, não é franqueado ao investigado o abuso do direito, motivo pelo qual o direito de fala não pode sustentar a mentira agressiva (SANTOS, 2016, p. 119-120). O Pacto Social cobra do cidadão investigado postura compromissada com a devida investigação legal e, assim, a boa-fé no inquérito policial deve ser avalizada diante de seu empenho com o atingimento da verdade alcançável. Em contrapartida, o Estado reconhece os denominados benefícios penais, ou seja, uma relação simbiótica: compromisso de colaboração/confissão do investigado e mitigação do *jus puniendi* pelo Estado.

Vale rememorar, a compreensão de cidadania não se restringe aos direitos políticos, pois imprescindível a percepção do indivíduo integrante de um Estado Democrático de Direito com o coletivo, sendo criada, com isso, expectativa social com a postura colaborativa e de boa-fé do investigado.<sup>30</sup>

Logo, merece ser repensada a forma de anunciar os direitos de defesa ao investigado, pois a preponderância do direito ao silêncio não significa, necessariamente, a melhor técnica defensiva. O Aviso de Miranda, em sua forma primitiva, precisa ser acrescido de orientação sobre os benefícios legais advindos da atuação positiva do investigado e do compromisso deste com o pacto social, de modo a reforçar o reconhecimento do investigado como sujeito de direitos e de deveres.

O direito de fala se faz tão importante quanto o direito ao silêncio, aguça o olhar investigativo e amplia o alcance do método cognitivo apto à reconstrução da verdade provável dos fatos.

## Referências

- BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. *In*: KHALED JR, Salah. **Sistema Penal e Poder Punitivo**: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- BEDÊ JR, Américo; COURA, Alexandre de Castro. Interrogatório Policial no Estado Democrático de Direito: O que está pressuposto? *In*: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (Orgs.). **Polícia Judiciária**: temas atuais. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CABETTE, Eduardo; SANNINI NETO, Francisco. **Colaboração Premiada como Técnica Especial de Investigação Criminal**. Lema, SP: JH Mizuno, 2020.
- CABETTE, Eduardo; SANNINI NETO, Francisco. **Audiência de custódia e o sistema processual penal brasileiro**: um vislumbre para além da proposta inicial. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/162871921/audiencia-de-custodia-e-o-sistema-processual-penal-brasileiro-um-vislumbre-para-alem-da-proposta-inicial>. Acesso em: 31 dez. 2020.

---

30. Nessa esteira, novamente valiosa a lição de Marcelo Novelino (2016, p. 251): “[...] O tradicional conceito de cidadania vem sendo gradativamente ampliado, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. Ao lado dos direitos políticos, compreendem-se em seu conteúdo os direitos e garantias fundamentais referentes à atuação do indivíduo em sua condição de cidadão”.

- CARVALHO, Paulo Henrique da Silva. **A importância do Inquérito Policial no Sistema Processual Penal**. Site Migalhas, 2007. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/34690/a-importancia-do-inquerito-policial-no-sistema-processual-penal>. Acesso em: 31 dez. 2020.
- COSTA, Adriano Sousa; HOFFMANN, Henrique; HABIB, Gabriel. Acordo de não persecução penal também precisa ser feito pelo delegado. **Revista Consultor Jurídico**, Dez/19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/academia-policia-acordo-nao-persecucao-penal-tambem-feito-delegado>. Acesso em: 31 dez. 2020.
- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista da SJRJ, vol. 17, 2010.
- GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu; RIBEIRO, Bernardo Barrozo; CRUZ, Ivna Mauro. O princípio do contraditório e o inquérito policial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goitacazes: FDC, Ano VIII, n. 10, jan./jun. 2007.
- GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Audiência de custódia: desafios de sua implantação no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2020.
- HOFFMANN, Henrique. **Temas avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- JUBILUT, Líliliana Lyra. Itinerários para a proteção de minorias e dos grupos vulneráveis. *In*: JUBILUT, Líliliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito à Diferença**. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 1.
- LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Rio de Janeiro: Colégio Freudiano; Forense Universitária, 1983.
- LESSA, Marcelo de Lima. **Padrões sugeridos de conduta policial diante da nova lei de abuso de autoridade**. Santos: Edição do Autor, 2019.
- LESSA, Marcelo de Lima. **Tratado contemporâneo de polícia judiciária**. Vol. 2. Cuiabá: Umanos, 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: vol. único. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Prisão em flagrante delito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; GONÇALVES, Fernando David de Melo. Na pandemia, é imprescindível audiência de apresentação e garantias. **Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-14/opinioao-imprescindivel-audiencia-apresentacao-garantias>. Acesso em: 31 dez. 2020.
- MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. **Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. Inquérito policial eletrônico: tecnologia, garantismo e eficiência na investigação criminal. *In*: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). **Estudos contemporâneos de polícia judiciária**. São Paulo: LTr, 2018.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ROCHA JR., Arnaldo; MORAIS, Filipe de. Vivemos a absolutização da reserva jurisdicional? **Empório do Direito**. Publicação de 03 set. 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/vivemos-a-absolutizacao-da-reserva-jurisdicional>. Acesso em: 31 dez. 2020.
- SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito policial, contraditório e ampla defesa: o garantismo na investigação**. JusBrasil. 2014. Disponível em: <https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943735/inquerito-policial-contraditorio-e-ampla-defesa-o-garantismo-na-investigacao>. Acesso em: 31 dez. 2020.
- SANTOS, Cleopas Isaías. Audiência de Garantia: ou sobre o óbvio ululante. *In*: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (Orgs.). **Polícia judiciária: temas atuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SAYEG, Ronaldo. **O inquérito policial democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: teoria e prática**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2000.

## 2

# Inquérito policial militar e a prerrogativa do advogado

Evandro Fabiani Capano<sup>1</sup>

Fernando Fabiani Capano<sup>2</sup>

- 
1. É sócio da Capano, Passafaro Advogados Associados. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca-Espanha, em programa de Dupla Titulação, com Defesa Pública de Suficiência Investigatória realizada na Espanha e Defesa Pública da Tese realizada em São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e Professor Universitário. Relator da 23ª turma do Tribunal de Ética e Disciplina da Seção Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil. Ocupou os cargos de Presidente da Comissão de Segurança Pública e Presidente da Comissão de Direito Militar da Seção Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, Chefe de Gabinete da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo, Coordenador de Polícia do Gabinete do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo e Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social do Município de São Paulo.
  2. É sócio da Capano, Passafaro Advogados Associados, especialista em Administração de Empresas pela EAESP/FGV. Doutor em Direito de Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Professor universitário. Membro da ALA – Association of Legal Administrators, em Chicago – 2004/2009; membro da Comissão de Direito Militar da OAB/SP – gestão 2009-2012 – 2012-2015; membro da Comissão Permanente de Direitos Humanos da OAB/SP – 2011-2015. Conselheiro Secional da OAB/SP – gestão 2019; integrante da Comissão de Inscrição e Arguição de Candidatos ao Quinto Constitucional da OAB/SP – gestão 2019. Presidente da Comissão Especial de Direito Militar da OAB/SP – gestão 2019. Diretor da Escola Superior de Advocacia – Seção São Paulo, 2021.

## A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil

A advocacia, na tradição ocidental, já existia como profissão em Roma, havendo notícia da criação de registros de advogados com conhecimento das *jurisprudências* e atuação em favor da fortificação das relações sociais entre a *stittisset bellum et urb* e o povo, conceito muito próximo ao que hoje entendemos como cidadania.<sup>3</sup>

A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, foi criada em 1930 e regulamentou a profissão de advogado, profissional que, segundo dicção da Constituição Cidadã de 1988,<sup>4</sup> é “[...] indispensável na administração da justiça”, como preceituado no seu artigo 133, talvez uma homenagem e um comando de união da classe, tal como preceitua o Salmo 133 de nossa Bíblia Sagrada, *litteris*:

Oh! Quão bom e quão suave é que os irmãos vivam em união / É como o óleo precioso sobre a cabeça, que desce sobre a barba, a barba de Arão, e que desce sobre a gola de suas vestes / Como o orvalho de Hermon, que desce sobre os Montes de Sião, porque ali o senhor ordena a benção e a vida para sempre.

Desta forma, o compromisso da advocacia é unir, cuidar dos interesses comuns dos advogados e falar em nome de seus membros que, ao final, garantem voz àqueles que não possuem capacidade postulatória, ou seja, *latu sensu*, defende o direito *erga hominis*.

Neste diapasão, durante todos os anos de sua existência, a Ordem sempre honrou sua vocação, que podemos dizer milenar, já que organizada na Antiga Roma, e não esmorece na luta pela melhoria dos cursos jurídicos no país, pela postura ética de seus membros, na intransigente defesa dos Direitos Humanos, da Constituição Federal e principalmente a sociedade brasileira e, sobretudo, na defesa dos inscritos em seus quadros.

---

3. Jornal da Advocacia, 2021, 2.

4. Constituição Federal 1988, artigo 133: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

E esta postura, alíás é obrigatória *ex vi legis*. A Lei nº 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia – dispõe em seu artigo 44, II *in litteris*:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

[...]

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

## O mundo castrense

Consignado este primeiro bloco de ideias, cristalizando a advocacia enquanto uma profissão e a reunião de profissionais do foro como o gérmen das corporações de ofício do medievo, pedimos vênia ao leitor para trazer à colação outra antiga instituição: “o *métier* castrense”!

Também com origem no mundo antigo, lembramos que o *castrense* era o latim falado pelos soldados romanos, fato este por si só que já os fazia uma classe apartada no Império, isso sem dizer que estavam sujeitos a um corpo legislativo próprio e missão institucional ímpar na manutenção de Roma.

Esse peculiar modo de ser do *métier* castrense romano impactou todos os posteriores “exércitos” do mundo ocidental, fazendo com que se criassem *modus operandi* apartados das instituições do mundo civil.

Assim, por exemplo, em voo de pássaro pelo meio castrense brasileiro, conseguimos de prêmio detectar uma série de situações peculiares, muitas delas em absoluto confronto com o mundo da advocacia contemporânea.

Um exemplo clássico, muito comum ainda hoje, lembrando que “defesa” é ato privativo de advogado, se prende ao fato das corporações militares continuarem a “nomear” graduados e oficiais para realizar a defesa de subordinados, quando acusados em processos disciplinares, o que remonta



ao medievo, pois este procedimento trabalha dentro da lógica do sistema inquisitivo, repercutindo como justificava de uma “Justiça Militar”, com forme ensina Douglas Pereira da Silva.<sup>5</sup>

Em relação às questões militares, o rei possuía vários auxiliares, como o *tribunus celerum*, chefe da cavalaria; os *quaestores parricidi*, os instrutores das causas relativas a crimes de elevada gravidade como, por exemplo, crimes de alta traição, de homicídios etc. Eram dois *quaestores parricidi*, cuja origem é lastreada aos primeiros reis romanos (Rômulo e Numa), mas que o instituto já existia ao tempo do terceiro rei de Roma (Túlio Hostílio) é certo (KNI-GHT, 1841, p. 190).

Aliás, a “Justiça Militar” na maioria dos países não integra o Judiciário, e mesmo entre nós, a Justiça Castrense passou a integrar o leque judicial apenas na primeira metade do século XX.

## Caso Prático

Feitas estas primeiras linhas, salta de forma clara que o embate entre os dois mundos é, na atual estrutura do Estado brasileiro, inevitável, o que gera uma série de situações peculiares, muitas vezes arranhando prerrogativas profissionais da classe dos advogados.

Pedimos vênica para trazer a baila caso prático para que possamos verificar a colisão de dois mundos, o embate entre a legislação civil que trata da advocacia e o mundo castrense.

Eis o caso:

A autoridade militar determinou a instauração do Inquérito Policial Militar junto ao 30º BPMI, tendo por averiguado o advogado J.F.O.T., pois

---

5. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52503/a-justica-militar-romana>. Acesso em 05 jul. 2022.

uma civil teria sido procurada pelo causídico dizendo ser advogado de policiais militares presos, solicitando a ela que revertesse seu depoimento em relação aos fatos apurados em Inquérito Policial Militar.

Instaurado o IPM, a autoridade militar determinou o indiciamento do paciente que, além de advogado, ostentava a condição de Segundo Tenente da Reserva da Polícia Militar.

O nó górdio deste case se prende ao fato de que o IPM foi instaurado para apurar a conduta do agente na condição de oficial da “Tropa de Tobias”, sob a ótica do Código Penal Militar, porém olvidando que, expressamente, a eventual conduta a ser apurada foi realizada no exercício da advocacia e não no múnus da atividade militar, tendo ainda a autoridade militar determinado a expedição de intimação para que o advogado comparecesse ao Batalhão, a fim de que se proceda à oitiva e ulteriores providencias no indigitado inquérito castrense, entre elas o indiciamento do advogado.

## Estatuto da OAB x Código Penal e Processual Penal Militar

O Estatuto da OAB estabelece em favor da advocacia uma série de prerrogativas que, embora pareçam em uma primeira leitura, serem direitos voltados ao profissional, em verdade, constituem instrumentos de proteção da própria cidadania.

Na “A inviolabilidade do Direito de Defesa”, Cezar Britto<sup>6</sup> ressalta que,

A história afirmou o fundamento de que a busca da inviolabilidade profissional apenas possui razão de ser — e objetiva assegurar — a defesa do cidadão, que deve ser altiva, sem peias, é dizer, livre. No sistema jurídico contemporâneo, pautado pela proteção dos fundamentais direitos da pessoa humana, o direito de defesa é base e fundamento do Estado democrático de Direito, fruto de uma longa, lenta e penosa

---

6. BRITO, Cezar. (Del Rey. 2011, p. 11).

construção humana, de cujos benefícios, testados e atestados em séculos de história, não se pode abrir mão”

Assim, está fora de dúvida o direito dos profissionais da advocacia, com as suas prerrogativas asseguradas em Lei.

No caso ora em estudo, temos a peculiar circunstância de ser o advogado militar da reserva, gerando a inédita situação de indiciamento por suposto crime militar no exercício civil da advocacia.

Aqui, portanto, parece estarmos diante de “Conflito Aparente de Normas”, já que o fato concreto possibilitou, *in thesis*, aplicação de duas normas jurídicas, sejam quais, o CPM e o Estatuto da Advocacia.

Segundo Bruno José Ricci Boaventura<sup>7</sup> “os critérios solucionadores das antinomias jurídicas são pressupostos implícitos colocados na legislação pelo legislador para a manutenção da coerência tendencial do sistema, da necessidade social de uniformidade das decisões e também como uma via de saída para o aplicador e intérprete das normas”.

Neste diapasão, os critérios ou também chamados de regras fundamentais para solução de antinomia são de três tipos: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

O cronológico tem a sua idéia expressa no brocardo jurídico: *lex posterior derogat legi priori*. Assim sendo a lei posterior derrogará a lei anterior dando ao sistema jurídico a sua característica dinâmica.

Vejamos que o Estatuto da Advocacia é norma posterior ao CPM e, já por este critério, deve prevalecer a sua aplicação, pois o preceito do presente critério é, justamente, a possibilidade da transmutação das normas componentes do sistema, priorizando normas novas e realmente mais aptas a regular o fenômeno contemporâneo, no sentido da visão social atual.

---

7. BOAVENTURA, Bruno José Ricci . O fenômeno da antinomia jurídica. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10 , n. 678, 14 mai. 2005 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6707>. Acesso em: 3 ago. 2022.

O segundo dos critérios é o hierárquico, o seu comando é *lex superiori derogat legi inferiori*. O uso deste critério para solução de antinomia remeterá o aplicador ou intérprete ao uso da norma hierarquicamente superior, quando se tratar de normas de diferentes níveis, quer não é o caso, pois ambas as normas são de nível federal.

É no terceiro critério que encontramos a solução do nó górdio para o presente caso.

E no caso em estudo, está fora de dúvida que o autor da conduta agiu na condição de advogado com implemento de *múnus civil*!!!

Este pois o critério: *Lex specialis derogat legi generali* descreve o critério da especialidade.

Assim, não há como se proceder persecução penal militar em face de advogado no exercício de seu *múnus civil*, pois de forma inegável não está ele em atividade militar. Aliás, confira-se a jurisprudência do STF:

EMENTA: I. Crime militar: para a sua caracterização o militar reformado se considera civil; mas, tal como o civil, o militar reformado pode ser agente de crime militar (CPM, art.9º, III), quando praticado “contra as instituições militares”, como tal considerado, entre outros, o cometido “em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade” (CPM, art. 9º, III). II. Imunidade do advogado por ofensas ao Juiz ou autoridade dirigente de processo administrativo: superação, pelo art. 7º EAOAB (L. 8.904/94) da jurisprudência formada sob o art.142, I, C.Pen., que os subtraía, de modo absoluto, do alcance da *libertas conviciandi*, que, entretanto, continua a reclamar que as expressões utilizadas pelo profissional – ainda que, em tese, injuriosas ou difamatórias –, guardem pertinência com a discussão da causa e não degenerem em abuso da prerrogativa, mediante contumélias e epítetos pessoais, absolutamente dispensáveis ao exercício do nobre *múnus* da advocacia. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma – RHC 80536 / DF – DISTRITO FEDERAL.

## Conclusão

Desta forma, não há dúvidas que a conduta do advogado está disciplinada pelo Estatuto da Advocacia e se trata de **múnus eminentemente civil**, o que afasta, no foro castrense.

## Referências

- BOAVENTURA, Bruno José Ricci . O fenômeno da antinomia jurídica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10 , n. 678, 14 mai. 2005 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6707>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 133.
- BRITO, Cezar. **A inviolabilidade do Direito de defesa**. Belo Horizonte: Del Rey. 2011, p. 11.
- SILVA, Douglas Pereira da. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52503/a-justica-militar-romana>. Acesso em: 05 jul. 2022.

### 3

## Interrogatório “on-line”

Valdemir Lucena de Araújo<sup>1</sup>

- 
1. Pós-graduação em Direito Penal pela ESMP – Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Pós-graduação em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Foi professor titular do Centro Universitário Radial (ESTÁCIO) do Instituto Educacional do Estado de São Paulo – IESP (UNIESP) e da Organização Paulista de Educação e Cultura (UniPaulistana). É advogado atuante no Tribunal do Júri. Foi palestrante do Departamento de Cultura e Eventos da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo.

Há muitas críticas a esse tipo de interrogatório, posicionando-se a doutrina, quase que unânime, contrária à sua adoção.

Em tais interrogatórios, de um lado, há a facilidade trazida pela informática mas, por outro lado, não existe contato físico necessário entre acusado e magistrado.

A Resolução CNJ – Conselho Nacional de Justiça nº 354/2020, publicada em 19 de novembro de 2020, definiu sessão por videoconferência como comunicação à distância realizada em ambientes de unidades judiciárias.

Sendo certo que o Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária já apreciou a questão e rejeitou a proposta de implantação desta modalidade de interrogatório.

Há decisões recentes do STJ – Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é possível o interrogatório do réu por meio de videoconferência, mesmo no Tribunal do Júri, sob o argumento de que a periculosidade do réu, somada à dificuldade enfrentada na remoção e apresentação dos presos em juízo, constitui motivação suficiente e idônea para a realização do interrogatório por meio do sistema de videoconferência, assegurado o exercício da ampla defesa através de entrevista prévia com o seu defensor.

Porém, o “Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos” e a “Convenção Americana dos Direitos Humanos” (Pacto de San José da Costa Rica), em que o Brasil é signatário, estabelecem o direito do réu ser levado à presença da autoridade judiciária. E a presença a que se refere é a física, por evidente.

É inegável que há muita celeridade nessa espécie de interrogatório, e sua implantação é inevitável, cada vez mais, frente à realidade das novas tecnologias.

Além disso, o método tradicional provoca muita redesignação de audiências em virtude do não comparecimento do réu, por motivos relacionados à toda custosa logística, dentre outras, a escolta para colocar preso frente ao magistrado e jurados.

Pode-se argumentar que há a liberação de policiais para o patrulhamento nas ruas e, assim, evitar-se-ia as tentativas de resgates, economia para os estados, colocação de presos algemados nos corredores dos fóruns, em contato com pessoas do povo que frequentam o ambiente, sem falar nos benefícios da celeridade processual.

O STF – Supremo Tribunal Federal – julgou inconstitucional a Lei de São Paulo nº 11.819 de 2005, a qual permitia a realização de interrogatório por meio de videoconferência.

Atualmente encontra-se no STF, em fase de julgamento, a ação direta de inconstitucionalidade nº 6.298, em que se discute a vedação do emprego de videoconferência 13.964 de 2019, trazido pelo Pacote Anticrime, previsto na última parte do §1º do art. 3º-B do DL nº 3.689/41, de forma a permitir a realização das audiências de custódia por videoconferência.

Sendo certo que a referida ação foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e encontra-se pendente de julgamento.

A Defensoria Pública de São Paulo enviou manifestação ao STF defendendo que nenhuma excepcionalidade — incluindo epidemia de COVID-19 — permite que audiências de custódia sejam feitas de modo telepresencial.

Em audiências virtuais, a tela do computador não permite uma visualização nítida, precisa e abrangente, por parte do juiz que preside a audiência de custódia, do ambiente no qual a pessoa custodiada estará inserida para prestar seu relato, não sendo possível assegurar que o custodiado terá liberdade para mostrar se sofreu tortura ou qualquer outra ilegalidade por parte dos agentes do Estado.

A competência legiferante a respeito da matéria é do Congresso Nacional, como determina o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Há que se considerar, também, o princípio do juízo imediato, um princípio jurídico muito utilizado pela Justiça da Infância e da Juventude, mas que também pode ser usado no presente artigo, visto que privilegia o julgamento da causa pelo juízo de primeiro grau, ou seja, aquele que presidiu a fase de instrução e, portanto, mediu os atos pelos quais foram produzidas



as provas presentes nos autos, especialmente oitiva das testemunhas e depoimento do acusado.

Para René Ariel Dotti, é preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se esconderá por trás da máscara do delinquente.

Ensina que é preciso a aproximação física entre Senhor da Justiça e o homem do crime, um gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e o representante da criação de Adão.

Verdade é que há muita divergência entre os pensadores do direito em relação ao tema.

Quanto aos tratados internacionais, em relação ao interrogatório on-line, a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, é um instrumento normativo internacional de proteção aos direitos humanos na América e, em seu art. 7º, parágrafo 5º, estabelece que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, a presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e ter o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.

Sua liberdade pode ser condicional, como garantia que assegure o seu comparecimento em juízo.

A apresentação do acusado ao juiz é condição de regularidade da persecução criminal, muito embora a convenção não exija a apresentação física do réu ao órgão jurisdicional.

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõe, em seu art. 9º, parágrafo 3º, que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida sem demora a presença do juiz ou de outra autoridade habilitado por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgado em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantia que

assegure o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo e, se necessário for, para execução da sentença.

A exemplo do que prevê o Pacto de São José da Costa Rica, este Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê a condução sem demora do réu à presença do juiz, muito embora não expresse a forma pela qual deverá estar o réu presente diante de seu órgão julgador.

Verdade é que o interrogatório on-line tem causado muita discussão por parte dos operadores do direito, já que é ato judicial, presidido pelo juiz, em que se indaga ao acusado sobre os fatos imputados a ele advindo de uma queixa ou denúncia, dando-lhe ciência ao tempo em que oferece oportunidade de defesa, sendo que o Código de Processo Penal considera o interrogatório como meio de prova e a Doutrina atribui-lhe a natureza de meio de defesa.

Vale ressaltar que, com o advento da Lei nº 10.792 de 2003, que alterou a Lei nº 7.210 de 1984, o interrogatório modificou-se muito no sistema processual penal.

O artigo 186 do Código de Processo Penal dizia que o silêncio do réu poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Porém, a Constituição de 1988 não recepcionou o referido artigo.

A legislação estabeleceu que o acusado seja informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e não responder perguntas que lhe foram formuladas.

Além disso, determinou o legislador, no parágrafo único, do art. 186, do Código de Processo Penal, que o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, se assim entender.

De fato, o artigo 185 do Código de Processo Penal estabelece que o acusado comparecerá *perante a autoridade judiciária*.

Significando estar fisicamente diante da autoridade judiciária, desta forma, inviabilizando o interrogatório on-line ou por meio de videoconferência.

A rigor, a presença do defensor tornou-se, então, obrigatória por ocasião do interrogatório e não mais facultativa, pois veio a fortalecer o ato de defesa do acusado.

Estando o réu preso, deverá ser realizado o interrogatório no estabelecimento prisional em que se encontrar preso, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença de defensor e a publicidade do ato – art. 185, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

Porém, se o interrogatório não puder ser realizado no estabelecimento prisional, deverá ser observado os termos do Código de Processo Penal, ou seja, o interrogatório deverá ser feito na sede do juízo, como ocorre com o interrogatório do réu que se encontra em liberdade.

Além disso, o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos preveem a condução sem demora do réu à presença do juiz, muito embora não expresse a forma pela qual deverá estar o réu presente diante de seu órgão julgador.

A tecnologia, claro, precisa mesmo ser usada em todos os setores da humanidade para que o homem possa viver melhor, mas sem prejudicar ou mitigar a ampla defesa, e a plenitude de defesa, nos casos de júri, principalmente, pois momento em que se trata da liberdade do acusado.

No caso de réu foragido, seu interrogatório é, também, matéria que necessita de um debate mais atento pelos pensadores do Direito. Isto ocorre em virtude de todos os meios tecnológicos que a Justiça é levada a aderir, nos dias atuais.

A pergunta que se faz é: ele pode ser interrogado?

A resposta é: devemos observar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, que não podem ser desrespeitados.

Assim, o melhor entendimento é aquele que, excepcionalmente, poderia permitir, sim, a autodefesa do réu, mesmo estando foragido – oportunidade em que ele poderia fazer a sua autodefesa por meio eletrônico, de onde se encontrasse.

Por outro lado, não pode prosperar a justificativa dos que defendem o interrogatório on-line, ordinariamente, alegando que haverá dois defensores, um no fórum e outro onde se encontrar o acusado, pois sabemos muito bem que o réu, via de regra, não poderá contratar dois defensores.

É de se esperar que o réu necessite falar com seu advogado no ato do interrogatório, pessoalmente, não podendo ser este substituído por um profissional *ad hoc*, sob pena de fragilizar a ampla defesa, como já se disse.

Assim, compreendemos ser absolutamente prejudicial ao acusado a imposição do depoimento via on-line pois, como notório, feito em ambiente de castigo, como é o presídio, sem a presença física de seu advogado, e por um agente do Estado, o juiz que, via de regra, indaga-lhe friamente sobre as circunstâncias de crime que lhe é imputado.

## Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.
- DOTTI, Renê Ariel. **O interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante**. RT 740/480.
- EVINIS TALON. **STJ: é possível o interrogatório por videoconferência no Tribunal do Júri**. <https://evinistalon.com/stj-e-possivel-o-interrogatorio-por-videoconferencia-no-tribunal-do-juri>.
- GRECCO, Rogério. **Código Penal comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2014.
- JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

# 4

## O papel do Criminal Compliance na governança empresarial

Ricardo Ribeiro Velloso<sup>1</sup>

---

1. Advogado criminalista, especialista em direito penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP. Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra – Portugal / IBCCRIM.

De há muito que o problema da lavagem de dinheiro deixou de ser uma questão complementar ao combate ao tráfico ilícito de estupefacientes, para assumir relevância própria no cenário mundial.

A moderna criminalidade aliada à tecnologia, utilizam-se de processos cada vez mais intrincados para dar a aparência de lícitos aos recursos obtidos com as mais diversas práticas delitivas.

Para tanto nada é respeitado, quer fronteiras, quer sistemas financeiros, aproveitando-se da impessoalidade que marca as relações comerciais e financeiras de nosso tempo e da dificuldade em se estabelecer convênios estatais para o adequado combate a lavagem de capitais.

Talvez um dos elos mais fracos ou expostos do processo de lavagem seja a sua primeira fase, a da colocação dos recursos, haja visto que nas fases posteriores de dissimulação e integração, estes bens já estão circulando por canais legais, apoiados pela pretensa aura de legalidade das operações, o que dificulta, por sobremaneira, a sua identificação.

Portanto, para a prevenção eficiente, primordial a identificação precoce de possível tentativa de utilização das atividades econômicas regulares para a prática da lavagem.

Para que possa ser efetiva a política de prevenção, os Estados, lastreados por tratados e convenções internacionais, têm criado legislações impondo a atores privados o dever de fiscalizar e informar as autoridades competentes sobre operações consideradas suspeitas de serem práticas de lavagem de dinheiro.

Os agentes se viram obrigados, então, com a responsabilidade de criar mecanismos de controles e normas internas, para a satisfação da legislação, o que se convencionou chamar de *compliance* ou, em seu ramo específico, *criminal compliance*.

O presente trabalho tem como escopo a análise de como as empresas têm se adaptado para atender às normas estatais, bem como os seus reflexos tanto na questão de política criminal, como nas possibilidades de criminalização de eventual descumprimento destas normas. Por tratar-se de tema ainda pouco discutido pela doutrina nacional, não se tem a

pretensão aqui de se chegar a conclusões definitivas, mas sim de fomentar a discussão sobre o tema.

## Compliance como ferramenta administrativa

Talvez uma das características mais marcantes da área empresarial, desde o final do século XIX, seja o surgimento de grandes empresas transnacionais que, devido ao grande volume de recursos movimentados, tem a possibilidade de influenciar políticas públicas, tanto de seus governos, como de governos nos quais se instalem.

Durante muito tempo, estas grandes empresas, mais notadamente as originárias dos Estados Unidos da América, e da Inglaterra, focavam seus esforços na obtenção de lucros, muitas vezes fazendo uso de ferramentas ilícitas como a corrupção.

Já na década de 1970, em decorrência de vários fatores conjunturais, como maior controle social e governamental,<sup>2</sup> responsabilidade perante conselho de acionistas e, até mesmo criminalização de condutas, as empresas passaram a se preocupar com a transparência de suas políticas.

Diante deste novo panorama as empresas passaram a criar normas que garantissem maior transparência e qualidade nas informações prestadas ao mercado, além de preservar conselheiros, administradores e funcionários, adequando suas condutas às legislações vigentes.

Percebe-se que a *compliance* possui dois grandes eixos de atuação. De um lado busca adequar as práticas da empresa às legislações existentes,

---

2. Neste contexto foi criada nos EUA a Lei sobre a Prática de Corrupção no Exterior – FCPA, depois que, “[...] em 1977, após as investigações governamentais terem revelado que mais de 400 empresas americanas admitiram fazer pagamentos ilegais ou questionáveis da ordem de US\$ 300 milhões ou mais a autoridades governamentais estrangeiras, políticos e partidos políticos.” (UROFSKY, Philip. Fomento da Transparência Corporativa Global. In: Transformando a cultura da corrupção. Questões de Democracia. Vol. 11, n. 12. *Revista eletrônica do Bureau de Programas de Informações Internacionais do Departamento de Estado dos USA*, p. 19. Disponível em: [http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/privante/transformando\\_a\\_cultura\\_da\\_corrupcao.pdf](http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/privante/transformando_a_cultura_da_corrupcao.pdf).

bem como conferir transparência a seus negócios, ou seja, “é o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório”.<sup>3</sup>

O departamento de *compliance* tem função investigativa, atuando preventivamente na fiscalização do cumprimento das normas internas, além de promover a cultura institucional minimizando riscos inerentes a própria atividade da empresa.<sup>4</sup>

No Brasil, o Banco Central, como órgão executivo central do sistema financeiro, em aproximação ao Acordo da Basileia, assinado pelos Bancos Centrais do “G-10”,<sup>5</sup> seguindo as recomendações do Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, através da Resolução nº 2.554, de 24/09/98, estabeleceu a necessidade de implementação de políticas de controle interno para as instituições financeiras, dando margem para que cada uma adotasse o modelo mais adequado para sua área de atuação.<sup>6</sup>

- 
3. COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi. *Manual de Compliance. Preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.
  4. Neste sentido, “[...] na estrutura de uma instituição bancária, por exemplo, o compliance faz o papel de ‘investigador’ institucional, atuando preventivamente na área de fiscalização do cumprimento de normas legais, estatutárias e de regimentos internos. Os programas de compliance são utilizados para transmitir aos dirigentes e aos funcionários o conhecimento sobre leis e demais normas regulamentares. Igualmente servem para conscientizá-los a respeito do que é ou não permitido, orientá-los em relação à identificação de possíveis desvios de conduta e suas correspondentes punições e ainda corrigi-los, antes que o problema se formalize perante as autoridades administrativas competentes. Em linhas gerais, o departamento de compliance de uma empresa tem como foco principal garantir o cumprimento das normas regulamentares e dos processos internos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos nas atividades da instituição”.
  5. “O processo de globalização da economia obrigou o CMN a regulamentar, em 17/08/94, através da Resolução nº 2.099, os limites mínimos de Capital Realizado e Patrimônio Líquido para as Instituições Financeiras, com o objetivo macro de enquadrar o mercado financeiro aos padrões de solvência e liquidez internacionais, que foram definidos em 07/88 em acordo assinado na Basileia, Suíça, pelos bancos centrais dos países que compõem o grupo dos dez” (FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 15. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002, p. 535).
  6. Sobre a resolução do Banco Central brasileiro, Eduardo Fortuna afirma: “[...] em resumo ficam definidas: as responsabilidades dos dirigentes da instituição; segregadas às atividades atribuídas de forma a evitar conflitos de interesses e; testada, periodicamente, a segurança dos sistemas e



Em 2002, os EUA criaram a Lei Sarbanes-Oxley, visando recuperar a confiança dos investidores, em razão de escândalos envolvendo grandes empresas americanas, como o caso da Enron Corporation. A lei pretende garantir a criação de mecanismos confiáveis de governança corporativa, afetando não só as empresas americanas, mas todas aquelas que mantêm ADRs (*American Depositary Receipts*).<sup>7</sup>

Percebe-se, claramente, que a área de atuação do departamento de *compliance* dentro de uma empresa tem espectro amplo. Contudo, à partir de questionamentos de caráter dogmático penal (*societas delinquere non potest*), quando se começa a discutir a possibilidade da pessoa jurídica como autora de delito, bem como da criação de legislação penal imputando condutas criminosas à pessoa jurídica,<sup>8</sup> cria-se um ramo específico da atividade de *compliance*, a *criminal compliance*.

## Criminal compliance e os agentes obrigados

Buscando-se uma forma coerente e lógica de combate à criminalidade organizada, respeitando-se o critério de *ultima ratio* do Direito Penal, como manifestação de um Estado Constitucional Democrático, quatro frentes de atuação devem ser estabelecidas, a auto regulamentação, o Direito Privado, o Direito Administrativo e, por último, o Direito Penal.<sup>9</sup>

---

processos, em especial os eletrônicos” (FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: produtos e serviços*. 15. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002, p. 551, 552).

7. A íntegra do texto legal pode ser encontrado em <http://f1.findlaw.com/news.findlaw.com/cnn/docs/gwbush/sarbanesoxley072302.pdf>.
8. Para o aprofundamento na questão sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica ver ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ed., 2006, p. 258 e seguintes; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 192 e BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1 – 9. ed.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 212-216.
9. Aula proferida pelo Professor Eduardo Fabián Caparrós, em São Paulo, no dia 20/10/11, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Neste sentido, a atuação preventiva do Estado é de suma importância para o efetivo combate a lavagem de dinheiro, estabelecendo formas de controle e identificação de possíveis focos de atividade criminosa.

Diante da dificuldade de controle e identificação de ações de lavagem de dinheiro dadas, principalmente, em razão da multiplicidade de possibilidades de sua ocorrência, os Estados tem instado particulares que exercem atividades profissionais nos ramos econômicos entendidos como de risco, a auxiliarem na fiscalização, comunicando operações suspeitas de serem oriundas de lavagem de dinheiro.

Tal política se deve, uma vez que, das 3 fases da lavagem de dinheiro, sendo assim entendidas majoritariamente<sup>10</sup> como colocação, dissimulação de ativos e integração dos recursos à economia regular, a primeira é, talvez, a mais permeável a ações de prevenção à lavagem, por estarem os recursos ilícitos mais expostos quando irrompem da ilegalidade e buscam uma porta de acesso à economia formal, quer por operações financeiras, quer por operações comerciais.<sup>11</sup>

Atualmente, no Brasil, o rol de pessoas obrigadas a auxiliar o Estado é restrito, conforme previsto na Lei nº 9613/98. Contudo, o Projeto de Lei nº 3442/08 aprovado na Câmara dos Deputados, em uma clara aproximação ao recomendado pelo GAFI, prevê a ampliação do rol de atividades profissionais, dentre elas o agente de esporte, agente imobiliário e até mesmo o advogado, mesmo não o fazendo de forma expressa.<sup>12</sup>

---

10. BONFIM, Márcia Monassi Mougenot e BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

11. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Ed. Colex, 1998, p. 111.

12. O presente projeto originou-se no Senado sob o nº 209/03, recebendo o nº 3443/08 na Câmara dos Deputados. “Art. 9º. Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

Parágrafo único. ....

I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;

X – as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

Assim que a Lei nº 9613/98 foi promulgada, o Banco Central brasileiro expediu a circular de nº 2852/98 regulamentando-a. A lei criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF,<sup>13</sup> além de estabelecer meios de prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática de lavagem de dinheiro. Em seguida, a Carta-Circular nº 2826/98, elenca as possíveis operações que configurariam lavagem de dinheiro.

---

XII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem, ou intermedeiem a comercialização, de bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

XIII – as juntas comerciais e os registros públicos;

XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias;

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

XV – pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;

XVI – as empresas de transporte e guarda de valores;

XVII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem, ou intermedeiem a comercialização, de bens de alto valor de origem rural;

XVIII – as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País”. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=395834](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=395834).

13. O COAF “[...] é órgão de deliberação coletiva, com jurisdição em todo território nacional, integra a estrutura do Ministério da Fazenda e estabelece, através de suas resoluções, as regras que dão poder ao governo para combater a lavagem de dinheiro. O seu plenário é composto por um presidente e oito conselheiros escolhidos entre integrantes do Ministério da Fazenda, BC, CVM, Susep, Procuradoria Geral da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, Subsecretaria de Inteligência da Casa Militar, Departamento de Polícia Federal e Ministério de Relações Exteriores” (FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 15. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002, p. 553).

Outras normativas foram baixadas pelo Banco Central no mesmo sentido,<sup>14</sup> como a Circular nº 3461/09, a Carta-Circular nº 343010 e a Circular nº 3517/10, todas no sentido de criar mecanismos de prevenção à lavagem de dinheiro, bem como de estabelecer sanções para as pessoas físicas ou jurídicas que pratiquem o delito de lavagem ou deixe de comunicá-lo a autoridade competente.

Todas estas normas,<sup>15</sup> em consonância a políticas internacionais de prevenção, têm o claro caráter de desestimular a utilização do sistema financeiro para a lavagem de dinheiro.

Percebe-se que, a função da política de *criminal compliance*, muito mais do que estabelecer normas de boa gestão da instituição, administrando o risco de imagem que poderia ser abalada por um eventual caso de lavagem de dinheiro não diagnosticado, com a conseqüente publicidade negativa e perda de sócios, visa administrar o risco legal, relativo ao descumprimento de normas impostas aos agentes obrigados.<sup>16</sup>

Prevalendo as imposições e a ampliação do rol de agentes obrigados conforme previsto no Projeto de Lei nº 3443/08, faz surgir dois questionamentos. Primeiro, se todos os agentes que passarão a ser obrigados a auxiliar na luta contra a lavagem de capitais, estão capacitados para tanto; segundo, se os custos derivados desta política de estatal realmente funciona.

Com relação à primeira pergunta, fica evidente que muitas atividades profissionais precisarão de um período de adaptação para a sua efetiva

---

14. Existem, ainda, outras regulamentações associadas ao tema como o Decreto nº 2799/98 e a Lei nº 105/01.

15. No mesmo sentido, visando ampliar o rol de agentes obrigados para além das instituições financeiras e de crédito, temos a Diretriz nº 2001/97, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04/12/01, que alterou a Diretriz nº 91/308/CEE do CEE do Conselho, bem como a Diretriz nº 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de capitais e para o financiamento do terrorismo e da Diretriz nº 2006/70/CE da Comissão, que estabelece disposições para a aplicação da Diretiva nº 2005/60/CE no tocante à definição de "pessoas politicamente expostas", dentre outras. Disponível em: [http://www.seplac.es/espanol/legislacion/prevbcap/pdf/ley10\\_2010.pdf](http://www.seplac.es/espanol/legislacion/prevbcap/pdf/ley10_2010.pdf).

16. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de Capitais e obrigações civis correlatas*. Com comentários, artigo por artigo, à Lei nº 9613/98. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 310.

implementação de políticas internas de controle e fiscalização, e deverão contar com suas entidades representativas para o estabelecimento de normas de *compliance* eficiente, principalmente no que se refere a agentes obrigados de restrito poder econômico, como exemplo dos agentes imobiliários autônomos. Contudo, todos deverão se adequar à legislação.

Sobre o segundo questionamento, impossível de respondê-lo unicamente sob a perspectiva nacional, principalmente em razão da falta de estudos nesse sentido. Entretanto, principalmente no âmbito europeu, alguns estudos tem sido realizados para se verificar a eficácia desta política de combate a lavagem de dinheiro.<sup>17</sup>

Tanto a esfera pública como a esfera privada tiveram que suportar numerosos custos com relação a implementação das normas preventivas ao crime de lavagem, principalmente em função da “indústria de *compliance*”, que se criou para dar efetivo cumprimento das disposições legais.<sup>18</sup>

Os estudos que se prestaram ao tema não conseguiram chegar a conclusões definitivas. Contudo, alguns pontos podem ser citados, comparando-se o custo direto e indireto da política de prevenção com o volume estimado da delinquência organizada, percebe-se que as vitórias são poucas e os custos elevados.<sup>19</sup>

---

17. Nesse sentido, Isidoro Blanco Cordero afirma: “en Holanda, por ejemplo, se ha llevado a cabo un estudio cuantitativo de las funciones de cumplimiento normativo (NIVRA-Nyenrode y Capgemini, 2007). En Francia, Favarel-Guarrigues y otros autores (2006, 248; Favarel-Guarrigues/Godefroy/Lascoumes, 2009) han realizado un estudio utilizando esencialmente métodos cualitativos mediante entrevistas a oficiales de cumplimiento sobre sus actividades y opiniones. También en Bélgica destaca el reciente trabajo de Verhage (2009a).” *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica*. Eguskilore.. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, n. 23 – 2009, p. 122, 123.

18. Percebe-se a criação de uma estrutura negocial para dar suporte aos entes obrigados para que possam cumprir com suas obrigações legais. CORDERO, Isidoro Blanco. *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica*. Eguskilore.. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, n. 23 – 2009, p. 123-125.

19. CORDERO, Isidoro Blanco. *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica*. Eguskilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, n. 23 – 2009, p. 134.

Por outro lado, a falta de controles adequados também pode gerar prejuízos às empresas, principalmente com relação a multas impostas pela autoridade administrativa, além do impacto negativo na marca e na reputação da empresa, sem contar com o risco de serem elas e seus gestores acusadas criminalmente.

Outra questão importante é o fato de não haver informação sobre o resultado das operações comunicadas ou se, de fato, tem papel relevante nas condenações por lavagem. Os dados obtidos com os estudos parecem sugerir que o instituto da comunicação é superestimado, com impacto muito limitado nas condenações por lavagem de capital.<sup>20</sup>

Por óbvio que são conclusões provisórias baseadas nas poucas informações que se dispõem. Contudo podem servir de indício para uma eventual mudança de caminho.

Outra questão importante a ser considerada é o fato de que a política de *criminal compliance*, por si só, não garante a exclusão do agente obrigado do pólo passivo processual, muito embora, vise mitigar os riscos de uma imputação criminosa à empresa. Aliás, embora as quarenta Recomendações do Gaffi não mencionem expressamente a necessidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, muitas legislações estão adotando tal medida, como é o caso da lei penal espanhola, art. 31 bis, o que nos remete a outros questionamentos acerca da feitura das leis penais.

Além da busca da prevenção ao crime de lavagem de capitais com políticas de auto regulamentação dos agentes obrigados, os Estados têm se utilizado da criação de leis penais que visam a antecipação de proteção do bem jurídico tutelado,<sup>21</sup> caracterizadas, no mais das vezes, por tipos penais abertos.

---

20. CORDERO, Isidoro Blanco. *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica*. Eguskilore.. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, n. 23 – 2009, p. 135.

21. Nesse sentido comenta Silveira: “[...] de toda a sorte, é de se ter como verdade, juntamente com Herzog, que o moderno Direito Penal de Perigo, atinente que é, entre outros tantos campos, também a Economia, acaba por se mostrar utilizando uma gritante antecipação da tutela penal. E isso ocorre por uma conversão de decisões políticas reguladoras e definições de risco. O trato político, enfim, é que dá a palavra de ordem em termos de orientação do Direito Penal Econômico.

O Direito Penal passa a atuar cada vez mais próximo ao Direito Administrativo, punindo por mero descumprimento de um dever legal.

Assim, surge outro aspecto da política de prevenção ao crime de lavagem de dinheiro além da necessidade de conformidade com as imposições legais, qual seja o risco da própria empresa ou um de seus colaboradores serem responsabilizados penalmente pela prática de lavagem de dinheiro.

O empresário ou gestor de um dos agentes obrigados que, num determinado momento de sua atividade, toma uma decisão ordinária, rotineira, pode vir a ser acusado de co-autoria em lavagem pelo simples fato de ter faltado com um dever de cuidado, mesmo não tendo agido conscientemente para o fim a que se propunha o lavador.<sup>22</sup>

A política de *criminal compliance* que teria como função precípua prevenir a responsabilização penal, acaba por criar meios de responsabilização tanto da empresa como de seus funcionários, haja vista a posição de garantês que lhes é conferida.<sup>23</sup>

---

Em tentativa de melhor ajuste dogmático dos parâmetros de perigo, diversas orientações têm se dado nos últimos anos. Muito embora não se possa corrigir as eventuais imprecisões legislativas, tais novas tendências doutrinárias tentam ajustar os novos riscos ao novo Direito Penal de Perigo. Ainda que não se concorde inteiramente com seu uso, talvez nessas novas tendências se encontrem as respostas para minorar os problemas presentes. Vários questionamentos objetam a aplicação genérica o perigo abstrato, como eventuais quebras do princípio da lesividade, de última *ratio* ou da culpabilidade. De fato, apreciável segmento da doutrina entende que o Direito Penal de Perigo acaba por se apresentar como antigarantista, rompendo com os fundamentos básicos do Direito Penal Liberal. Tal assertiva, em última análise, mostra-se determinante tanto para a reconstrução do perigo abstrato, como, eventualmente, para uma sua legitimação. Em caso contrário, poder-se-ia considerar a inconstitucionalidade do próprio tipo penal” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito Penal Supra-Individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 91-103).

22. Crítica feita à forma como prevista as figuras equiparadas pela Lei nº 9613/98, em seu art. 1º, § 2º, II. “A crítica a esse dispositivo são muitas. Argumenta-se que o reconhecimento da co-autoria exige também o reconhecimento do vínculo psicológico, com propósitos idênticos, além de comportamento relevante e eficaz. Desse modo, se o agente participa de um escritório, que tem como atividade secundária a prática de “lavagem”, e se este agente não participa de forma efetiva do procedimento ilícito realizado por seus associados, não poderá ser punido” (BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. Com comentários, artigo por artigo, à Lei nº 9613/98. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 187-188.
23. Giovanni A. Saavedra, assim se posiciona: “Parece, assim, que o desenvolvimento do compliance implica um paradoxo. O objetivo do compliance é claro: prevenir a responsabilização penal. A

Talvez o aspecto mais nocivo nesse tipo de política seja a possibilidade de se imputar delitos de infração de dever<sup>24</sup> aos agentes obrigados que, porventura, faltassem com sua responsabilidade em auxiliar as autoridades estatais no combate à criminalidade organizada.

A principal crítica aos delitos de infração de dever estaria no fato de que ao fundamentar-se em deveres positivos, constituiriam uma moralização ilícita do Direito.<sup>25</sup>

---

sua concretização. Porém, ao invés de diminuir as chances de responsabilização, cria as condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, se forma uma cadeia de responsabilização penal. Isso porque as atribuições que têm sido conferidas aos compliance officers acabam por colocá-los na posição de garantidores (respondem, portanto, como se tivessem agido positivamente nas situações em que venham a se omitir). Mais: podem ser considerados garantes também os integrantes do conselho de administração, pois segundo doutrina majoritária, eles têm o dever de supervisão dos compliance officers. Evidencia-se, assim, que toda a administração da empresa é exposta ao risco de uma persecução penal” (Reflexões iniciais sobre criminal compliance. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12).

24. “Los delitos de responsabilidad por organización consistirían en la infracción de un deber negativo, mientras que los delitos de infracción de deber en el quebrantamiento de un deber positivo. En los primeros se infringiría un deber de abstención, una obligación de inhibirse de realizar ciertos hechos, mientras que en los segundos, se vulnerarían deberes de ayuda o solidaridad.”... “En síntesis, en los delitos de responsabilidad por organización se quebrantarían órdenes de abstención, prohibiciones de realizar ciertas conductas. En cambio, en los delitos de infracción de deber se violarían deberes de realizar determinadas prestaciones a favor de otro, de ayudarlo, cooperar con él, etc.” ORTEGA, Yván Figueroa. *Delitos de infracción de deber*. Madrid: Ed Dykinson, p. 25-26. No mesmo sentido Cesar Roberto Bitencourt, “já nos crimes comissivos por omissão, pode existir uma norma, que, Novoa Monreal chama de norma de dever de segundo grau, dirigida a um grupo restrito de sujeitos. Norma esta que impõe um dever de agir, para impedir que processos alheios ao sujeito, estranhos a ele, venham a ocasionar um resultado lesivo. Essa norma, mandamental, é dirigida a um grupo restrito, enquanto a norma proibitiva dirige-se a todos aqueles que podem ser sujeitos ativos do crime. Essa norma de mandado de 2º grau dirige-se apenas àquelas pessoas que têm especial relação de proteção com o bem juridicamente tutelado. Devem, em primeiro lugar, logicamente, abster-se de praticar uma conduta que o lese, como qualquer outro; em segundo lugar, devem também agir para evitar que outros processos causais possam ocasionar esse dano” (*Tratado de Direito Penal, Parte Geral*. vol. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 220).
25. Nesse sentido Yván Figueroa Ortega: “La crítica a los delitos de infracción de deber estaría centrada entonces en su “excesivo” acercamiento de la moral, por lo cual serían delitos alejados de un Derecho Penal garante de la libertad individual, moralizándolo ilícitamente, en virtud de considerarse que el mismo no debería ir más allá de la prohibición de comportamientos que dañen aquella libertad o la pongan en peligro”. *Delitos de infracción de deber*. Madrid: Ed Dykinson, p. 202-203.



É primordial que o Brasil deva estar sintonizado com as tendências legislativas mundiais ao combate da lavagem de dinheiro, quer por imposição de tratados e convenções assinadas, quer para efetiva punição deste crime. Ademais, a autonomia e soberania do processo legislativo nacional não pode ser influenciado pela pressão da mídia ou de interesses diversos,<sup>26</sup> mas deve respeitar a sistemática interna e a Constituição Federal, que não podem ser desconsideradas frente à premente necessidade de eficiência.<sup>27</sup>

Ignorando o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, criam-se “leis de vitrine”,<sup>28</sup> que apenas respondem a pressões da opinião pública, numa tentativa de fazer da norma penal um instrumento de reforma social, papel que nunca foi seu, alijando-o de sua real função como meio de restabelecimento e de ordenação das liberdades coexistentes.<sup>29</sup>

---

26. Nesse sentido de utilização eleitoreira da legislação penal: “Na tipificação do crime hediondo o legislador ordinário, ultrapassando os limites constitucionais, proibiu a progressão de regime e, conseqüentemente, feriu o princípio da individualização da pena. A pretexto de atacar o ato, o legislador desqualificou a pessoa do autor do tipo, que deixou de ser indivíduo (e, por isso, não faz jus a individualização da reprimenda) e passou a ser um mal (uma coisa) a ser combatido” (PODVAL, Roberto. *O direito penal pela ótica da democracia. Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001. p. 330).

27. “Não é extraordinário ouvir que as formas mais potencialmente lesivas de criminalidade induzem ou devem induzir a um processo penal com reduzidas garantias, da liberdade à intimidade, da disponibilidade de bens patrimoniais à exposição pública e censura social, antes do julgamento oficial. [...] Uma coisa é recorrer a sofisticados mecanismos de captação de informações, outra bastante diferente está em decidir quanto e em que medida deve-se recorrer a alguns destes mecanismos, abdicando-se radicalmente de outros. Da mesma maneira, não se igualam as prisões quando uma delas é motivada pela imperiosa necessidade de impedir a fuga do agente ou o risco concreto de destruição de provas, e outra se fundamente na repercussão midiática de ações ainda carentes de ser apuradas” (GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado e suas conexões com o poder público*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 118).

28. Nesse sentido, João Carlos Castellar, quando trata da Lei nº 9613/96, “Esta lei, edita sob os auspícios de uma política criminal emergencial, prega o direito penal simbólico e descrez da prevenção especial; mitiga garantias individuais em prol de um interesse público que não se pode identificar com clareza; é, enfim, produto de exigências estrangeiras, mais especificamente norte-americanas, cujo precípua e inegável intento sempre foi o de buscar o confisco do dinheiro oriundo do tráfico de drogas, mas não por ser ‘sujo’ ou por ser ‘negro’ – afinal *pecúnia non olet* – e sim por não ter sofrido qualquer controle. Nas palavras de Nilo Batista, a incriminação da lavagem de dinheiro visa unicamente ‘garantir o monopólio da especulação e a criminalização da economia informal’” (*Lavagem de Dinheiro, a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Ed. Renavan, 2004, p. 130-133).

29. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. São Paulo: Renovar, 2000. p. 13

Caso contrário estaria a se aceitar normas que não respondem ao princípio da taxatividade, gerando desformalização do processo penal, num movimento de aproximação ao movimento de Lei e Ordem.

“[...] O poder não é mera repressão (não é algo negativo); pelo contrário, seu exercício mais importante é positivo, configurador, sendo a repressão punitiva apenas um limite ao exercício do poder”.<sup>30</sup> A flexibilização de garantias não pode ser entendida como sua supressão ou utilização indiscriminada, em nome de uma pretensa “defesa social”, mas sim como posição excepcional.<sup>31</sup>

## Considerações finais

Diante das peculiaridades inerentes ao crime de lavagem de dinheiro, com a pluralidade de condutas e flexibilidade de ação de seus autores, os Estados vêm adotando como política criminal de combate a esta forma de criminalidade, a utilização de agentes privados.

Para tanto, são impostas aos particulares diversos deveres de investigação e comunicação, segundo os quais, os Estados poderiam tornar mais efetiva a luta contra a lavagem de dinheiro.

Assim, as empresas tiveram que se adaptar para dar pleno cumprimento às novas determinações, harmonizando seus procedimentos internos às imposições legais, criando mecanismos de controle e investigação internos.

---

30. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 22.

31. “Apesar desses parâmetros, **em matéria de restrição de direitos fundamentais, qualquer iniciativa deve ocorrer sempre de forma excepcional**, pois no atual estágio de evolução moral de humanidade são injustificáveis práticas abusivas nesse sensível campo. Férteis são os exemplos históricos de excessos contra direitos individuais em nome de interesses do Estado, razão pela qual **o risco de um descontrole do binômio eficiência penal/garantia individual em desfavor do cidadão deve sempre ser ponderado pelo legislador e pelo juiz em sua atividade prática, o que determina que essa relação dicotômica seja sempre marcada pela excepcionalidade**” (grifo nosso) (SILVA, Eduardo Araujo. *Crime Organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 42).

Buscando, também, minimizar os riscos para a empresa, gerados à partir das novas imposições legais, foram criadas, dentro do departamento de *compliance*, setores de *criminal compliance*, visando exclusivamente atuar dentro do espectro de incidência da normativa penal.

Depois de passadas algumas décadas, como se viu, não há uma percepção exata da eficácia desse tipo de política, não obstante os grandes custos envolvidos na sua execução.

Diversas críticas vêm sendo feitas às imposições de obrigações a particulares, principalmente no tocante ao exercício de função pública, bem como no efetivo resultado de toda essa política de controle, uma vez que não se sabe qual o fim de todas as comunicações feitas aos órgãos governamentais.

Poucas informações se têm sobre as comunicações feitas aos órgãos competentes, surgindo apenas os casos rumorosos e de repercussão midiática, com relação a todos os outros, nada se sabe.

Mais, a função de garante que a legislação anti lavagem de capitais busca imputar aos agentes obrigados, acaba por criar o risco deles próprios serem acusados de lavagem de dinheiro, mesmo sem nunca terem atuado volitivamente para tanto.

O *criminal compliance*, embora não tenha o condão de, por si próprio, afastar a responsabilização penal, possui a capacidade de minimizar sobremaneira os riscos de uma eventual imputação.

Dentro de uma visão criminológica, o cumprimento das normativas pelos agentes obrigados poderiam gerar fonte de informação para o entendimento das questões relativas à lavagem de dinheiro e a criminalidade organizada.

Por outro lado, auxiliando a política estatal de combate à lavagem de dinheiro poderia ser suprida pelas informações estatísticas obtidas através do cumprimento dos deveres impostos aos agentes obrigados.

O tema é muito pouco discutido pela doutrina nacional, merecendo uma melhor análise e aprofundamento, quer por suas implicações diretas

na rotina empresarial, quer pelos efeitos secundários como fonte de informação para o entendimento do evento criminógeno, bem como para um melhor equacionar dos esforços estatais.

## Referências

- AMBOS, Kai. **Lavagem de Dinheiro e direito penal**; tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Afflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- BACIGALUPO, Enrique. **Compliance Y Derecho Penal**. Navarra: Editorial Aranzandi, 2011.
- BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- BATISTA, Nilo. **Lavagem de Dinheiro, a questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Renavan, 2004.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea**. Eguskilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, n. 15, 2001.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica**. Eguskilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, n. 23, 2009.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1997.
- BIANCHINI, Alice e Andrade, Léo Rosa. Inoperatividade do Direito Penal e Flexibilização das Garantias: o (ab)uso do Direito Penal na era da globalização. *In: Constituição, Justiça e Sociedade*. Florianópolis: OAB/SC Ed., 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. vol. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. Coleção Argumentum/11**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **Crime organizado X direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al Derecho Penal**. Bogota: Ed. Temis, 1986.
- CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de Dinheiro, a questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Ed. Renavan, 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Inviolabilidade de escritórios e departamentos jurídicos das empresas – sigilo profissional e prerrogativas da profissão de advogado. *In: Revista OAB/RJ*, n. 1, v. 4. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil/Rio de Janeiro, 2008.

- COIMBRA, Marcelo de Aguiar e Binder, Vanessa Alessi Manzi. **Manual de Compliance. Perseverando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- DOUGLAS, William; PRADO, Geraldo; GOMES, Abel Fernandes. **Crime organizado e suas conexões com o poder público**. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Ed. Colex, 1998.
- FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *In: Repressão penal e crime organizado*. Coord. Otávio Augusto de Almeida Toledo, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Luciano Anderson de Souza, Luciano Nascimento da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **O crime organizado e a legislação brasileira**. Justiça Penal 3. São Paulo: RT, 1995.
- FIGUEROA ORTEGA, Yván. **Delitos de infracción de deber – Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”**. Madrid: Ed. Dykinson, 2008.
- GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. **Crime organizado e suas conexões com o poder público**. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.
- GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**. São Paulo: RT, 1997.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O crime organizado no sistema italiano**. Justiça Penal 3. São Paulo: RT, 1995.
- HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. 1. ed. São Paulo: Publicações ESMP, 1993.
- KAPLAN, Marcos. Economia criminal y lavado de dinero. **Boletín Mexicano de Derecho comparado**. ano XXIX, nº 85, jan-abr. 1996.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Apontamentos sobre o crime organizado**. Justiça Penal 3. São Paulo: RT, 1995.
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)**. Anotações às disposições criminais da Lei nº 9-613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Política criminal e a plea bargaining. **RJDTACRIM**, São Paulo, n. 4, out./dez., 1989.
- MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. **Derecho Penal económico**, Parte Especial. Valencia: Ed Tirant Lo Blanch, 1999.
- MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. Monografia IBCCRIM nº 5. São Paulo: IBCCRIM, 1998.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NORONHA, E. Magalhães de. **Direito Penal**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

- OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. Princípios Constitucionais de Direito Penal e Processual Penal. *In: Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. Coord. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Roberto Rosas, Carlos Mario da Silva Velloso. São Paulo: Lex, 2005, p. 178-193.
- PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de Dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime organizado no Brasil**. São Paulo: Iglu, 1998.
- RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. Florianópolis: OAB/SC Ed., 2003.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROXIN, Claus. **Penal – Parte General – Tomo I**. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ed., 2006.
- SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218.
- SALAZAR, Lorenzo. **Branqueamento de Capitais: directiva comunitária e legislação italiana**. Documentação e Direito Comparado. Lisboa, n. 65/66, nov. 1999.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. Blanqueo de Capitales y Abogacía. *In: InDret*. Barcelona: enero de 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e direito penal**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.
- SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, Eduardo Araújo da. Da moralidade da proteção aos réus colaboradores. **Boletim IBCCRIM**, v. 7, n. 85, dez. 1999.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. **Direito Penal Supra-Individual: interesses difusos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição federal de 1988**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TORON, Alberto Zacharias. Os Desafios da Advocacia diante da Criminalidade Organizada. *In: Repressão penal e crime organizado: os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro*. Coord. Toledo, Otavio Augusto de Almeida, Lanfredi, Luis Geraldo Sant'Ana, Souza, Luciano Anderson de e Silva, Luciano Nascimento. Ed. Quartier Latin, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 4. ed. Renavan, 1999.
- WALZER, Michael. **Terrorismo y guerra justa**. Madrid: Katz Editores, 2008.

## Sites

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=395834](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=395834).

COAF. Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/40%20Recomendacoes%20-%20GAFI-FAFT.pdf>.

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: [www.ibgc.org.br](http://www.ibgc.org.br).

SEPBLAC – Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. Disponível em: [http://www.sepblac.es/espanol/legislacion/prevbcap/pdf/ley10\\_2010.pdf](http://www.sepblac.es/espanol/legislacion/prevbcap/pdf/ley10_2010.pdf).

UROFSKY, Philip. Fomento da Transparência Corporativa Global in Transformando a Cultura da Corrupção. Questões de Democracia. Vol. 11, n. 12. **Revista eletrônica do Bureau de Programas de Informações Internacionais do Departamento de Estado dos USA**. Disponível em: [http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/transformando\\_a\\_cultura\\_da\\_corrupcao.pdf](http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/transformando_a_cultura_da_corrupcao.pdf).

## 5

# A evolução histórica e a aplicabilidade das delações premiadas em tempos de pós-lava jato

Luiz Augusto Filizzola D'Urso<sup>1</sup>

---

1. Advogado especialista em Cibercrimes e Direito Digital pelo Ibmec-SP e Instituto Damásio Educacional. Professor de Direito Digital no MBA de Inteligência e Negócios Digitais da FGV. Pós-graduado com especialização em Garantias Constitucionais e Direitos Fundamentais no Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Castilla-La Mancha/Espanha. Pós-graduado em Processo Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal.



Durante a Operação Lava Jato, foram celebrados mais de 290 acordos de delações premiadas, que foram realizados pelo Estado com investigados ou réus. Estes acordos foram essenciais para desvendar todo o esquema criminoso apurado naquela investigação.

A delação premiada consiste em um acordo formalizado entre o Estado e o alvo de uma imputação criminal (seja ele investigado, no âmbito de um inquérito policial, ou seja, réu, no âmbito de um processo criminal). Os representantes do Estado, nestes casos, para realizar a negociação, poderão ser a Polícia Judiciária (Estadual ou Federal) ou o Ministério Público.

Referidos acordos são verdadeiros contratos, estabelecendo em suas cláusulas as condições pactuadas, tanto do que será revelado pelo delator, como também os benefícios aos quais ele fará jus, como a redução de sua pena, podendo chegar até a concessão do perdão judicial.

Existem muitos aspectos que envolvem os acordos de delação premiada, destacando-se, dentre eles, a voluntariedade e a espontaneidade, pois não se admite que o acordo de delação seja firmado como resultado de uma coação física ou moral.

Analisar-se-á, também, durante este artigo, a questão da renúncia de direitos fundamentais, como a exigência para a formalização dos pactos, situação que se repete nos acordos de delações, quando se obriga o delator a desistir de seus Habeas Corpus, ou a abrir mão dos recursos já interpostos, dentre outras exigências.

Adverte-se que, não se pode confundir a delação com a prova testemunhal, pois sabe-se que o delator tem um interesse no processo e nas vantagens que irá usufruir, ao contrário da testemunha, que é chamada ao processo para apresentar o que sabe sobre os fatos, devendo dizer apenas a verdade, não tendo qualquer interesse no resultado do processo.

Alguns méritos da Operação Lava Jato são inegáveis, entretanto, tal sucesso, em boa parte, deve-se ao auxílio do instituto da delação premiada, que está cada vez mais sendo utilizado na justiça brasileira.

## Colaboração ou delação premiada?

Importante é o papel do Estado em relação à vida em sociedade, já que o ser humano, ao viver em grupo, naturalmente cria conflitos e sofre com as consequências. Desde os primórdios da humanidade, a desordem já estava presente em qualquer meio social, cabendo ao Estado organizar esta sociedade visando o bem comum.

Em uma tentativa de acabar ou, pelo menos, minimizar estes referidos conflitos, o Estado sancionou leis, prevendo punições para quem as descumprisse, limitando o direito de todos na sociedade. No pacto social, o indivíduo abre mão de parte de seus direitos em favor da coletividade. Neste contexto, verifica-se que a busca da punição justa e equilibrada é o objetivo da Justiça, e quando se tratam de punições criminais, há que se aperfeiçoar o Direito Penal e o Processo Penal. Na legislação brasileira surgiram diversos institutos que, ampliando o ordenamento jurídico, buscaram uma aplicação da lei penal mais justa e eficaz.

O surgimento do instituto da delação premiada revela-se como uma tentativa do Estado para conter a criminalidade, a qual está cada vez mais especializada e organizada, reclamando-se punições aos infratores. Quanto à denominação do instituto, o Professor Guilherme de Souza Nucci<sup>2</sup> explica que:

Embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, da delação premiada. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas aquela na qual se descobre dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o dedurismo.

---

2. NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa: comentários à Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 47.

Adverte-se que, seguindo este entendimento, e de diversos outros juristas, este artigo irá tratar o instituto sempre como *delação premiada* ao invés de *colaboração premiada*.

Ao se buscar uma definição para a delação premiada, Luiz Flávio Borges D'Urso,<sup>3</sup> em recente trabalho, assevera que:

A delação premiada consiste num acordo celebrado, de um lado, pelo investigado, acusado ou condenado e, de outro, pelo Estado. Esse acordo se perfaz com a confissão ou com informações relevantes do agente criminoso, que negocia com o Estado benefícios que reduzam sua pena ou lhe propiciem até a obtenção do perdão judicial.

Assim, fica evidente que estamos diante de uma justiça negociada entre o Estado e o infrator, buscando valores maiores que os de apenas punir um criminoso, utilizando a delação como ferramenta nas investigações.

## O surgimento da delação premiada

Iniciando uma análise histórica, verifica-se que uma das primeiras delações premiadas registradas no mundo, pode ser encontrada na própria Bíblia Sagrada, na passagem de Judas Iscariotes que, sabendo que Jesus Cristo era procurado pelos governantes romanos, entregou a eles seu companheiro e recebeu trinta moedas de prata, fazendo com que Jesus fosse preso e, ao final, crucificado.<sup>4</sup> Judas delatou Jesus e foi compensado (financeiramente) por esta delação, inserindo na história da humanidade a traição de Judas.

---

3. D'URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada auxilia nas investigações, mas não pode ser forçada. In: *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-29/luiz-durso-delacao-premiada-nao-forcada-estad>. Acesso em: 15 fev. 2018.

4. BÍBLIA. N. T. Mateus. Português. *Bíblia Sagrada*. Trad. de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969, i1997, cap. 26, vers. 14-16.

Já no século quinto, é possível verificar delações realizadas por corréus, sendo que estas delações espontâneas eram tratadas, apenas, como indícios de provas, pois se acreditava que tais delações tinham grandes chances de ser realizadas movidas pela má-fé, pois, como se tratava de co-réu, este poderia mentir para se beneficiar.<sup>5</sup>

Outro caso histórico de delação premiada ocorreu no Brasil há 226 anos, quando Joaquim Silvério dos Reis teve suas dívidas perdoadas pela Fazenda Real, ao delatar o conspirador Joaquim José da Silva Xavier, conhecido como Tiradentes, que foi enforcado em praça pública no Rio de Janeiro, tendo seu corpo esquartejado, por ser o líder da Inconfidência Mineira.<sup>6</sup> Mais uma vez, verifica-se um delator, entregando seu companheiro, para obter vantagem financeira pelo perdão de suas dívidas e a traição como pano de fundo destes episódios históricos.

Desnecessário lembrar que, no *Velho Oeste*, cartazes eram distribuídos com as fotos de criminosos procurados, oferecendo dinheiro a quem os delatasse. Nestes casos, o delator não precisava ser conhecido do delatado, e a traição nem sempre estava presente, pois o motivo era só financeiro, como uma forma genérica de delação premiada.

Atualmente, seguindo este modelo do *Velho Oeste*, um exemplo de delação popular, bastante comum, pode ser encontrado no Estado de São Paulo, no Portal da Secretaria da Segurança Pública, quando se observa que o Programa de Recompensa oferece certa quantia em dinheiro aos delatores que informarem o paradeiro de criminosos foragidos. Esta prática é comum e largamente utilizada em todo o mundo.<sup>7</sup>

---

5. GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no combate ao crime organizado*. São Paulo: Lemos & Cruz: 2006, p. 101.

6. Matéria disponibilizada no Conjur: *Delação premiada foi responsável pela morte de Tiradentes, há 223 anos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/delacao-premiada-foi-responsavel-morte-tiradentes>. Acesso em: 17 fev. 2018.

7. Programa de Recompensa. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/recompensas/Recompensas.aspx>. Acesso em: 17 fev. 2018.

Após diversos anos e vários tipos de delações utilizadas em vários pontos do planeta, em 1603, com a entrada em vigor das Ordenações Filipinas, observa-se o surgimento da previsão legal de delação premiada em nosso país, conforme leciona o Prof. Damasio E. de Jesus.<sup>8</sup>

A origem da “delação premiada” no Direito brasileiro remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. O Título VI do “Código Filipino”, que definia o crime de “Lesá Magestade”, tratava da “delação premiada” no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica “Como se perdoará aos malfeitores que derem outros á prisão” e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios. Em função de sua questionável ética, à medida que o legislador incentivava uma traição, acabou sendo abandonada em nosso Direito, reaparecendo em tempos recentes.

Com a proliferação das previsões normativas de delações premiadas, nasceu o debate quanto à legalidade e a legitimidade deste instituto. Esta situação já foi analisada até por Cesare Beccaria,<sup>9</sup> que a seu tempo, já apresentava críticas, até hoje atuais, sobre o instituto. Vejamos:

O legislador, com uma das mãos, aperta os laços de sangue e de amizade e, com a outra, dá o prêmio àquele que os rompe. Sempre em contradição com ele mesmo, ora tenta disseminar a confiança e encorajar os que duvidam, ora espalha a desconfiança em todos os corações. Para prevenir um crime, faz com que nasçam cem.

---

8. JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7551>. Acesso em: 19 fev. 2018.

9. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5. reimpr. da 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 67-68.

Ainda na busca de uma definição para a delação premiada, verifica-se que ela serve “para indicar a denúncia ou acusação que é feita por uma das próprias pessoas que participam da conspiração, revelando uma traição aos próprios companheiros”.<sup>10</sup> Todavia, sempre se contempla uma vantagem ao delator, um benefício que pode ser financeiro ou de outra ordem.

Quanto aos benefícios da delação premiada em nossa legislação, esclarece Cesar Roberto Bitencourt, que “consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece”.<sup>11</sup> Como se verifica, reitera-se, a delação sempre encerra uma acusação a alguém, com alguma vantagem para o acusador.

## Evolução histórica e normativa da delação premiada no direito brasileiro

Após a delação premiada, prevista nas Ordenações Filipinas, deixar de ser utilizada em 1830, seu retorno ao nosso ordenamento jurídico só se deu com a entrada em vigor da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que estabeleceu a redução de pena a delatores, conforme explica o Prof. Agnaldo Simoes Moreira Filho.<sup>12</sup>

Na Lei dos Crimes Hediondos, (Lei nº 8.072/90), a delação do bando ou quadrilha que pratique crimes hediondos, tortura, tráfico ou terrorismo, é premiada com redução da pena [...], o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

---

10. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 423.

11. BITENCOURT, Cesar Roberto et alli. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115.

12. MOREIRA FILHO, Agnaldo Simões. Delação premiada: breves considerações. In: *Direito-Net*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3902/Delacao-premiada-Breves-consideracoes>. Acesso em: 20 fev. 2018.

Esta lei também incluiu, em nossa legislação, a previsão de que, se a delação do coautor de um sequestro resultasse na libertação do sequestrado, a pena a que está sujeita este delator também seria reduzida de um a dois terços.<sup>13</sup>

Pondera-se que tal previsão é meritória, pois se trata de uma alternativa para evitar a morte do sequestrado ou, até mesmo, evitar outro resultado ofensivo à vítima. Além disso, é uma maneira de se dismantelar a associação criminosa e punir os envolvidos.<sup>14</sup>

Posteriormente, mais duas novas previsões de delações surgiram: a primeira, com a entrada em vigor da Lei nº 9.080/95, que trouxe alterações que impactaram na Lei nº 7.492/86. Incluiu-se, neste texto, a utilização da delação premiada para solucionar os delitos contra o sistema financeiro, conforme se verifica a seguir:

Art. 25º. [...] § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços (incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995).<sup>15</sup>

A segunda alteração que se tem notícia é a Lei nº 9.080/95, que alterou a Lei nº 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária, e que também prevê delação premiada, com diminuição de pena de um a dois terços, para o delator que revelar ao Estado, toda a trama delituosa.

Em março de 1998, a Lei nº 9.613 previu, no parágrafo quinto de seu artigo 1º (já revogado), uma modalidade de delação mais atrativa ao delator, o qual poderia ser premiado com outros benefícios, e até com uma espécie de perdão judicial.

---

13. BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm). Acesso em: 20 fev. 2018.

14. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: RT. p. 354.

15. BRASIL. Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm). Acesso em: 21 fev. 2018.

Nesta previsão legal, prometia-se que, além da redução de pena de um a dois terços, poder-se-ia começar a cumprir a pena no regime aberto, facultando ao juiz até deixar de aplicá-la, ou substituí-la por uma pena restritiva de direitos.<sup>16</sup>

O promotor Marcelo Batlouni Mendroni se posicionou sobre a não aplicação da pena como uma espécie de perdão judicial, sendo que, em regra, o perdão ocorre quando o Estado opta por “deixar de punir aquele que tenha sofrido consequência pessoal tão grave decorrente da sua própria conduta, que se pode considerar por aplicada e cumprida a sua pena”.<sup>17</sup>

Neste caso, interpretando o instituto do perdão judicial, mesmo que o agente não tenha sofrido nenhuma consequência pessoal, seria concedido o perdão judicial, devido a sua importante colaboração com a investigação e com a Justiça.

Em relação à Lei nº 9.034/95 (hoje revogada pela Lei nº 12.850/13), que foi modificada em 2001, esta apresentou a delação premiada no artigo 6º. Este artigo fixava que o delator poderia ter sua pena reduzida de um a dois terços quando, em uma organização criminoso, sua colaboração espontânea levasse ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.<sup>18</sup>

Pela previsão legal acima citada, quando a revelação e delação fossem eficazes, o delator adquiriria direito líquido e certo em relação à redução de sua pena. Todavia, esta redução seria sempre decidida pelo magistrado que, em observância à eficácia da delação, decidiria entre a redução de um a dois terços.<sup>19</sup>

---

16. BRASIL. *Lei 9.613, de 3 de março de 1998*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm). Acesso em: 21 fev. 2018.

17. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 52.

18. BRASIL. *Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm). Acesso em: 22 fev. 2018.

19. GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: enfoques criminológicos jurídicos e político criminal (Lei nº 9.034/95)*. São Paulo: RT, 1995, p. 135.



Com a chegada da Lei nº 9.807/99, cujo tema central é a proteção de vítimas e testemunhas, pela primeira vez, houve a previsão expressa do perdão judicial para favorecer o delator, estabelecendo os requisitos necessários para a concessão de tal benefício. Esta novidade estava presente nos artigos 13º e 14º da Lei nº 9.807/99, com as seguintes redações:

Art. 13º: Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. [...]

Art. 14º: O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.<sup>20</sup>

Ainda neste esboço histórico, após alguns anos, a Lei nº 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), apresentou em seu artigo 41, uma delação mais “conservadora”, uma vez que, o benefício da delação, voltou a ser apenas uma redução de pena, de um a dois terços, sem a previsão do perdão judicial.<sup>21</sup>

O mais recente regramento consagrado sobre o tema se deu em 2013, com a entrada em vigor da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), que regulamentou o instituto de forma mais detalhada, orientando todo seu trâmite. Nesta lei, a delação premiada foi denominada

---

20. BRASIL. *Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm). Acesso em: 22 fev. 2018.

21. BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 22 fev. 2018.

como colaboração premiada e o benefício de perdão judicial foi novamente previsto.

## Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13)

Com o advento da Lei de Organizações Criminosas, alguns outros benefícios surgiram e, novamente, verificou-se a obrigatoriedade da delação ser voluntária. A delação passou a ser classificada literalmente como um meio de obtenção de prova, tendo que ser corroborada com provas apresentadas ou colhidas, com ou sem a ajuda do delator.<sup>22</sup>

Uma das novidades é a exclusão expressa do juiz, da participação das negociações realizadas nas delações. A participação do juiz, nestes acordos, era muito criticada, como se verifica nesta análise do Prof. Pierpaolo Cruz Bottini.<sup>23</sup>

Outra questão controversa é a participação ativa do juiz na celebração do acordo. Há magistrados que intermediam as negociações entre Ministério Público e réu para a delação premiada, e outros que preferem o distanciamento, reservando-se a função de avaliar a extensão da colaboração, sua utilidade e eficácia, para decidir a amplitude do benefício. Também as leis silenciam sobre esse tema. Nos parece que, no sistema acusatório (ou acusatório misto), que se pretende aos poucos implementar no ordenamento pátrio, a participação do magistrado na colheita da prova afeta sua imparcialidade, de forma que seu envolvimento no acordo de delação é desaconselhável.

Outra questão relacionada à exclusão da participação do juiz nas negociações é a previsão de que o delator não tem qualquer garantia que será

---

22. BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 22 fev. 2018.

23. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Delação premiada exige regulamentação mais clara. In: *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>. Acesso em: 22 de fev. de 2018.

cumprido o acordo anteriormente pactuado (quer com a polícia ou com o Ministério Público), na sentença. Esta mudança foi analisada pelo Prof. Vicente Greco Filho, que leciona que “o acordo é, portanto, apenas uma proposta, de que poderá constar possível benefício a ser aplicado, mas que não vincula o juiz da sentença, nem mesmo se ele próprio tenha homologado o acordo”.<sup>24</sup>

A questão abordada, para alguns, gera a insegurança jurídica dos acordos, trazendo uma enorme falta de confiança do delator quanto ao cumprimento, pelo Estado, de sua parte no acordo. Para outros, a questão é intransponível, merecendo modificação legislativa.

Refletindo sobre outros aspectos, a delação premiada, não se resume exclusivamente no fato do delator acusar outros comparsas para obter vantagem, pois existe, também, a possibilidade do delator obter benefícios, sem precisar acusar outro investigado ou outro réu. Isto se dá, quando a realização da delação premiada ocorre para salvaguardar a integridade física de uma vítima. Neste caso, há o reconhecimento do comportamento positivo de quem revela tais informações, mas não se admite que tal comportamento seja entendido como uma delação, afastando os benefícios.<sup>25</sup>

Na verdade, o delator só poderá receber os benefícios da delação premiada, após admitir a sua culpa e toda sua participação no delito, além do que, deverá apresentar informações eficazes para a elucidação dos fatos. Estes fatos devem ser inéditos para a persecução penal, ou seja, antes de revelados, não se tinha o conhecimento prévio destes, tudo isto visa a objetivar a localização e a identificação dos demais coautores do ilícito, como também a localização do produto do crime e a descoberta da trama delituosa. Todavia, caso isto não ocorra, e o delator somente apresente fatos já conhecidos, semelhantes as provas preexistentes, este

---

24. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41.

25. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/2013*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014. p.35-36.

poderá ter direito à atenuante da confissão prevista no art. 65, I, alínea “d”, do Código Penal.<sup>26</sup>

Neste contexto, a qualidade da informação prestada pelo delator e sua utilidade real para auxiliar as investigações será sempre avaliada judicialmente, sobre tal situação, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC 90.962/SP,<sup>27</sup> entendeu que:

Apesar de o acusado haver confessado sua participação no crime, contando em detalhes toda a atividade criminosa, incriminando seus comparsas, não há nenhuma informação nos autos que ateste o uso de tais informações para fundamentar a condenação dos outros envolvidos, pois a materialidade, as autorias e o desmantelamento do grupo criminoso de deram, principalmente, pelas interpelações telefônicas legalmente autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais.

Portanto, a delação premiada confere ao agente, diversos benefícios, desde que esta delação tenha efetivamente auxiliado nas investigações, diferentemente de quando as informações não trazem qualquer novidade. Neste caso, se estaria diante de uma confissão, que pode ser uma circunstância atenuante de pena apenas.

Isto posto, quanto a proliferação de delações premiadas no Brasil, ainda serão examinadas, uma a uma, por nossos tribunais, que aquilatarão se tratam-se de delações ou de meras confissões.

Contudo, esta nova previsão de delação, que surgiu na Lei de Organizações Criminosas, foi a base legal das mais de 290 delações realizadas no processo surgido da operação Lava Jato. Operação, esta, responsável pela

---

26. DE LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 513.

27. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 90.962, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Brasília DF, 19 mai. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21110738/habeas-corpus-hc-90962-sp-2007-0221730-9-stj/inteiro-teor-21110739>. Acesso em: 15 mar. 2018.

popularização do instituto da delação premiada e pelo aumento significativo de sua ocorrência. Todavia, estas ainda serão examinadas nas várias instâncias da justiça brasileira.

## Aplicabilidade das delações premiadas

Quanto à aplicabilidade das delações, verificam-se diversas questões que merecem atenção, como a situação do delator, que tem de abrir mão de seus direitos constitucionais, renunciando recursos judiciais, para concretizar tais acordos.

Na verdade, tal renúncia não pode ser exigida, como explica o advogado Marcelo Leonardo,<sup>28</sup> “que não se pode renunciar a um direito constitucional, menos ainda a um que está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)”, se referindo ao direito previsto no Artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, que trata do direito de permanecer em silêncio e da garantia contra a autoincriminação.

Adel El Tasse,<sup>29</sup> analisando tal situação, entende que,

[...] se, de um lado, há a ideia de trazer um indivíduo acusado de um crime a atuar como auxiliar da justiça na punição de seus co-autores, por outro lado há um ataque aos princípios fundamentais sobre os quais se estrutura o Estado Democrático de Direito.

Ainda, em relação aos direitos fundamentais, o maior absurdo reside na obrigatoriedade das desistências dos Habeas Corpus e a vedação da

---

28. LEONARDO, Marcelo. Acordos de delação premiada da “lava jato” violam Constituição e leis penais. In: *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 22 fev. 2018.

29. TASSE, Adel El. Delação Premiada: Novo passo para um procedimento medieval. In: *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 3. 2006. p. 270.

impetração de novos, previstas em delações pactuadas no âmbito da operação Lava Jato. Só para exemplificar, rememora-se que, em 1968, o Ato Institucional nº 5 suspendeu, durante 10 anos, a impetração de Habeas Corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, ordem econômica e social e a economia popular. Depois de encerrado o período militar, para se prevenir que nunca mais ocorresse este tipo de cerceamento, o direito à impetração de Habeas Corpus tornou-se cláusula pétrea, de nossa Constituição Federal, prevista no artigo 5º, inciso LXVIII.<sup>30</sup>

Ilegalmente, em alguns casos, se exige, para conclusão dos acordos de delação premiada, a renúncia destes direitos fundamentais, os quais são imprescritíveis e irrenunciáveis, como ensina José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior.<sup>31</sup>

Os direitos fundamentais não podem ser renunciados pelo seu titular, sendo esta afirmação emanada da fundamentalidade material dos referidos direitos na dignidade da pessoa humana; o titular de tais direitos não pode fazer com eles o que quiser, uma vez que os mesmos possuem uma eficácia objetiva no sentido que não importa apenas ao sujeito ativo, mas interessam a toda coletividade.

Assim, tais acordos poderão, no futuro, serem considerados nulos. Diante de tudo isto, com base na Lei nº 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa), pode-se definir a delação “como a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial e a redução de pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei (...)”.<sup>32</sup>

---

30. Matéria disponibilizada no site da FGV *Artigos ilustrados de fatos e conjuturas do Brasil*. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/AI5>. Acesso em: 22 fev. 2018.

31. DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11749](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749). Acesso em: 22 fev. 2018.

32. CUNHA, Rogério Sanches et alli. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 35.

Quanto à valoração da delação premiada como meio de prova, tal ponto já fora analisado anteriormente à Lei nº 12.850/2013, como explica o Prof. Adalberto de Camargo Aranha, estabelecendo que, “[...] a chamada do co-réu, como elemento único de prova acusatória, jamais poderia servir de base a uma condenação, simplesmente porque violaria o princípio constitucional do contraditório”.<sup>33</sup>

Na mesma esteira, Luiz Orlando Carneiro, em análise a julgado do STF, quanto à delação premiada e sua posição probatória, explica que “o plenário do STF – na linha do voto do relator do feito, ministro Dias Toffoli – firmou o entendimento de que, como meio de obtenção de prova, o acordo de colaboração é, basicamente, um negócio jurídico processual”.<sup>34</sup> Desta forma, o acordo de delação, pela palavra do delator, é meio de obtenção de prova, e, portanto, jamais será uma prova.

É indispensável a necessidade de corroboração da palavra do delator, com provas, para se garantir que o conteúdo da delação seja verdadeiro, ensina o jurista Nicola Framarino Dei Malatesta<sup>35</sup> que:

Sempre que, repetimos, a acusação em sentido genérico do cúmplice se apresente como desagravo do acusado acusador, a suspeita na veracidade deste é legítima. Disto deriva que esta suspeita se tornará imensa quando prometida a impunidade pela revelação dos cúmplices. O impulso para mentir é tão forte que a lógica se opõe a fazer menção de tal chamada de cúmplice, cujo preço é a impunidade do delator.

---

33. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 125-126.

34. CARNEIRO, Luiz Orlando. *O entendimento do supremo sobre a delação premiada como meio de obtenção de prova*. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/o-entendimento-do-supremo-sobre-a-delacao-premiada-como-meio-de-obtencao-de-prova-04032016>. Acesso em: 2 mar. 2018.

35. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. [s.l.]: Conan, 1995. v. 2, p. 208- 209.

Entende-se, portanto, que o real papel da delação premiada e sua aplicabilidade, destinam-se a auxiliar as investigações e, como meio de obtenção de prova, ajudar a investigação a produzir provas e localizar criminosos. A previsão legal também impõe deveres aos delatores, que devem apresentar bem mais que meras informações, pois, para se admitir tal instituto de maneira eficaz e completa, há que se produzir o delator ou o Estado, as respectivas provas.

Em decorrência disto, a prova deve auxiliar o juiz, a formar sua convicção, após análise dos elementos apresentados. As provas também auxiliam no processo com o objetivo de dirimir as dúvidas com relação ao fato.<sup>36</sup> A inexistência de provas, impede que o juiz examine o fato real, impedindo-o de realizar um julgamento justo.

Por fim, para reprisar a ideia, não se pode confundir a delação premiada com a prova testemunhal pois, como verificamos no bojo do artigo, o delator apresenta a sua verdade ao processo, e seu objetivo principal é obter vantagem própria. Já a testemunha, presta compromisso em dizer a verdade, sob pena de violar a lei penal, em seu artigo 342 do Código Penal (crime de falso testemunho). A testemunha não tem interesse no resultado do processo, de modo que sua oitiva será considerada isenta e, portanto, como prova. Quanto a este ponto, esclarece Cesar Roberto Bitencourt.<sup>37</sup>

[...] o estímulo às benesses enfraquece ainda mais o compromisso para com a verdade, podendo fazer com que, por exemplo, aquele que nada tenha a declarar, invente implicações contra um terceiro, com o fito de obter benefícios para si próprio. Aliás, noticia-se no direito italiano uma importante parcela de casos em que as informações prestadas resultaram falsas, causando imensos prejuízos processuais.

---

36. TOURINO FILHO, Fernando Costa. *Processo Penal*. 13. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 202.

37. BITENCOURT, Cesar Roberto et alli. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.



Por tudo isso, não se pode supervalorizar a delação premiada, devendo limitá-la a uma informação ao processo, que serve para se buscar, com tais direções reveladas, a prova que virá a ter algum efeito jurídico. Caso contrário, sem provas, a delação premiada não terá valor jurídico algum.

É necessária, também, a análise do devido processo legal, quando tratamos da utilização das delações no processo, pois, o devido processo legal, na ótica de sua característica formal e instrumental, contempla princípios que visam garantir o trâmite hígido, seguro e regular de todas as relações jurídicas-processuais, e, deste modo, funcionam como um escudo de contenção contra os possíveis excessos do Estado-Acusador e, conseqüentemente, também limita a utilização das delações premiadas.<sup>38</sup>

Inegável, pois que o papel da delação é importante, tanto durante a investigação, como no processo, aliás como se viu na Operação Lava Jato, ajudando a recuperar bilhões aos cofres públicos e a punir criminosos, todavia, há que se manter a delação nos seus exatos limites legais, não se admitindo flexibilizações, que desvirtuam o próprio instituto e sua relevante finalidade.

O rigor que o legislador exigiu nas inúmeras restrições elencadas na lei em comento (Lei de Organizações Criminosas), paulatinamente vem sendo adequadas aos casos concretos pois, no início da Operação Lava Jato, algumas denúncias foram recebidas, com base, exclusivamente, em informações trazidas por delatores, sem que houvesse qualquer prova a corroborá-las. Em um afã punitivo, até algumas sentenças condenatórias foram proferidas com base apenas em palavra de delator, inexistindo provas a comprová-la.

Estas distorções e ilegalidades vêm sendo reparadas em grau de recurso, por decisões que reformaram tais sentenças, aplicando a lei vigente e absolvendo estes delatados nas instâncias superiores, a exemplo da Ação Penal nº 5045241-84.2015.4.04.7000, que em julgamento no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconheceu a necessidade da prova a confirmar a

---

38. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 315.

palavra do delator, conforme vemos no voto vencedor abaixo, do Desembargador Federal Revisor, Dr. Leandro Paulsen.<sup>39</sup>

[...] Ainda que eventualmente eu possa evoluir minha compreensão da matéria em sentido similar àquele esposado pelo brilhante voto proferido por meu par, parece-me que a questão probatória controvertida nos autos ultrapassa a questão envolvendo a existência ou inexistência de prova material de corroboração. O que argumentei ao longo dos parágrafos anteriores e ora concludo é que, a meu Juízo, além da carência de prova de corroboração, os depoimentos prestados nos presentes autos são inservíveis para manutenção da condenação de [...] por sequer dizerem respeito aos fatos narrados na denúncia.

Ante o exposto, pedindo máxima vênia ao eminente relator, voto por dar provimento ao apelo defensivo de [...] para o fim de absolvê-lo das cinco imputações de corrupção passiva, porquanto ausente prova, seja testemunhal, seja documental, de seu envolvimento nos fatos.

Os efeitos destas decisões reformatórias de condenações, reiterando a exigência legal de provas que confirmem a palavra do delator, repercutem na adequação da aplicabilidade das delações, de modo a trazer ao eixo legal, o exame dos acordos pactuados.

Neste contexto, verifica-se que o magistrado responsável pelos processos da Operação Lava Jato, que antes recebia denúncia e até condenava réus sem o rigorismo da exigência de provas a confirmar as informações do delator, agora passa a rejeitar denúncias quando provas inexistem, ecoando as decisões do TRF-4 para aquele mesmo acusado.

---

39. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação Penal Nº 5045241-84.2015.4.04.7000, de 14 de setembro de 2018. Disponível em: [https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41507651428272651049348231913&evento=41507651428272651049355781397&key=8aed0506ce57b80f72412e2565c9dd6b396dda1e20b21373c359743eea916919](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41507651428272651049348231913&evento=41507651428272651049355781397&key=8aed0506ce57b80f72412e2565c9dd6b396dda1e20b21373c359743eea916919). Acesso em: 15 mar. 2018.

Vejamos a decisão do então magistrado Sergio Moro, que rejeitou denúncia formulada na Ação Penal nº 5018091-60.2017.4.04.7000/PR,<sup>40</sup> por falta de justa causa, fundamentando tal decisão conforme abaixo:

[...] Relativamente a [...], o quadro probatório apontado é muito similar ao que existia em relação a ele na ação penal 5045241-84.2015.4.04.7000. No julgamento da apelação pela Corte de Apelação, entendeu-se inexistir prova de corroboração contra ele. No contexto, quanto a ele, respeitando o precedente, reputo ausente justa causa. Assim, quanto a [...] rejeito a denúncia por falta de justa causa sem prejuízo de retomada se apresentadas novas provas.

Trata-se de um avanço, a fazer com que o intuito do legislador ao arquivar o instituto da delação premiada fosse resgatado, de modo que, a delação esteja a serviço da justiça, do acusado, que deseja colaborar com ela, mesmo por motivo egoístico, mas sempre tudo dentro dos limites legais.

## Conclusão

Neste artigo, procurou-se demonstrar o surgimento das delações, as quais sempre são compensatórias, daí seu conteúdo premial, gerando impacto em todas as épocas e momentos históricos em que foram previstas e aplicadas, revelando a busca incessante do Estado para controlar as relações sociais e diminuir a criminalidade.

Também se verificou a evolução da delação premiada na legislação brasileira, com diversas previsões legais durante os anos pretéritos, até nossos dias, com a entrada em vigor da Lei de Organizações Criminosas, que

---

40. Justiça Federal do Paraná. Ação Penal Nº 5018091-60.2017.4.04.7000/PR, Paraná/PR, 20 fev. 2018. Disponível em: [https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=701519140452859960095165941284&evento=701519140452859960095168514693&key=8c63c4d3c873a89d1ffb551f4710145be2680435ff9168f77b036192fa28c396](https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701519140452859960095165941284&evento=701519140452859960095168514693&key=8c63c4d3c873a89d1ffb551f4710145be2680435ff9168f77b036192fa28c396). Acesso em: 15 mar. 2018.

trouxo uma previsão mais completa sobre a delação, regulando-a e, desta forma, o instituto se cristalizou e tornou-se cada vez mais popular.

Com a regulamentação, o trâmite da delação premiada foi detalhado e o reflexo disso, foi o aumento significativo da aplicação deste instituto nos processos da Lava Jato, popularizando-a surpreendentemente.

Verificaram-se aspectos negativos, pois em alguns casos, o Estado, por seus agentes (Polícia Judiciária e Ministério Público), teria influenciado o investigado ou o réu, convencendo-o a incriminar o co-réu para receber vantagens. Esta situação gerou críticas ao instituto, pela suposta falta de voluntariedade.

Outro ponto negativo reside no fato de que, em cláusulas presentes nestes acordos de delação premiada, se estaria exigindo a renúncia a direitos fundamentais, ficando claro que, por se tratar de direitos irrenunciáveis, a negociação referente a estes direitos pode ser impugnadas em juízo e, eventualmente, concluir-se eivada de nulidade.

Diante da desconfiança natural que recai sobre o delator, o legislador pátrio proibiu que houvesse sentença condenatória baseada exclusivamente na palavra de delator carecendo, pois, para ter esta palavra algum reflexo jurídico, de provas que possam corroborar as informações fornecidas por este delator. Vale dizer que, não havendo provas do que revela o delator, suas informações não produzem qualquer efeito jurídico.

Inegável que o delator, ao tomar a decisão de celebrar um acordo de delação premiada com o Estado, o faz para obter vantagem pessoal com a redução de sua pena, ou para obter até mesmo o seu perdão judicial, motivos que justificam toda a desconfiança sobre o conteúdo das informações prestadas.

Por derradeiro, se conclui que o instituto da delação premiada se consolidou no Brasil, e tem ajudado na obtenção de resultados relevantes em investigações, especialmente, como ocorreu na Operação Lava Jato. Todavia, há sempre que se desconfiar do delator, que deverá trazer ou indicar as provas para confirmar suas informações e, caso não o faça, caberá ao Estado a obrigação de provar a versão do delator, sob pena de restar somente meras

informações sem provas a corroborá-las, o que resultará em algo sem valor jurídico algum.

O Estado Democrático de Direito reclama de todos, e impõe a todos, o império da lei, aos investigados e investigadores, aos acusados e acusadores e aos julgados e julgadores, como claro sinal do que se conhece por civilização.

## Referências

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. reimpr. da 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BÍBLIA. N. T. Mateus. Português. **Bíblia Sagrada**. Trad. de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969, i1997.
- BITENCOURT, Cesar Roberto et al. **Comentários à Lei nº de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CUNHA, Rogério Sanches et al. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013**. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: RT.
- GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológicos jurídicos e político criminal (Lei nº 9.034/95)**. São Paulo: RT, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei nº de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Saraiva. 2014.
- GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. [s.l.]: Conan, 1995. v. 2.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa: comentários à Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. *In: Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 3. 2006.

TOURINO FILHO, Fernando Costa. **Processo Penal**. 13. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

## Sites

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Lei/n%2F8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lei/n%2F8072.htm). Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Lei/n%2F9080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lei/n%2F9080.htm). Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Lei/n%2F9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lei/n%2F9034.htm). Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Lei/n%2F9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lei/n%2F9613.htm). Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Lei/n%2F9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lei/n%2F9807.htm). Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Lei/n%2F11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/n%2F11343.htm). Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/n%2F12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/n%2F12850.htm). Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 90.962, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, Brasília-DF, 19 de maio de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21110738/habeas-corpus-hc-90962-sp-2007-0221730-9-stj/inteiro-teor-21110739>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Delação premiada exige regulamentação mais clara**. *In: Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>. Acesso em: 22 fev. 2018.

CARNEIRO, Luiz Orlando. **O entendimento do supremo sobre a delação premiada como meio de obtenção de prova**. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/o-entendimento-do-supremo-sobre-a-delacao-premiada-como-meio-de-obtencao-de-prova-04032016>. Acesso em: 02 mar. 2018.

CONJUR. **Delação premiada foi responsável pela morte de Tiradentes, há 223 anos**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/delacao-premiada-foi-responsavel-morte-tiradentes>. Acesso em: 17 fev. 2018.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_Lei\\_n%2Ftura&artigo\\_id=11749](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_Lei_n%2Ftura&artigo_id=11749). Acesso em: 22 fev. 2018.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada auxilia nas investigações, mas não pode ser forçada. *In: Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-29/luiz-durso-delacao-premiada-nao-forcada-estado>. Acesso em: 15 fev. 2018.

- FGV. **Artigos ilustrados de fatos e conjunturas do Brasil**. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/AI5>. Acesso em: 22 fev. 2018.
- JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7551>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. **Ação Penal nº 5018091-60.2017.4.04.7000/PR**, Paraná/PR, 20 de fev.ereiro de 2018. Disponível em: [https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=701519140452859960095165941284&evento=701519140452859960095168514693&key=8c63c4d3c873a89d1ffb551f4710145be2680435ff9168f77b036192fa28c396](https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701519140452859960095165941284&evento=701519140452859960095168514693&key=8c63c4d3c873a89d1ffb551f4710145be2680435ff9168f77b036192fa28c396). Acesso em: 15 mar. 2018.
- LEONARDO, Marcelo. Acordos de delação premiada da “lava jato” violam Constituição e Leis penais. In: **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delaacao-lava-jato-violam-constituicao-Leis-penais>. Acesso em: 22 fev. 2018.
- MOREIRA FILHO, Agnaldo Simões. **Delação premiada – Breves considerações**. In: Direito-Net. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3902/Delacao-premiada-Breves-consideracoes>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA-SP. **Programa de Recompensas**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/recompensas/Recompensas.aspx>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Ação Penal nº 5045241-84.2015.4.04.7000, de 14 de setembro de 2018**. Disponível em: [https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41507651428272651049348231913&evento=41507651428272651049355781397&key=8aed0506ce57b80f72412e2565c9dd6b396dda1e20b21373c359743eea916919](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41507651428272651049348231913&evento=41507651428272651049355781397&key=8aed0506ce57b80f72412e2565c9dd6b396dda1e20b21373c359743eea916919). Acesso em: 15 mar. 2018.

## 6

# Os aspectos constitucionais do novo artigo 492 do Código de Processo Penal

Constitutional aspects of the new art. 492 of the Brazilian Code of Criminal Procedure

Maurício Januzzi Santos<sup>1</sup>

---

1. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público. Professor universitário da PUC-SP. Advogado e Presidente da 242ª Subseção da OAB/SP Butantã.



**Resumo:** A Lei nº 13.964/2019 trouxe diversas alterações na legislação que trata de matéria criminal no Brasil. Uma delas foi no art. 492 do Código de Processo Penal. Com a nova redação, os condenados pelo Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos, deverão ser imediatamente presos e iniciar o cumprimento antecipado da pena. Diante disso, no presente trabalho, buscou-se analisar a constitucionalidade do dispositivo. Foi feita uma análise da evolução legislativa e da jurisprudência do STF sobre o tema presunção de inocência. Ao final do artigo, foi concluído que em que pese o dispositivo legal estar em vigência, ele é incompatível com o princípio da presunção de inocência. Sua constitucionalidade, inclusive, está sendo apreciada pelo STF atualmente e já teve repercussão geral reconhecida. Também, concluímos que essa nova redação apenas poderá ser aplicada aos casos que ocorreram posteriormente à vigência da lei, por ser norma processual material. O método adotado foi o dedutivo. A técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica em fontes primárias, secundárias e terciárias.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Direito constitucional. Procedimento do Júri. Execução antecipada da pena. Presunção de inocência.

**Abstract:** The Law nº 13,964/2019 brought several changes in the legislation dealing with criminal matters in Brazil. One of them was in art. 492 of the Code of Criminal Procedure. With the new wording, those convicted by the popular trial to a 15 years or more, they must be immediately arrested and begin the early execution of the sentence. Therefore, in the present work, sought to analyze whether the device is compatible with the Constitution. An analysis of the legislative developments and jurisprudence of the Supreme Court on the presumption of innocence. At the end of the article, it was concluded that even if the legal provision is in force, it is incompatible with the principle of the presumption of innocence. Its violation of the Constitution, including, is being evaluated by the Supreme Court currently and has already had general repercussion recognized. We also conclude that this new wording can only be applied to cases that occurred after the law was valid, as it is a material procedural rule. The

method adopted was deductive. The technique used was bibliographical research in primary, secondary and tertiary sources.

**Keywords:** Criminal Procedure. Constitutional law. Procedure of the People's Jury. Early execution of the sentence. Presumption of innocence.

A Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) trouxe diversas alterações nas legislações que tratam de matéria criminal no Brasil. Uma delas foi no artigo 492 do Código de Processo Penal (CPP). Vejamos:

<b>Redação ANTES da Lei nº 13.964/2019</b>	<b>Redação DEPOIS da Lei nº 13.964/2019</b>
<p>Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá a sentença que: – no caso de condenação: fixará a pena-base; considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates; imporá os aumentos ou diminuições de pena, em atenção às causas admitidas pelo júri; observará as demais disposições do art. 387 deste Código; mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva; estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação; – no caso de absolvição: mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso; revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas; imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.</p> <p>§1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995</p> <p>§2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no §1º deste artigo</p>	<p>Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que, no caso de condenação: fixará a pena-base; considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates; imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri; observará as demais disposições do art. 387 deste Código; mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação.</p> <p>No caso de absolvição: mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso; revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas; imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.</p> <p>§ 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.</p> <p>§ 2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.</p>

	<p>§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.</p> <p>§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.</p> <p>§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso: I - não tem propósito meramente protelatório; e II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.</p> <p>§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.</p>
--	---

Como pode ser visto através da tabela comparativa acima, houve relevantes alterações no artigo 492 do Código de Processo Penal.

No tocante à sentença oriunda do Tribunal do Júri, é necessário distinguir três situações: i) absolvição do réu; ii) condenação do réu a pena inferior a 15 anos; iii) condenação do réu a pena superior a 15 anos.

#### i) Absolvição do réu

A sentença proferida no procedimento do Júri é subjetivamente complexa, uma vez que envolve dois órgãos jurisdicionais diversos: a) o Conselho

de Sentença, responsável por apreciar o fato e suas circunstâncias; e b) o juiz togado, responsável por aplicar a pena.

Com efeito, no caso de sentença absolutória própria, não há maiores problemas. Se o réu estiver preso, deverá o juiz togado determinar a sua imediata soltura, salvo se existir outro motivo para lhe manter recluso. Também, deverá o magistrado revogar eventuais medidas restritivas provisoriamente decretadas. É o que estabelece o artigo 49, inciso II, alíneas *a* e *b* do Código de Processo Penal.

Por outro lado, no caso de sentença absolutória imprópria, deverá o magistrado impor a medida de segurança cabível (artigo 492, inciso II, alínea *c*, do Código de Processo Penal).

## ii) Condenação à pena inferior a 15 anos

Caso o réu seja condenado pelo Conselho de Sentença e o juiz-presidente fixe a pena inferior a 15 anos de reclusão, caberá ao magistrado decidir: a) se preso, deverá ser solto até o trânsito em julgado da ação, b) se solto, deverá ser mantido solto até o trânsito em julgado da ação, e c) se solto, deverá ser preso (artigo 492, inciso I, alínea *e*, primeira parte, Código de Processo Penal).

Para tanto, deverá levar-se em conta o disposto no artigo 387, § 1º, do código que determina que em caso de condenação, deverá o juiz decidir “fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”.

A prisão, nesse caso, ocorrerá apenas se cumpridos os requisitos da prisão preventiva, ou seja, *não será caso de execução provisória da pena*.

Conforme explica Rogério Sanches:<sup>2</sup>

A orientação que sempre nos pareceu razoável é no sentido de que: 1) tendo o réu respondido solto ao

---

2. CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*: Lei nº 13.964/2019. Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 1. ed. 2019. Salvador/BA: Juspodivm. p. 305.

processo implica dizer que ele não deu causa à revogação de sua liberdade provisória, caso tenha sido preso em flagrante ou à decretação de sua prisão preventiva. Ora, ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, é justo que, uma vez condenado, possa em liberdade recorrer. Já se respondeu ao processo preso, não faz sentido seja, depois de condenado em plenário, colocado em liberdade. Claro: se antes já se reuniam os elementos justificadores da prisão provisória, agora, em face da condenação, com mais razão ainda deve ser ele mantido no cárcere, enquanto aguarda o julgamento.

Nos alinhamos a tal posição. Ora, se o réu permaneceu durante todo o processo em liberdade, deve ele assim permanecer na fase recursal – salvo se advier alguma situação nova que admita a decretação de prisão preventiva. Lembremos que a Lei nº 11.719/2008 revogou o artigo 594 do Código de Processo Penal que estabelecia que o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se primário e de bons antecedentes ou se fosse condenado por crime de que se livre solto.

Fato é que em razão do princípio da presunção da inocência, a regra geral é a de que o réu só poderá ser preso após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal c.c. artigo 283 do Código de Processo Penal.

Situação diversa ocorre no caso em que o réu respondeu o processo preso preventivamente. Como é sabido, na prisão preventiva vige a cláusula *rebus sic stantibus*. Desta forma, caso não desapareça o motivo que ensejou a prisão preventiva, deve o réu permanecer preso, ainda mais após a sentença condenatória.

### iii) Condenação do réu a pena igual ou superior a 15 anos

Aqui reside uma das maiores polêmicas trazidas pela “Lei Anticrime”.

Com a nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019, o artigo 492, inciso I, alínea *e*, do Código de Processo Penal, passou a estabelecer que em caso de condenação à pena privativa de liberdade superior a 15 anos, o Juiz-

-Presidente determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

Antes de discorrer acerca da (in)constitucionalidade de tal disposição legal, é necessário fazer uma breve digressão sobre a legislação processual penal brasileira e analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ao entrar em vigor, o Código de Processo Penal – inspirado no modelo fascista italiano – estabelecia em seu artigo 594 que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”.

O artigo 393, inciso I, por sua vez, determinava que “são efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança”.

Por fim, o artigo 669, inciso I, possuía a seguinte redação: “só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I – quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança”.

Isto posto, percebe-se que a prisão era concebida como efeito automático da sentença condenatória recorrível, estando o efeito suspensivo da apelação limitado às hipóteses de fiança e àquelas em que o réu se livrava solto.

Em novembro de 1973, a Lei nº 5.941 (“Lei Fleury”) alterou o artigo 594 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte redação: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”.

Alterou, também, o caput do artigo 596, que passou a ter a seguinte redação: “a apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto em liberdade”.

Com efeito, com as alterações, o recurso de apelação passou a ser dotado de efeito suspensivo quando: a) nos casos em que a fiança fosse cabível; b) quando condenado por crime que se livre solto; ou c) se primário e de bons antecedentes. Fora de tais hipóteses, o réu deveria ser preso depois da sentença condenatória.

Muito se questionou, na época, acerca da constitucionalidade destas prisões e a compatibilidade com o princípio da presunção da inocência. Durante anos, prevaleceu nos Tribunais Superiores o entendimento de que eram sim constitucionais e tinham natureza jurídica de prisão cautelar. Diziam os ministros da Corte que se o réu não é primário, não possui bons antecedentes e foi condenado, deverá fugir, afigurando-se imprescindível a prisão de modo a assegurar a aplicação da lei penal.<sup>3</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou a súmula nº 9, cuja redação é a seguinte: “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Em que pese o entendimento das Cortes Superiores, a doutrina, em sua maioria, sempre se posicionou de maneira contrária. Visualizavam que não havia nada de cautelar nessa prisão e, na verdade, era uma verdadeira execução provisória da pena, o que representava clara violação ao princípio da presunção da não culpabilidade.

Conforme explica Renato Brasileiro de Lima,<sup>4</sup> a uma porque essa prisão não trazia em si as características de uma medida cautelar: acessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética e provisoriedade.

A duas por firmar uma indevida presunção de que, por não ser primário e portador de bons antecedentes, o condenado irá fugir, sendo a sua prisão medida necessária para garantir a aplicação da lei penal.

Por se tratar de uma prisão provisória – conforme defendia as Cortes Superiores – não seria possível admitir a privação cautelar como efeito

---

3. DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. vol. único. 6. ed. 2018. Salvador/BA: Juspodivm. p. 1026.

4. *Ibid.* p. 1027.



automático da sentença condenatória recorrível, caso contrário estar-se-ia admitindo uma hipótese de prisão provisória desprovida de qualquer circunstância fática do caso concreto que a justificasse. A questão foi solucionada pelo Poder Legislativo em 2008, com o advento da Lei nº 11.719/08 que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal.

O artigo 3º da supracitada lei revogou expressamente o artigo 594<sup>5</sup> do CPP. Além disso, inseriu o parágrafo único<sup>6</sup> no artigo 387 com a seguinte redação: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

No tocante ao procedimento especial do Tribunal do Júri, inseriu a alínea *e*, no inciso I do artigo 492, cuja nova redação passou a determinar que o juiz – presidente, ao proferir sentença no caso de condenação, mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva.

Ou seja, se antes a prisão logo após a sentença condenatória era regra, após a mudança legislativa de 2008 se tornou exceção.

Por fim, em maio de 2011, foi publicada a Lei nº 12.403 que conferiu a seguinte redação ao artigo 283 do CPP:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Tais alterações fizeram com que a legislação evoluísse. Também, alinharam o Código de Processo Penal com o princípio constitucional da

---

5. O art. 594 previa que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

6. O parágrafo único foi transformado em parágrafo primeiro pela Lei nº 12.736/2012.

presunção da não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).<sup>7</sup>

Não foi só a legislação que evoluiu. A jurisprudência dos Tribunais Superiores também passou a caminhar nesse sentido.

Em fevereiro de 2009, o Plenário do STF, ao julgar o Habeas Corpus nº 84.078, em decisão dividida (7x4), firmou entendimento de que é inconstitucional a execução antecipada da pena.<sup>8</sup>

Os ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Brito, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio votaram a favor da concessão da ordem e, portanto, no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória contraria o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna.

Por outro lado, os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie votaram contra a concessão da ordem e, conseqüentemente, seguiram o entendimento que a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não contraria o princípio constitucional da presunção de inocência.

Sete anos depois, em fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal retomou o tema ao julgar o Habeas Corpus nº 126.262. Com uma nova composição, a Corte alterou o entendimento até então vigente e fixou a tese de que o início de execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau não viola o princípio da presunção de inocência.<sup>9</sup> A votação foi dividida (7x4).

Na oportunidade, os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes

---

7. Art. 5º, inciso LVII, CF: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

8. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>. Acesso em: 03 ago. 2020.

9. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em: 03 ago. 2020.

votaram a favor da constitucionalidade da prisão após decisão condenatória de segundo grau. Foram vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

Diante desta polêmica mudança de entendimento, foram ajuizadas 3 Ações Diretas de Constitucionalidade – ADCs 43, 44 e 54 – em que se pretendia a declaração de plena vigência e compatibilidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal.<sup>10</sup>

Enquanto estava pendente o julgamento das ADCs – e, portanto, predominava o entendimento de que era constitucional a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau – a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal proferiu duas decisões admitindo a execução provisória da pena decorrente de condenação pelo Tribunal do Júri, sem que haja necessidade de se aguardar o julgamento em segundo grau de jurisdição e independentemente do quantum de pena aplicado na sentença condenatória.<sup>11</sup>

Houveram, também, diversas decisões monocráticas dos ministros da Corte que admitiram o cumprimento imediato da pena no âmbito dos crimes dolosos contra a vida, após o encerramento das instâncias ordinárias.<sup>12</sup>

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso,

[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já

---

10. Art. 283. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

11. STF, 1ª Turma, HC 140.449/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 06/11/2018 e STF, 1ª Turma, HC 118.770/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 07/03/2017, DJe 82 20/04/2017.

12. Decisão Monocrática na Petição Avulsa no HC nº 118.039/MA, do Min. Dias Toffoli, j. 05/12/2017; Decisão Monocrática no HC nº 147.957/RS, do Min. Gilmar Mendes, j. 23/11/2017; Decisão Monocrática no HC nº 148.720/AL, do Min Edson Fachin, j. 31/10/2017; Decisão Monocrática no HC nº 145.496/RS, Min. Rosa Weber, j. 05/10/2017.

foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, artigo 5º, XXXVIII, alínea c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88, artigos 5º, caput e LXXVIII e 144). Assim, a interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas.<sup>13</sup>

Neste mesmo contexto, o Conselho Nacional de Procuradores-gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) publicaram o Enunciado nº 37, cujo teor é o seguinte: “A execução provisória da pena decorrente de condenação pelo Tribunal do Júri é constitucional, fundamentando-se na soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII, alínea c)”.

No segundo semestre de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal pautou as ações constitucionais para julgamento.

O julgamento foi finalizado dia 7 de novembro e foi marcado por uma nova mudança de entendimento da Corte. Em julgamento apertado, 6 votos a 5, o Supremo adotou o entendimento de que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual

[...] ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

---

13. STF, HC nº 118.770, rel. min. Marco Aurélio, redator do acórdão min. Luís Roberto Barroso, j. 07/03/2017.

Isto está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e, portanto, é inconstitucional a execução provisória da pena após decisão condenatória de segundo grau. Ficaram vencidos os ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Cármen Lúcia.

Em que pese a mudança de entendimento da Corte, a Lei nº 13.964/2019 alterou o artigo 492, inciso I, alínea e, do CPP, que passou a estabelecer que em caso de decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, deverá o juiz presidente determinar a execução provisória da pena em caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos, com a expedição do respectivo mandado de prisão, sem prejuízo de eventuais recursos a serem interpostos. Nota-se que o verbo utilizado é *deverá*, ou seja, o magistrado não possui discricionariedade. Ele será obrigado a determinar a prisão.

Diante de todo o exposto acima questiona-se: seria o novo artigo 492, inciso I, alínea e, do Código de Processo Penal, constitucional?

A doutrina diverge.

i) Favoráveis à tese de constitucionalidade do novo artigo 492, inciso I, alínea e do Código de Processo Penal

Renato Brasileiro Lima,<sup>14</sup> em seu Manual de Processo Penal, faz aprofundada análise acerca das duas correntes doutrinárias que se formaram: uma que se alinha à tese favorável à constitucionalidade do dispositivo acima citado e outra que se alinha à tese da inconstitucionalidade do dispositivo legal.

Explica o autor que a parte da doutrina que sustenta ser constitucional o supracitado artigo e o faz com base nos seguintes argumentos:

Seguindo o entendimento trilhado pela 1ª Turma do Superior Tribunal Federal nos julgamentos do HC nº 140.449/RJ e HC nº 118.770/SP, entendem que a soberania dos veredictos – previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII,

---

14. Op.cit. p. 1.539.

alínea c, da Carta Magna e que protege a capacidade decisória dos jurados – demanda o cumprimento imediato de sua decisão.

Os defensores da constitucionalidade do dispositivo legal entendem que se o Conselho de Sentença deliberou e decidiu pela condenação, sua vontade deve ser executada de imediato.

A uma porque a decisão é soberana e, portanto, quanto ao mérito, não está sujeita à modificação ou à substituição pelo juízo *ad quem*. Este poderá, apenas, em sede de juízo rescindente, determinar a realização de novo julgamento por outro corpo de jurados nos casos de nulidade posterior à pronuncia ou quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária a prova dos autos (artigo 593, inciso III, alíneas *a* e *d*, CPP).

A duas porque, conforme explica o autor, o procedimento bifásico do Júri é composto por diversos “filtros” – recebimento da denúncia e a pronúncia – em que há análise aprofundada de autoria e materialidade delitativa, de modo que, passadas essas fases, há maior segurança e certeza acerca da culpabilidade do réu.

Portanto, pela linha de raciocínio adotada, a probabilidade de um acusado que não possui envolvimento com o delito ser denunciado, pronunciado, condenado pelo Conselho de Sentença e preso injustamente é mínima, tendo em visto que nesse procedimento especial há diversas fases em que são verificadas autoria e materialidade delitativa.

Por fim, sustentam a tese de que com a condenação do acusado pelo Conselho de Sentença, iria se formar coisa julgada do capítulo da sentença referente à culpabilidade e, portanto, seria constitucional o cumprimento da pena.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:<sup>15</sup>

De mais a mais, com a condenação do acusado pelo Conselho de Sentença, ainda que sujeita à condição resolutive do possível provimento da apelação do art. 593, III, alínea “d”, do CPP, formar-se-ia coisa julgada

---

15. Op. Cit. P. 1540.

do capítulo da sentença atinente à sua culpabilidade, já que os recursos cabíveis não mais poderiam discutir o mérito da condenação, o que também justificaria o cumprimento imediato da decisão soberana do Júri. Aliás, se admitirmos que o cabimento de apelação contra decisão condenatória do júri pelo fato de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos teria o condão de obstar o trânsito em julgado, vez que, na eventualidade de seu provimento, haveria a cassação da decisão impugnada (juízo rescindente), então também teríamos que aguardar *ad aeternum* pelo julgamento de possível revisão criminal, já que está, à semelhança de apelação do art. 593, III, “d”, do CPP, também pode ser ajuizada objetivando a cassação da decisão impugnada quando a decisão condenatória for contrária à evidência dos autos (CPP, art. 621, I, *in fine*) (...).”

ii) Favoráveis à tese da inconstitucionalidade do novo artigo 492, inciso I, alínea e, do Código de Processo Penal.

Por outro lado, parcela da doutrina se filia à tese de que o disposto no artigo 492, inciso I, alínea e, do Código de Processo Penal – ou seja, execução provisória da sentença condenatória do Júri igual ou superior a 15 anos de reclusão – é inconstitucional.

Sustentam tal ponto de vista jurídico com base nos argumentos a seguir explicados.

O artigo 5º, inciso LVII, Constituição Federal estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É o chamado princípio da presunção da inocência.

O artigo 283 do Código de Processo Penal fixa que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”. Essa redação foi dada, inclusive, pela Lei nº 13.964/2019.

Em que pese as polêmicas já mencionadas no texto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, pacificou o entendimento de

que a presunção de inocência do réu perdura até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nessa mesma oportunidade, a Corte decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal com a consequente proibição de que penas sejam executadas antes do julgamento dos recursos.

Isto posto, tendo em vista os artigos acima mencionados e a jurisprudência do STF, a prisão só poderá ocorrer em três oportunidades: i) flagrante delito, ii) prisão cautelar, e iii) condenação transitada em julgado.

Com efeito, a busca por um sistema penal mais eficiente não autoriza que sejam atropelados direitos e garantias fundamentais do acusado.

Se a permanência do acusado em liberdade após a condenação em primeira instância pelo Tribunal do Júri representa um risco à execução da pena ou à ordem pública, impõem-se a decretação cautelar.

No entanto, se não houver o *periculum libertatis* do artigo 312 do CPP, não se pode admitir a execução provisória da sentença condenatória, sob pena de violar diretamente o princípio da presunção de inocência.

Nota-se a jurisprudência do Tribunal Pleno do STF ao longo destes anos. Até meados de 2008, predominava o entendimento na Corte da constitucionalidade dos dispositivos legais que determinavam a prisão após a sentença condenatória. Mas, para a Corte, tal prisão tinha natureza cautelar, pois os Ministros entendiam que se a natureza jurídica fosse de execução provisória, violaria a garantia constitucional da presunção de inocência.

Em 2016, a Corte, ao julgar o Habeas Corpus nº 126.262, mudou o entendimento que fixou a tese de que o início de execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau não viola o princípio da presunção de inocência. Na época, um dos argumentos utilizados pelos ministros defensores de tal tese foi o de que a presunção de inocência cessava com a condenação em segunda instância, uma vez que há o exaurimento da análise da matéria fática. Diziam que os recursos aos Tribunais Superiores apenas tratam de matéria de direito. Aqui, a natureza jurídica da prisão era de execução provisória da pena.



Como é sabido, tal entendimento já está superado na Corte. Mas é importante ressaltar o seguinte: mesmo na época em que estava em vigência, a presunção de inocência se estendia até o Tribunal de Apelação.

Ou seja, em síntese, o STF já adotou dois entendimentos favoráveis à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória: 1) é constitucional a prisão após sentença condenatória de primeiro grau, mas com natureza jurídica de prisão cautelar; e 2) é constitucional a prisão após a sentença condenatória de segunda instância, pois neste julgamento há o exaurimento da análise da matéria fática. E nesse segundo caso, a natureza jurídica é de execução provisória da pena.

O legislador, ao elaborar o novo artigo 492, inciso I, alínea *e*, CPP, estabeleceu que,

[...] no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, **determinará a execução provisória das penas**, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. Criou uma possibilidade de prisão, após sentença condenatória de primeiro grau, estabelecendo expressamente que sua natureza jurídica é de execução provisória da pena.

Ou seja, é flagrante a inconstitucionalidade do dispositivo legal. Viola diretamente o princípio constitucional da presunção de inocência e a jurisprudência atual do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, viola o artigo 8º, nº 2, alínea *h*, da Convenção Americana de Direitos Humanos,<sup>16</sup> da qual o Brasil é signatário.

Em que pese os apoiadores da constitucionalidade do dispositivo sustentarem que a soberania dos veredictos representa um óbice para

---

16. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

ao Tribunal formado por juízes togados modificar, no mérito, a decisão proferida pelos jurados, não se pode concluir que as decisões do Júri são definitivas, irrecorríveis e, por isso, exequíveis de imediato. Conforme explica Renato Brasileiro de Lima,<sup>17</sup>

[...] A soberania dos veredictos prevista na Constituição Federal ostenta valor meramente relativo, do que se conclui que as decisões do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade, sendo plenamente possível que o Juízo ad quem determine a cassação da decisão de 1ª instância do Júri para que o acusado seja submetido a novo julgamento, se caso restar evidenciado que a decisão seria manifestamente contrária à prova dos autos.

Não é possível adotar raciocínio jurídico que permita a execução provisória de uma prisão penal, decorrente de decisão condenatória proferida por órgão especial do Poder Judiciário pertencente à primeira instância, se esta decisão ainda está sujeita a controle recursal pelo próprio Poder Judiciário.

Ademais, como já mencionado acima, a própria Lei nº 13.964/2019 conferiu nova redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal e foi expressa ao determinar que a prisão só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, contrariando o estabelecido no artigo 492, inciso I, alínea *e*.

Vale mencionar que a constitucionalidade da execução imediata da pena aplicada pelo Tribunal do Júri já está sendo julgada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, com repercussão geral reconhecida (Tema 1068).

Até o fechamento desta obra, já haviam votado os Ministros Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso (relator) e Gilmar Mendes.

Os Ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso se posicionaram favoravelmente à constitucionalidade da execução imediata, fixando a seguinte

---

17. Op. cit. p. 1540.

tese: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, julgou pela não possibilidade de execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri, assentando a seguinte tese:

A Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (art. 8.2.h), vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados.

Ao final, o Ministro declarou a inconstitucionalidade da nova redação determinada pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 492, I, e, do Código de Processo Penal.

O ministro Ricardo Lewandowski pediu vistas.

Resta aguardar um posicionamento de todos os membros da Corte. Enquanto isso não ocorre, o dispositivo permanece vigente.

Vale, também, mencionar o disposto no parágrafo 3º do art. 492, que estabelece que o

[...] presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

Já o parágrafo 5º do artigo 492, CPP, prevê uma possibilidade excepcional de se atribuir efeito suspensivo à apelação interposta contra decisão condenatória do Júri. Fixa que:

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

- não tem propósito meramente protelatório; e
- levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Ou seja, quando recurso não tiver propósito protelatório e levantar questão substancial que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena, a apelação poderá ter efeito suspensivo atribuído pelo Tribunal de Justiça.

Ressalta-se duas coisas: i) os requisitos são cumulativos; e b) o Tribunal não será obrigado a atribuir o efeito suspensivo quando cumprido os requisitos. O Código usa o verbo poderá, ou seja, coloca todo o poder na mão do magistrado para decidir.

Por questão substancial, em que pese ser um conceito indeterminado e vago, deve-se entender que seja uma questão relevante, séria e que tenha possibilidades concretas de beneficiar o réu.

No tocante ao recurso não protelatório, dependerá da análise do caso concreto. É mais um conceito vago e indeterminado utilizado pelo legislador e que coloca nas mãos do magistrado muito poder. Mas, como exemplo, podemos citar: aquele recurso contra tese já pacificada em Tribunais Superiores; ou aquele em que a matéria recorrida não se enquadre em alguma das hipóteses do artigo 593, III do CPP.

Por fim, cumpre fazer breve análise sobre o direito intertemporal. O disposto no artigo 492, I, e, do Código de Processo Penal já será aplicado aos processos que estão em curso ou não poderá retroagir para atingir fatos delituosos cometidos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019?

A doutrina diverge.

Há quem sustente que a execução imediata da condenação imposta no Tribunal do Júri deve ter aplicação imediata. Este foi o entendimento adotado pelo STF no julgamento do HC nº 126.292. Os ministros entenderam que é norma genuinamente processual e, por isso, teria aplicação imediata, nos termos do artigo 2º, CPP.

Por outro lado, alguns juristas, como é o caso de Renato Brasileiro de Lima,<sup>18</sup> entendem que é norma processual material, visto que reflete na liberdade do agente. Diante disso, só poderia ser aplicado aos fatos posteriores à vigência da Lei Anticrime, sob pena da violação ao princípio da irretroatividade de lei penal mais grave.

## Conclusão.

Isto posto, conforme visto ao longo do texto, a Lei nº 13.964/2019, trouxe diversas alterações no Código de Processo Penal. Uma delas foi no Procedimento do Tribunal do Júri, conferindo nova redação ao artigo 492, inciso I, alínea e, para prever a possibilidade de execução provisória da sentença condenatória caso a pena imposta seja igual ou superior a 15 anos de reclusão.

Tal disposição legal é de constitucionalidade duvidosa. A matéria está sendo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, com repercussão geral reconhecida (Tema 1068). Três ministros já votaram. Os ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli votaram favoravelmente à constitucionalidade da execução provisória da pena imposta a sentença condenatória proferida no Tribunal do Júri. O Ministro Gilmar Mendes por sua vez, votou pela inconstitucionalidade do dispositivo.

Fato é que, enquanto o disposto no artigo não for declarado inconstitucional, ele permanece vigente no ordenamento jurídico e, se o STF seguir o entendimento até então adotado, tal disposição legal terá aplicação imediata e atingirá os processos em curso.

---

18. Op. cit. 1.544.

## Referências

- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 5941, de 22 de novembro de 1973**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l5941.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20Os%20artigos%20408,os%20motivos%20do%20seu%20convencimento](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l5941.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20Os%20artigos%20408,os%20motivos%20do%20seu%20convencimento). Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm). Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Habeas Corpus nº 118.770/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 07 mar. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Habeas Corpus nº 140.449/RJ**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 06 nov. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 07 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.262**. Relator: Ministro Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078**. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 05 fev. 2009.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: Lei nº 13.964/2019**. Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 1. ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2019.
- DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Vol. único. 8. ed. Bahia. Salvador/BA: Juspodivm, 2020.

# 7

## Sistema de justiça brasileiro. Visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Martim de Almeida Sampaio<sup>1</sup>

---

1. Bacharel em Direito. Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Foi Conselheiro Seccional e Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB-SP.

## Introdução

Os Direitos Humanos possuem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948. Naquele mesmo ano, foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA).<sup>2</sup> O Brasil foi um dos países signatários do tratado e aderiu voluntariamente à Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, que possui dois órgãos: a Comissão Interamericana CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão, entre outras funções, protege os direitos humanos e funciona como uma espécie de juízo de admissibilidade. A Corte IDH é um Tribunal Internacional com alçada<sup>3</sup> para julgar os Estados que se submeteram à sua competência contenciosa, proferindo decisões sobre a responsabilidade internacional dos Estados-membros em violação aos direitos humanos, além de opiniões consultivas e resoluções vinculantes.

Devido à aderência do Brasil ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o país submeteu ao organismo a competência em apreciar matérias relativas à violação de direitos humanos. Tal fato encontra-se

- 
2. A Organização dos Estados Americanos é o mais antigo organismo regional do mundo. Sua origem remonta à Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, D.C., de outubro de 1889 a abril de 1890. Esta reunião resultou na criação da União Internacional das Repúblicas Americanas e foi quando se começou a tecer uma rede de disposições e instituições, dando início ao que ficaria conhecido como “Sistema Interamericano”, o mais antigo sistema institucional internacional. A OEA foi fundada em 1948, com a assinatura, em Bogotá, Colômbia, da Carta da OEA, que entrou em vigor em dezembro de 1951. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Quem somos. 2022. Disponível em: [https://www.oas.org/pt/sobre/quem\\_somos.asp](https://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp). Acesso em: 06 jul. 2022.
  3. Reconhecimento da competência da Corte. O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração (10 de dezembro de 1998). In: BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Palácio do Planalto, 2002.



explicitado no voto fundamentado do Juiz Roberto Caldas<sup>4</sup> no caso Gomez Lund.

[...] continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.

Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar.

Neste contexto, o presente artigo visa examinar o olhar do organismo interamericano sobre as condições<sup>5</sup> do Sistema Prisional Brasileiro, onde milhares de indivíduos nacionais e estrangeiros encontram-se recolhidos. O propósito do presente texto é identificar a percepção da Organização dos Estados Americanos – OEA, através de seus organismos de Direitos Humanos, sobre o Sistema de Justiça no Brasil, a partir de um recorte dos grupos vulneráveis, tais como os afrodescendentes e mulheres.

---

4. SAYÁN, G. D. et al. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto fundamentado do juiz ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte Interamericana de Derechos Humanos no caso Gomez Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, de 24 de novembro de 2010. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 22 jun. 2022.

5. Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sobre su misión al Brasil. Asamblea General, 2016. Disponível em: <http://acnudh.org/informe-del-relator-especial-sobre-la-tortura-y-otros-tratos-o-penas-crueles-inhumanos-o-degradantes-mision-a-brasil>. Acesso em: 22 jun. 2022.

## O sistema prisional em números: caos

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução CNJ nº 364 de 12 de janeiro de 2021, instituiu a Unidade de Monitoramento e Fiscalização – UMF das decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A resolução, entre outras providências<sup>6</sup> (art. 2º), trata da criação e manutenção de um banco de dados com as deliberações da Corte. Com base nesta resolução, a presidência do organismo interamericano solicitou ao CNJ a elaboração de um relatório preparatório de uma audiência pública realizada em 02 de junho de 2021, que versou sobre as condições das pessoas privadas de liberdade.

Os números trazidos pelo relatório são alarmantes. No levantamento realizado pela plataforma SISDEPEN,<sup>7</sup> sobre o primeiro semestre de 2020, o Brasil possuía uma população prisional de 753.966 pessoas privadas de liberdade, das quais 344.773 estavam em regime fechado, 101.805 em regime semiaberto, 42.325 em regime aberto, 209.257 presos provisórios, 2.909 em medida de segurança ou tratamento ambulatorial, além de um contingente não especificado de pessoas que se encontram monitoradas por tornozeleiras eletrônicas. Este contingente populacional forma a terceira maior população carcerária do mundo, conforme o site eletrônico World Prison Brief<sup>8</sup> (Estados Unidos vem em primeiro, com 2.068.800; China em segundo, com 1.690.00 e Brasil em terceiro, com 811.707).<sup>9</sup>

- 
6. Art. 2º. A Unidade de Fiscalização e Monitoramento terá as seguintes atribuições, dentre outras: I – Criar e manter banco de dados com as deliberações e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro, com informações relativas ao cumprimento ou a eventuais pendências na implementação integral das determinações proferidas [...].
  7. SISTEMA DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – SISDEPEN. *Presos em Unidades Prisionais no Brasil, de janeiro a junho de 2020*. 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1iwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 22 jun. 2020.
  8. WORLD PRISON BRIEF DATA – WPB. *Institute for Crime & Justice Policy Research*. London: Birkbeck University of London, 2022. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data> Acesso em: 22 jun. 2022.
  9. WORLD PRISON BRIEF DATA – WPB. *Highest to lowest: prison population total*. London: Birkbeck University of London, 2022. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/>

Por detrás destes números, em si alarmantes, a população carcerária é composta de 94,16% de homens e 5,83% de mulheres. Entre os anos de 2000 a 2019, a população carcerária cresceu 224,5%. Nesta composição, a representatividade dos negros e pardos, conforme a terminologia adotada pelo IBGE, é de 65,9% dos detidos no país. Outro número relevante dessa pesquisa é o de reclusas. Aparentemente insignificante, o contingente de mulheres, no entanto, aumentou quase 675% desde o ano 2000.<sup>10</sup>

A análise detida dos números acima apresentados revela dados importantes. O mais importante deles é a opção do legislador pela política de encarceramento em massa, ou seja, o combate à delinquência no país se traduz na via da persecução penal que, em tese, deveria ser a *ultima ratio*. O incremento de pessoas levadas a cumprimento de pena, formando a terceira maior população penal do mundo, deve-se à continuidade da chamada “guerra às drogas” e aos crimes contra o patrimônio. Segundo o DEPEM,<sup>11</sup> a maior parte das pessoas que estavam presas até junho de 2019 cometeu crimes relacionados ao tráfico de drogas, e uma parcela expressiva relacionadas aos crimes de roubos e furtos.

A explicação do aumento de pessoas aprisionadas por tráfico de drogas deve-se ao endurecimento do tipo penal. Quanto ao segundo tipo, justifica-se pela ausência de políticas públicas de inclusão social. A baixa qualidade do ensino e a falta de oportunidades se traduzem num cotidiano de aumento da criminalidade. A raiz destes crimes, e de outros, se assenta no processo crescente de concentração de renda, trazido pela chamada globalização da economia. Em um estudo de Thomas Piketty,<sup>12</sup> cobrindo duzentos anos de capitalismo, indica-se que, no caso do Brasil, 30% da

---

highest-to-lowest/prison-population-total?field\_region\_taxonomy\_tid=All. Acesso em: 22 jun. 2022.

10. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres*. Brasília: DEPEN, 2014.

11. MARTINS, H. Lei de drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil. *Agência Brasil*, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>. Acesso em: 07 jul. 2022.

12. PIKETTY, T. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

renda nacional está concentrada com 1% da população brasileira, o que significa ser a maior concentração de renda no mundo. Isso produz uma desigualdade social com reduzidas chances de ser superada pelos mais pobres, construindo um imenso abismo social.

Além da questão econômica, que construiu a divisão social, há o chamado racismo estrutural, que impede o acesso dos cidadãos pretos e pardos<sup>13</sup> a melhores empregos e educação. Esta população sofre discriminação econômica e social, como também racial, sendo impedida, na prática, de participar da vida econômica e cultural do país, e sofre violência policial, o que se passou a chamar de genocídio da juventude negra. Os assentos escolares, desde a educação fundamental até a universidade, são garantidos aos filhos da elite, vedando-se o acesso aos descendentes da escravidão.

O crescimento da população carcerária feminina é creditado ao aumento da participação deste grupo no tráfico e no consumo de drogas. As mulheres, no mundo do crime, em geral, ocupam funções subalternas, como, por exemplo, cuidar do pequeno tráfico e de grupos de apoio. Em geral, envolvem-se em razão de relacionamentos sentimentais ou mesmo da prisão do chefe da família. Como este se encontra preso e sem possibilidade de renda, a mulher assume um posto no tráfico, correndo o risco de ser presa. Dessa forma, é preocupante o crescimento desse grupo no sistema carcerário o que, em vinte anos, triplicou as condenações. Ora, de 2003 até 2016, a população feminina nos presídios passou de 9.683 para 42.087,<sup>14</sup> das quais 62% são afrodescendentes, repetindo a amostragem do mundo masculino.

---

13. De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2019, 42,7% dos brasileiros se declararam como brancos, 46,8% como pardos, 9,4% como pretos e 1,1% como amarelos ou indígenas. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Conheça o Brasil: população. Cor ou raça. PNAD, 2019. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html#:~:text=De%20acordo%20com%20dados%20da,1%25%20como%20amarelos%20ou%20ind%C3%ADgenas>. Acesso em: 07 jul. 2022.

14. SANTOS, T. et al. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sis-depen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sis-depen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf). Acesso em: 22 jun. 2022.

Em relação às mulheres trans que cumprem pena em cárceres de homens, houve a decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup> de transferi-las para cárceres de mulheres, uma vez que esta população é um grupo sujeito à dupla vulnerabilidade. Ainda que não totalmente efetivado, é um importante avanço, no sentido de respeitar a dignidade da pessoa encarcerada, comumente relegada nos cárceres nacionais. Estes grupos sofrem discriminação no interior dos presídios masculinos, sendo submetidos à violência das facções que, por machismo e autoridade, exercem pressão nestes condenados.

Em 2017, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH emitiu um relatório anual sobre pobreza e direitos humanos<sup>16</sup>, dando um alerta sobre a afetação dos grupos historicamente discriminados, “[...] tais como as mulheres, crianças, meninas e adolescentes, povos indígenas, populações afrodescendentes, migrantes, pessoas privadas de liberdade, pessoas com deficiência, população LGBTI e pessoas idosas”, conclamando os estados-membros a “[...] desenvolver políticas sociais para responder e remediar sua situação de pobreza, assim como enfrentar ativamente as diversas formas de discriminação que sofreram historicamente”.<sup>17</sup>

Trata-se de uma medida que certamente evitará a prisão como recurso tendente a diminuir a criminalidade e o encarceramento massivo.

---

15. DORNELLES, A. A. T. *O Supremo Tribunal Federal e os transgêneros em presídios femininos: análise crítica da ADPF*. Boletim Científico ESPMU, 2020. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-55-janeiro-dezembro-2020/o-supremo-tribunal-federal-e-os-transgeneros-em-presidios-femininos-analise-critica-da-adpf-527>. Acesso em: 22 jun. 2022.

16. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS – CDH. *Informe sobre pobreza y derechos humanos en Las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

17. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *CIDH apresenta relatório sobre pobreza e direitos humanos na América*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/202.asp>. Acesso em: 22 jun. 2022.

## Afrodescendentes

No longínquo agosto de 1444, na Vila de Lagos, um pequeno vilarejo em Portugal, aconteceu o primeiro leilão de 235 homens, mulheres e crianças, cativos africanos, na presença do Infante D. Henrique que, para si, reservou 46 escravos. O registro desse extraordinário evento foi descrito pelo cronista real Gomes Eanes de Azurara, em *Crónica dos feitos da Guiné*.<sup>18</sup>

Qual seria o coração, por duro que ser pudesse, ti que não fosse pungido de piedoso sentimento, vendo assim aquela companha? Que uns tinham as caras baixas e os rostros lavados com lágrimas, olhando uns contra os outros; outros estavam gemendo mui dolorosamente, esguardando a altura dos ceus, firmando os olhos em eles, bradando altamente, como se pedissem acorro ao Padre da natureza; outros feriam seu rosto com suas palmas, lançando-se tendidos no meio do chão; outros faziam suas lamentações em maneira de canto, segundo o costume de sua terra, nas quaes, posto que as palavras da linguagem dos nossos não pudesse ser entendida, bem correspondia ao grau de sua tristeza.

Este relato histórico registra o primeiro leilão de cativos africanos em solo europeu, que inaugurou um vultuoso negócio pelos séculos vindouros: o comércio transatlântico de seres humanos. A nova ordem capitalista exigia a presença de braços escravos no *plantation*, e encontrou nas populações que habitavam o continente africano o alvo certo para esse empreendimento.

É importante observar que a existência de escravos percorre um longo período da história, talvez tão antigo quanto a própria civilização humana. Há registro desta prática em remotas eras, e na própria África, como nos povos primitivos da Babilônia, na Grécia antiga, no Império Romano, no Egito antigo, e também entre os Vikings nórdicos, os povos Bárbaros, até os campos de concentração nazistas, os gulags soviéticos etc.,

---

18. GOMES, L. *Escravidão*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

para ficarmos nos exemplos mais evidentes. Contudo, o que diferencia o regime capitalista escravocrata dos demais é a sua inserção dentro da dinâmica mercantil; a transferência sistemática de milhões de pessoas do continente africano para as regiões das américas e caribe,<sup>19</sup> envolvendo dois oceanos (Atlântico e Índico); a longa duração do empreendimento; o envolvimento da igreja e de estados europeus no comércio transatlântico; e a construção de um legado jurídico e ideológico,<sup>20</sup> a justificar a escravidão de seres humanos que ergueram as riquezas do novo e velho mundo, e sofreram um processo secular de discriminação e exclusão social.

Além disso, tem-se documentado que mais de doze milhões de seres humanos foram traficados da África para as Américas, constituindo a maior realocação de um contingente populacional na história humana. As péssimas condições de vida e trabalho que encontraram no novo mundo e a privação de qualquer direito básico produziram uma desigualdade social que, após mais de um século da extinção do regime bárbaro, ainda deixa ver suas sequelas sociais, políticas e econômicas.<sup>21</sup>

A escravidão não foi um período de convivência harmônica, como quer fazer crer a historiografia oficial de algumas regiões das Américas e como no caso do Brasil. O hino da proclamação da República, quando afirma “Nós nem cremos que escravos outrora, Tenha havido em tão nobre País”, implica que as elites brancas e agrárias buscaram apagar trezentos e cinquenta anos de escravidão, maus tratos e abusos ocorridos no Brasil colônia. Houve rebeliões, como a Revolta do Malês, ocorrida na Bahia, e muitas outras em províncias do Brasil Colônia e Império. Fugas, assassinatos, formação de quilombos, luta no parlamento e no Poder Judiciário, como o caso de Luiz Gama. Enfim, foram séculos de resistência e luta contra o opressor.

---

19. GATES, L. H. Explore the origins and forced relocations of Enslaved Africans. Across the Atlantic World. *Slave Voyages*, 2021. Disponível em: <https://www.slavevoyages.org>. Acesso em: 22 jun. 2021.

20. SCHWARCZ, L. M.; GOMES, F. *Dicionário da Escravidão e Liberdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018.

21. GATES, L. H. Explore the origins and forced relocations of Enslaved Africans. Across the Atlantic World. *Slave Voyages*, 2021. Disponível em: <https://www.slavevoyages.org>. Acesso em: 22 jun. 2021.

A herança deste período colonial é presente nas sociedades que mantiveram o regime escravocrata. Na América do Norte, a questão da emancipação dos cativos se traduziu numa disputa intercapitalista entre o sul agrário e o norte industrializado do país além, evidentemente, da resistência dos escravos. Após a libertação dos escravos na América, houve a implantação, no sul de Jim Crow,<sup>22</sup> do regime de segregação racial, resultando na violência racial nos estados sulistas, na atuação da Ku Klux Klan, na luta pelos direitos civis e em muitas outras questões ligadas à questão racial. Até os dias atuais, a comunidade afrodescendente norte-americana sofre um duro processo de racismo estrutural, que é percebido nos guetos negros, nas estatísticas de desemprego, saúde, escolaridade e, principalmente, nos cárceres, onde os prisioneiros são majoritariamente compostos de negros e mestiços, embora representem somente 10% da população americana, estimativamente.

No Brasil, superado o regime da escravidão, os antigos cativos foram submetidos a um processo crescente de exclusão social, através da implantação de medidas legais que impediram a participação na vida social brasileira. De início, muitos deles sequer sabiam se expressar no português, não tinham meios para subsistir fora do circuito escravagista e não possuíam terras ou rendas. Nas cidades, a solução foi subir aos morros, dando início ao processo de favelização das periferias. Um conjunto de leis, como a da vadiagem, restringia a circulação do elemento negro e mestiço nos centros urbanos, construindo a denominada geografia da exclusão. A proibição de realizar cultos de matriz africana também não tardou a ocorrer, através de uma legislação restritiva. A ausência de uma educação formal impediu que aquelas famílias oriundas da escravidão experimentassem a ascensão social, e a inexistência ou a precariedade de uma previdência social relegou esse agrupamento à própria sorte. O desemprego, ou a ocupação de postos de trabalho precários, prolongou as baixas condições de vida dos antigos escravos e seus descendentes, que passaram a viver num contexto de discriminação estrutural e racismo institucional. Na verdade, o estado brasileiro não executou políticas públicas de inclusão social.

---

22. PILGRIM, D. *What Was Jim Crow*. Ferris State University, 2012. Disponível em: <https://www.ferris.edu/HTMLS/news/jimcrow/what.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.



Disso resultaram índices alarmantes:<sup>23</sup> os descendentes dos antigos escravos representam 54% da população brasileira. Contudo, constituem 78% das pessoas mais pobres do país; a taxa de iletramento entre os negros é de 9,9%, o dobro da dos brancos; os negros têm oito vezes mais chances de serem vítimas de homicídio do que as pessoas brancas, além do evidente risco da filtragem racial nas abordagens policiais. São a maioria absoluta de moradores dos bairros pobres e periféricos, onde os serviços públicos são precários ou inexistentes. E, nas franjas das cidades, ficam expostos a facções, milícias, crime organizado, sofrendo a ação destas bandas criminosas, que controlam o comércio, distribuição de combustíveis, energia elétrica, segurança, taxas de proteção, entre outros abusos decorrentes da inexistência do estado organizado. De acordo com Schwarcz e Gomes,<sup>24</sup>

No Brasil foram criadas grandes e pequenas Áfricas ao longo do século XIX, e até mesmo nas primeiras décadas republicanas. Não havia apenas a Pequena África (denominação mais tardia introduzida por Heitor dos Prazeres) em torno de Gamboa, Santo Cristo e Saúde com inúmeros africanos (parte dos quais migrantes vindos da Bahia). Toda a periferia de Campo Grande, Madureira e São Cristóvão, os sertões cariocas, era denominada por negros escravizados, mestiços livres e libertos. Enfim, não existia nenhuma cidade no Brasil somente constituída por colonos europeus e brancos. Havia sempre uma considerável incidência de população negra de muitas origens – basicamente africanos –, que vincaram o espaço urbano com suas identidades, linguajar, roupas e costumes. Escravos eram mensageiros, carregadores, cozinheiros, quituteiros, barbeiros, ferreiros, catadores de piolho, curandeiros, e executavam todo tipo de trabalho que se possa imaginar.

---

23. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. *Estudos e Pesquisas*, Brasília, n. 41, 2019.

24. SCHWARCZ, L. M.; GOMES, F. *Dicionário da Escravidão e Liberdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018. p. 27.

O quilombo mais conhecido do país foi o de Palmares, que resistiu por trezentos anos, sendo destruído por incursões, a partir de 1694, por Domingos Jorge Velho. O líder, Zumbi, foi encurralado e morto em uma emboscada, a 20 de novembro de 1695. Sua cabeça foi cortada e exposta em praça pública no Pátio do Carmo, Recife. Estima-se que, por volta do ano de 1710, o quilombo se desfez por completo. As comunidades negras remanescentes de quilombos foram reconhecidas no Brasil somente pela Constituinte de 1988, ou seja, cem anos após o 13 de maio. Hoje, são mais de cinco mil comunidades quilombolas<sup>25</sup> espalhadas pelo país, que ainda lutam pela titulação de suas propriedades, sejam rurais ou urbanas.

Embora cada país ou região das Américas tenha seguido um caminho próprio, o que há de comum entre todas elas é a existência de forte racismo estrutural, que impede ou retarda o progresso social e econômico desta população. As elites dos países operam a solução do racismo estrutural, através da construção de um arcabouço jurídico de encarceramento em massa, punindo os corpos negros rebeldes. Até os dias atuais, prossegue com o padrão discriminatório, impedindo o acesso ao mercado de trabalho formal, em condições de igualdade com a população branca. Embora o contingente numérico dessas pessoas autodeclaradas negras ou pardas supere o daquelas tidas por brancas, a representatividade na vida política do país não observa o mesmo padrão. E, no campo da educação, repete-se o padrão de exclusão social.

A discriminação racial produz uma violência no interior da sociedade, utilizando esquemas de subjugação étnico-racial arraigados na cultura do país. De acordo com o *Atlas da Violência*,<sup>26</sup> de 2019, o resultado foi de uma taxa de homicídios (vítimas entre 2006 a 2016) correspondente a 73,1% das mortes observadas no período:

---

25. Os assentamentos de antigos escravos chamam-se *Cumbes* na Venezuela e *Palenques* na Colômbia. Na Jamaica, partes do Caribe e sul dos Estados Unidos, *Maroons*. Nas Guianas, são conhecidas como *Bush Negroes*. In: GOMES, L. *Escravidão*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021.

26. CERQUEIRA, D. et al. *Atlas da Violência*. IPEA, 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 22 jun. 2019.

Em 2017, 75,5% das vítimas de homicídios foram indivíduos negros (definidos aqui como a soma de indivíduos pretos ou pardos, segundo a classificação do IBGE, utilizada também pelo SIM), sendo que a taxa de homicídios por 100 mil negros foi de 43,1, ao passo que a taxa de não negros (brancos, amarelos e indígenas) foi de 16,0. Ou seja, proporcionalmente às respectivas populações, para cada indivíduo não negro que sofreu homicídio em 2017, aproximadamente 2,7 negros foram mortos.

Em 2011, a CIDH manifestou preocupação, em seu relatório, sobre as pessoas afrodescendentes nas Américas, afirmando que essa população sofre uma situação de discriminação estrutural e que esta circunstância impacta, desproporcionalmente, os seus direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, exacerbando sua situação de vulnerabilidade.<sup>27</sup>

Ainda de acordo com o sítio eletrônico da OEA<sup>28</sup>:

O racismo e a intolerância são dois dos problemas mais antigos e profundamente enraizados que as nações do Hemisfério Ocidental enfrentam hoje. [...] o Conselho Permanente da OEA criou um Grupo de Trabalho para elaborar uma Convenção Interamericana contra o Racismo e toda forma de discriminação e intolerância.<sup>29</sup>

---

27. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Direitos Econômicos, sociais, culturais e ambientais das pessoas afrodescendentes: Parâmetros Interamericanos para a prevenção, combate e erradicação da discriminação racial estrutural*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/DESCA-Afro-pt.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

28. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Racismo e Intolerância*. S.d. Disponível em: [https://www.oas.org/pt/topicos/racismo\\_intolerancia.asp](https://www.oas.org/pt/topicos/racismo_intolerancia.asp). Acesso em: 22 jun. 2022.

29. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Working Group to Prepare Draft Legally Binding Inter-American Instruments against Racism and Racial Discrimination and against All Forms of Discrimination and Intolerance*. Committee on Juridical and Political Affairs, 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/consejo/CAJP/RACISM.asp>. Acesso em: 22 jun. 2022.

A questão racial no Brasil, uma instituição secular e não devidamente equacionada, carece do implemento de políticas afirmativas no sentido da erradicação da miséria e da promoção social dos indivíduos. Ela se agrava no ambiente do Sistema de Justiça Brasileiro, que sintetiza e amplifica as dinâmicas de preconceito e exclusão social.

## Mulheres

Além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que deu origem a outras convenções e tratados em matéria de direitos humanos, o Brasil firmou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ratificou outros tratados sobre a dignidade da mulher, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher,<sup>30</sup> expedida na cidade de Belém do Pará, em 9 de junho de 1994; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 1979,<sup>31</sup> e outras convenções e tratados em matéria de direitos humanos. Além disso, submeteu-se à jurisdição da Corte no conhecido caso da Senhora Maria da Penha,<sup>32</sup> vítima de reiterada violência doméstica.

Um caso ilustrativo da situação de vulnerabilidade das mulheres perante o sistema, divulgado em fevereiro de 2018, é o de uma mãe pobre, acusada de tráfico de entorpecentes, recolhida aos cárceres públicos no estado de São Paulo. Após ser detida, a jovem entrou em trabalho de parto na cela. Foi levada ao hospital, algemada na cama e deu à luz uma criança

---

30. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*. OEA, 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

31. PIMENTEL, S. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres, 1979. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 22 jun. 2022.

32. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. *Relatório Anual: Maria da Penha Maia Fernandes*. OEA, 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 22 jun. 2021.

do sexo masculino. Inconformados com a situação, um grupo de advogados ligados à seccional paulista da OAB<sup>33</sup> ingressou com pedido de Habeas Corpus, logrando obter a prisão domiciliar da parturiente. Entre outros argumentos apreciados, o Tribunal de Justiça examinou a aplicabilidade da Regras de Bangkok,<sup>34</sup> no caso específico,

#### Regra 57

As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

#### Regra 58

Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras [...]

Para concluir a decisão do Habeas Corpus,

Famigerados, notórios e precários são os cárceres brasileiros, neles inclusos o sistema prisional paulista, locais nocivos ao não só a sanidade mental como também ao sistema imunológico de um adulto, o que dizer para um recém-nascido que está se adaptando

---

33. OAB São Paulo. *OAB SP impetra HC para que mulher que deu à luz na carceragem responda processo em prisão domiciliar*. 2018. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/noticias/2018/02/oab-sp-impetra-hc-para-que-mulher-que-deu-a-luz-na-carceragem-resposta-processo-em-prisao-domiciliar.12204>. Acesso em: 22 jun. 2022.

34. CNJ. *Regras de Bangkok*. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos, 2016. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1356677/regras-bangkok.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

na vida extra uterina, por mais que atualmente – após a repercussão do caso – tenha sido conduzido a um hospital prisional.

Poucos dias depois, a Defensoria Pública da União teve julgado outro Habeas Corpus coletivo, nº 143.641,<sup>35</sup> que reiterava o que já era previsto no artigo 318 do Código de Processo Penal e não era cumprido. O STF antedeu a um pedido de Habeas Corpus, possibilitando a todas as mulheres grávidas ou mães de crianças até doze anos, presas preventivamente, a prisão domiciliar. Neste voto, o Ministro do STF articula:

Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática, seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.

Outro caso ilustrativo da situação das mulheres e meninas perante o Sistema de Justiça Brasileiro diz respeito à decisão de uma juíza, no estado de Santa Catarina.<sup>36</sup> De acordo com matéria jornalística, a juíza teria

---

35. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 143.641*. 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc143641final3pdfvoto.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

36. DIAS, T. et al. Vídeo: Em audiência, Juíza de Santa Catarina induz menina de 11 anos grávida após estupro a desistir de aborto legal. *The Intercept Brasil*, 2021. Disponível em: <https://theintercept.com/2022/06/20/video-juiza-sc-menina-11-anos-estupro-aborto>. Acesso em: 22 jun. 2022.

induzido, em audiência, uma menina afrodescendente de 11 anos, vítima de estupro, a não realizar o direito ao aborto legal. Embora sua mãe e ela própria tenham manifestado o desejo de realizar o referido procedimento cirúrgico, isso manifestado de viva voz e gravado, a mãe, ao buscar autorização da Justiça, recebeu a negativa para o aborto legal. A menina foi afastada da família e colocada em um abrigo, sendo impedida a realização do procedimento médico. Após o caso vir à tona, a Corregedoria-Geral do órgão instaurou uma investigação da conduta da magistrada. O aborto legal é autorizado no Brasil em três situações: quando a gestação é decorrente de estupro; quando oferece risco de vida à gestante; e em caso de anencefalia do feto, essa última adicionada pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Isto ocorreu dois anos após representantes do governo federal terem sido enviados ao Espírito Santo para tentar impedir uma menina de dez anos, que ficou grávida após ser constantemente estuprada pelo próprio tio desde os seis, decidir por recorrer ao direito ao aborto, previsto em lei.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Artavia Murillo e outros versus Costa Rica*,<sup>37</sup> apreciou a questão da reprodução humana à luz do disposto no artigo 11 da Convenção Americana, que requer a proteção estatal dos indivíduos frente às ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar. Nesse sentido, a Corte “afirmou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública”. Além disso, interpretou o artigo 7 da Convenção Americana, “que inclui um conceito de liberdade em um sentido extenso como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que esteja licitamente permitido”. Ou seja, a liberdade definida é um direito humano, atributo da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana. Além disso, a Corte ressaltou “o conceito de liberdade e a possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, em conformidade com suas próprias opções e convicções”.

---

37. SAYÁN, G. D. *et al. Caso Artavia Murillo e Outros (“fecundação in vitro”) vs Costa Rica*. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2012. p. 40-41. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf). Acesso em: 21. Jun. 2022.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020<sup>38</sup> aponta dados alarmantes em relação às mulheres: até 13 anos de idade, são 60,6% (cerca de 36,6 mil) das vítimas de estupros. Do total, 28,9% têm de 10 a 13 anos, 20,5% de 5 a 9 anos e 11,3% de 0 a 4 anos. Na maioria dos casos, 86,9%, a vítima é do gênero feminino. Além disso, contabilizou 24 abortos por razões médicas em meninas de até 14 anos, de janeiro a abril. Em 2021, foram 132. Como comparação, o número total do ano (incluindo mulheres a partir de 15 anos e adultas) é de 2.042. Em 2020, foram 88 procedimentos na faixa etária de 14 anos.

## Conclusão

Conforme exposto na introdução deste trabalho, procedeu-se ao exame do Sistema de Justiça brasileiro, em especial das condições de execução da pena pelos grupos mais vulneráveis da sociedade, fazendo um recorte sobre negros e mulheres, segundo a visão dos organismos de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

O Sistema Prisional é a reprodução, em microcosmo, da sociedade brasileira. As mazelas sociais estão ali representadas e visíveis. O preconceito racial contra os afrodescendentes – negros, pardos e mestiços – é patente. Este grupo, embora componha 54% da população brasileira, tem sua presença majoritária dentro das prisões. Os destinatários finais da norma penal, desde os primórdios do Brasil Colônia, foram e continuam sendo as pessoas pretas, pobres e periféricas.

Já o crescimento do cumprimento de prisão por mulheres quadruplicou nos últimos anos. Muitas delas são levadas ao crime por falta de opção econômica para sustentar suas famílias, em vista do cumprimento das penas normalmente se referir ao tráfico de drogas. As mulheres nunca tiveram representatividade no universo prisional, o que deriva do fato de que a maioria dos crimes, em geral, é cometida por homens.

---

38. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica>. Acesso em: 22 jun. 2022.



Finalmente, quando observamos o índice – revelador do caos no sistema prisional – de que a ampla maioria das pessoas é condenada por crime de tráfico de entorpecentes, quase atingindo a cifra de 1 milhão de homens e mulheres, compreendemos que a segurança pública se tornou um grande negócio dentro do estado brasileiro, fonte de lucro e poder para os grupos econômicos associados ao discurso da segurança pública. A narrativa das armas, de mais policiais nas ruas e de investimentos em presídios atende, de um lado, a setores midiáticos que vivem da propagação do sentimento de insegurança reinante no país, e, de outro, às franjas de políticos e seus associados que se reelegem e realizam negócios com o estado brasileiro. No meio deste caos, sucumbe a juventude preta, pobre e periférica, vítima da violência e do sistema punitivista.

## 8

# Sonegação fiscal como crime antecedente à lavagem de dinheiro

Marcus Vinicius Lopes Cassawara<sup>1</sup>

---

1. Advogado formado pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Coursou Direito Penal Empresarial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC).

## Introdução

O crime de lavagem de dinheiro tem origem principalmente na Itália e nos Estados Unidos, primeiros países a criminalizar tal conduta. A origem do crime tem por base as atividades iniciais praticadas nos Estados Unidos, nos anos 1920, onde a máfia norte americana investia seu capital ilícito em atividades lícitas, principalmente em lavanderias, por isso surgiu a expressão “money laundry”, pois faziam isso para dissimular a origem ilícita de seus recursos.

O Brasil criminalizou tal conduta, pela primeira vez com a Lei nº 9.613/98, em que apresentou um rol taxativo de crimes que poderiam ser considerados crimes antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro. Temos como fortes exemplos os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, terrorismo, contra o sistema financeiro nacional dentre outros crimes que eram elencados no rol do artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

Em 2012 o legislativo apresentou novo texto legal em relação a referida lei, qual seja, a Lei nº 12.683/12, em que apresentou novas recomendações internacionais a respeito do crime de lavagem de dinheiro no qual, resumidamente, excluiu o rol taxativo apresentado na antiga lei, e não somente isso como também apresentou uma ampliação do âmbito de abrangência típico e incluiu novas obrigações administrativas aplicadas a um número maior de pessoas e entidades.

O Crime de Lavagem de Dinheiro é um crime complexo, ou seja, depende de um crime acessório anterior que dê base à conduta secundária.

No começo da evolução legislativa a respeito deste crime, a lavagem de capitais geralmente tinha como crime antecedente o tráfico ilícito de drogas, justamente os crimes mais praticados pelos chefões da máfia nos Estados Unidos.

Com toda a evolução legislativa acerca do tema passou a integrar como crime antecedente ao de lavagem de capitais diversos outros crimes, e mais, com a última atualização apresentou-se um novo texto que exclui o rol taxativo da antiga lei.

No que diz respeito ao crime de sonegação fiscal, que antes da nova lei de lavagem de dinheiro, não poderia ser considerado de maneira alguma como crime antecedente, agora com a última atualização em 2012, em tese, poderá ser considerado de tal forma crime antecedente.

O crime de sonegação fiscal exige, além dos elementos típicos do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, quais sejam, suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as condutas descritas nos incisos mas, além disso, necessita de um elemento imprescindível à sua configuração, qual seja, o dolo. Este elemento é o principal para que se caracterize perfeitamente o tipo penal.

Com a nova Lei nº 12.683/12, que extinguiu o rol taxativo de crimes antecedentes colocando que, qualquer infração penal pode ser crime antecedente ao de lavagem de capitais, inclusive o crime de sonegação fiscal desde que configurado com a existência de dolo na conduta, em tese, poderia ser considerado crime antecedente.

No entanto, existe uma discussão a respeito do assunto, pois existem doutrinadores que entendem que não. O texto inovador da nova Lei de Lavagem de Capitais é digno de críticas e elogios, uma vez que com uma nova política criminal, tende a pesar o braço do Estado quando da aplicação da lei penal.

## Conceito e evolução histórica do crime de lavagem de dinheiro

Nas palavras de Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini:

Lavagem de dinheiro é o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitativa contravenucional, com o escopo de reinseri-los na economia formal com a aparência de licitude.<sup>2</sup>

---

2. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei nº 9.613/1998, com alterações da Lei nº 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.

As organizações criminosas usavam tal mecanismo através de um processo dinâmico para distanciar o dinheiro de sua origem ilícita<sup>3</sup> que, nesta época, era comum a obtenção de recursos deste tipo pelas organizações, principalmente com o crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

O principal objetivo do crime organizado é introduzir o dinheiro ilícito na economia formal, através de empresas de “fachada” para se misturar com o capital dessas empresas e para que depois possam fazer o uso deste dinheiro, em tese, lícito.

Segundo Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini,

O termo lavagem de dinheiro foi empregado inicialmente pelas autoridades norte-americanas para descrever o método utilizado pela máfia anos 1930 do século XX para justificar a origem de recursos ilícitos: a exploração de máquinas de lavar roupas automáticas.<sup>4</sup>

Foi daí que surgiu a expressão *money laundering*, ela era usada para se referir à exploração de máquinas automáticas para “lavagem” de roupas pela máfia, que entre 1920 e 1930, adquiriu vários recursos ilícitos e esses recursos precisavam ser mesclados com capital lícito, o que foi feito através das lavanderias.<sup>5</sup>

Desta forma, torna-se muito difícil ou até mesmo impossível descobrir a origem do dinheiro, o que dificulta a atuação da polícia e do Estado na investigação criminal da conduta.

O combate internacional ao crime de lavagem de dinheiro começou com a cooperação internacional na criação da Convenção contra o Tráfico

---

3. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 16 abr. 2016.

4. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÒ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei nº 9.613/1998, com alterações da Lei nº 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.

5. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentário, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98*. 2. ed. ver., atual, e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 41.

ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, em Viena, no ano de 1988.<sup>6</sup>

Essa Convenção determinou que os países signatários, como por exemplo, a Itália e o Brasil adotassem medidas ao combate do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas. Oportunidade em que a Itália criou legislação que incluiu o crime de tráfico ilícito de entorpecentes como crime antecedente de lavagem de dinheiro.

A convenção estabelece que os países signatários se comprometam a adotar medidas que incriminem

[...] a conversão ou a transferência de bens oriundos da atividade criminosa conexa como tráfico de substância estupefaciente ou psicotrópica, com finalidade de esconder ou encobrir a proveniência ilícita. O acordo também estabelece o confisco dos produtos do crime ou dos bens e propõe que o sigilo bancário não seja tão rigoroso.<sup>7</sup>

A legislação sobre lavagem de dinheiro possui três gerações, a primeira delas é adotada pela convenção de Viena, que adiciona como crime antecedente de lavagem de dinheiro o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas.

A segunda geração cria uma um rol taxativo de crimes antecedentes ao crime de lavagem de capitais segundo as 40 recomendações da GAFI, esta segunda geração faz isso para diretamente combater o crime de lavagem, mas indiretamente combater outros tipos de crimes graves.<sup>8</sup>

---

6. Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, em Viena, no ano de 1988, promulgada pelo Decreto nº 154, de 26/06/91.

7. GONÇALVES, Fernando Moreira. *Breve histórico da evolução do combate à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-12/segunda-leitura-evolucao-combate-lavagem-dinheiro-mundo>. Acesso em: 2 abr. 2016.

8. Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro. Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e informação Jurídicas. Brasília: CJE, 2002. p. 30.

Esta segunda geração, é representada pela Convenção de Palermo, indicando, além do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, diversos outros crimes como antecedentes de lavagem de capitais.

A convenção de Mérida, adotada pela ONU em 2003 e promulgada pelo Brasil em 31 de janeiro de 2006 (Decreto nº 5.687), tem por objetivo específico o combate à corrupção. Dedicou seu artigo 14 à lavagem de dinheiro, impondo ao Estado Parte a instituição de rígidos controles administrativos sobre a atuação de setores sensíveis (instituições financeiras e não financeiras) usadas para lavagem de dinheiro e estabelecendo medidas de fomento à cooperação internacional.<sup>9</sup>

Forma-se, a partir daí, a terceira geração, em relação ao crime de lavagem de dinheiro, não apresentando rol taxativo de crimes antecedentes, ou seja, qualquer infração penal pode ser objeto de lavagem de dinheiro. Países como Suíça, Argentina, México, Portugal, Espanha e Estados Unidos, adotam a terceira geração em suas legislações.<sup>10</sup>

O Brasil participando da Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes, ainda não tinha criado nenhuma lei que criminalizasse a conduta de lavagem de capitais, até o momento em que criou a Lei nº 9.613/98, adotando em tal lei a segunda geração, ou seja, criando um rol taxativo de alguns crimes, inclusive o tráfico de drogas, como crime antecedente de lavagem de dinheiro.

A reciclagem de capitais era feita somente por alguns grupos isoladamente, após um tempo que passou a ser difundido internacionalmente, quando várias organizações ao redor do mundo passaram a praticar esta infração gravíssima.

---

9. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÒ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei nº 9.613/1998, com alterações da Lei nº 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

10. SANTOS BRAGA, Juliana Toralles dos. *As gerações de leis de combate à lavagem de dinheiro, atual da legislação brasileira e o Projeto de Lei nº 3443/2008*. Disponível em: o panorama [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8427&revista\\_cademo=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8427&revista_cademo=3). Acesso em: 4 abr. 2016.

## Segundo Marco Antonio de Barros,

A lavagem de capitais é produto da inteligência humana. Ela não surgiu do acaso, mas foi e tem sido habitualmente arquitetada em toda parte do mundo. É milenar o costume utilizado por criminosos quanto ao emprego dos mais variados mecanismos para dar aparência lícita ao patrimônio constituído de bens e de capitais obtidos mediante ação delituosa. Trata-se de uma consequência caracterizadora do avanço da criminalidade em múltiplas áreas.<sup>11</sup>

Devido à formatação das organizações criminosas, e as suas estruturas, o crime de lavagem de dinheiro passou a ser alvo de grande preocupação internacional, o que gerou uma política de prevenção antilavagem no mundo inteiro. Através de vários tratados e convenções internacionais assinadas e ratificadas ate mesmo pelo Brasil.

Ainda, segundo Marco Antonio de Barros:

Costuma-se dizer que há três tipos de dinheiro fora do país: um é o dinheiro quente, que possui origem regular comprovada; outro é o dinheiro frio, não declarado ao governo, visto que sonogado geralmente em caixa 2 das empresas; e o terceiro é chamado de dinheiro sujo, cuja origem corresponde ao produto de ilícito penal.<sup>12</sup>

Diante disso, o crime de lavagem de dinheiro, é composto por um processo dinâmico e complexo, representado por três fases independentes e na maioria dos casos simultânea, denominada, colocação, ocultação e integração, fases estas que o dinheiro ilícito é literalmente colocado em alguma empresa para que ocorra a sua ocultação e “lavagem”, para finalmente ser integrado a economia formal, em tese, agora “limpo”.

---

11. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentário, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98*. 2. ed. ver., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

12. Idem. p. 45.



## Da sonegação fiscal como crime antecedente de lavagem de dinheiro

### Crimes antecedentes: expansão do rol

De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.613/98, com a nova redação, dada pela Lei nº 12.683/12: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.”

Podemos ressaltar que com esta redação o objetivo da lavagem de dinheiro é a ocultação ou dissimulação da origem ilícita do lucro obtido através destas infrações penais antecedentes.

Com a realização da Convenção de Viena, os países signatários, criaram as legislações de primeira geração, que previa como crime antecedente somente o tráfico ilícito de drogas.

Depois de um tempo, observou-se que o processo de lavagem de dinheiro estava sendo utilizado para ocultar e dissimular bens, diretos e valores provenientes de outros crimes graves.

A partir deste momento, observou-se a necessidade de ampliação do rol de crimes antecedentes, o que de fato realmente aconteceu, com a legislação de segunda geração, que incluiu um rol mais amplo de crimes antecedentes, como por exemplo, o terrorismo, o tráfico de armas e extorsão.

Segundo Marco Antonio de Barros: “A adoção da segunda geração foi o momento em que foi acolhido o princípio da acessoriedade limitada, restando certo que o crime de lavagem deriva, necessariamente de outro delito indicado neste catálogo.”<sup>13</sup>

---

13. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentário, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 52.

O Brasil, com esta nova lei (nº 12.683/12), passou a adotar a legislação de terceira geração, adotada por outros países, geração que exclui o rol taxativo de crimes, e aponta que os bens, direitos e valores de toda e qualquer infração penal podem ser objeto de lavagem de capitais.

## Do exaurimento da conduta

Na hipótese em o agente tenha participado da infração penal antecedente e também do próprio crime de lavagem de dinheiro, ocorre a consunção. Explica Juarez Cirino dos Santos que:

O entefato e pós-fato copunidos aplicados no campo penal estão, geralmente, em relação de consunção como o fato principal: são punidos em conjunto com o fato principal. Ainda, segundo e Juarez dos Santos, a punição dos dois crimes de forma individual significaria dupla punição pelo mesmo fato.<sup>14</sup>

Portanto, na ocorrência de dois crimes em que ocorra a consunção, ou seja, quando um dos crimes absorve os demais, reside aí o exaurimento da conduta.

Rodolfo Tigre Maia entende que “para o crime antecedente o aproveitamento do produto auferido constitui mero exaurimento impunível, que posteriormente integra-se ao *iter criminis* principal”.<sup>15</sup>

O exaurimento ocorre quando o agente alcança o objetivo que imaginou na conduta principal. No entendimento de Marina Becker: “Em alguns casos, o delito depois de consumado tem um desenvolvimento posterior,

---

14. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 236-237.

15. SOROSA, Rodrigo Silveira da. A Sonegação Fiscal como Infração Penal Antecedente ao Crime de Lavagem de Dinheiro. *Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal*, v. 15, n. 90, p. 25, fev/mar. 2015. In: MAIA, Rodolfo Tigre. *Algumas reflexões sobre o crime organizado e a lavagem de dinheiro Revista da Ajuris*. Edição Especial, Anais do Curso de Direito Penal, Porto Alegre, p. 190, 1999.

suscetível de provocar um novo dano, até que o agente atinja o objetivo que se havia proposto, quando então se considera o delito exaurido”.<sup>16</sup>

Segundo Fernando Capez o exaurimento significa:

Crime exaurido é aquele no qual o agente, após atingir o resultado consumativo, continua a agredir o bem jurídico, procura dar-lhe uma nova destinação ou tenta tirar novo proveito, fazendo com que sua conduta continue a produzir efeitos no mundo concreto, mesmo após a realização integral do tipo.<sup>17</sup>

Finalmente, quando o agente passa por todo *iter criminis*, praticando os atos da cogitação, preparação, execução e consumação, ele somente responderá pelos atos já praticados até a consumação do delito. Tudo que acontecer depois se torna exaurimento da conduta antecedente, portanto, o uso do proveito do resultado do crime não poderá ser punido, causando dupla punição pelo mesmo fato.

O proveito das vantagens do crime de lavagem de dinheiro, além da primeira fase, atingirá também a terceira fase do processo de reciclagem de dinheiro, com a inserção dos bens adquiridos de forma ilícita na economia formal, pois não faria sentido guardar o lucro adquirido sem poder usufruí-los de forma adequada.

Portanto, de acordo com Carla Veríssimo de Carli, conclui-se,

Que não há delito de lavagem quando o agente não oculta ou dissimula a origem ou a propriedade do bem ou valor, em uma forma clara de uso e proveito dos valores adquiridos (assim por exemplo, o depósito de dinheiro fruto de delito de corrupção na própria conta bancária do agente, ou, então, os gastos com restaurantes e viagens pagos com o dinheiro do tráfico de drogas). Desta forma, não haverá criminalização da

---

16. BECKER, Marina. *Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 67.

17. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p 240.

conduta do agente, uma vez que houve apenas proveito econômico do delito antecedente.<sup>18</sup>

## Da não criminalização da sonegação fiscal como infração penal antecedente à lavagem de dinheiro

Com a entrada em vigor da nova lei de lavagem de dinheiro (Lei nº 12.683/12), que modificou o art. 1º da Lei nº 9.613/98, excluindo o rol taxativo de crimes antecedente à lavagem de dinheiro, surgiu uma discussão em relação à possibilidade da inclusão do crime de sonegação fiscal como antecedente.

Rodrigo Silveira da Rosa entende que:

Na sonegação fiscal não haveria origem ilícita do bem ou dinheiro “sujo”, pois, em tese, o valor sonegado apenas permaneceria com seu dono, não havendo diferenciação do suposto sonegado com o restante do patrimônio. Por isso não haveria consumação do delito de lavagem, frente à ausência de proveitos ilícitos com aparência lícita.<sup>19</sup>

A própria lei de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), aponta no art. 34 da exposição de motivos, que os crimes que não agregam patrimônio ao agente, que são oriundos de recursos próprios e que não possuem origem ilícita, não podem ser considerados crimes antecedentes à lavagem de dinheiro.

A Lei nº 9.613/98 exige, para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, que a origem dos recursos seja ilícita, o que não ocorre com a

---

18. ROSA, Rodrigo Silveira da. A Sonegação Fiscal como Infração Penal Antecedente ao Crime de Lavagem de Dinheiro: Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal, v.15, n. 90, p.25, fev/mar. 2015. In: DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 195.

19. ROSA, Rodrigo Silveira da. A Sonegação Fiscal como Infração Penal Antecedente ao Crime de Lavagem de Dinheiro. *Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal*, v. 15, n. 90, p. 26, fev/mar. 2015.

sonegação fiscal, ou seja, este crime não produz recursos, pois impossível a segregação do dinheiro sonegado com os valores propriamente auferidos de forma lícita.

Segundo Celso Sanchez Vilardi a mera utilização de dinheiro proveniente de infração penal não constitui crime. Este dinheiro deve passar por um processo para ele se torne lícito e seja reintroduzido na economia formal, ocasião em que haverá crime de lavagem de dinheiro:

Não há como punir a mera utilização do dinheiro que provém de infração penal. De início, porque não se pune a utilização de bem, direito ou valor “sujo”, mas apenas daquele que possui aparência de licitude, ou seja, que passou por um processo dissimulatório, sem o qual não poderia ser inserido na economia; não poderia ser considerado “lavado”.<sup>20</sup>

Daniela Villani Bonaccorsi explica que o exaurimento não configura novo fato punível, e sim, apenas exaure um crime já consumado, mesmo que atinja um novo bem jurídico tutelado pela norma penal.

Pode-se dizer que o exaurimento não configura um novo crime, funciona como *post factum* não punível, que apenas exaure um delito já consumado ainda que encontre tipificação autônoma na legislação penal, que atinja novo bem jurídico ou que gere vantagem ao agente. Situação diversa levaria à dupla punição a um mesmo fato delituoso. Conclui-se que o agente atingiu a sua finalidade na conduta criminosa, sendo uma espécie final e esgotamento do iter criminis.<sup>21</sup>

Em análise, a sonegação fiscal não pode ser crime antecedente à lavagem de dinheiro, pois como aponta os argumentos expostos, o uso do

---

20. VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: n. 237, p. 17-18, ago. 2012.

21. ROSA, Rodrigo Silveira da. *Sonegação fiscal não consiste em infração antecedente da lavagem*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/sonegacao-fiscal-nao-consiste-infracao-antecedente-lavagem>. Acesso em: 14 abr. 2016.

dinheiro ilícito não constitui novo crime nem mesmo o crime de lavagem de dinheiro, exceto se ocorrer um processo claro de lavagem do capital.

Com a extinção do rol taxativo de crimes antecedente da lei de lavagem de dinheiro, pela Lei nº 12.683/2012, passou-se a considerar que se o agente praticasse a sonegação fiscal e, posteriormente, a utilização destes recursos, estaríamos diante de dois crimes. Nesse caso estaríamos diante de dupla punição pelo mesmo fato, ou seja, *bis in idem*.

Nesse sentido é o entendimento de Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo: “para quem a inserção da infração penal tributária no rol de delitos antecedentes poderia acarretar em eventual *bis in idem* quando a lavagem fosse perpetrada na modalidade de ocultação”.<sup>22</sup>

Conclui-se, portanto, que o agente atinge a finalidade da conduta antecedente e a utilização do proveito desta infração constitui-se mero exaurimento da conduta, sendo o esgotamento do *iter criminis*.

Outro argumento apontado por Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini é que nos casos de crimes fiscais, o sujeito já possui o dinheiro, e ele não é criado pelo delito praticado:

Nos casos de crimes fiscais, o objeto do crime anterior é preexistente ao delito e não produto deste, pelo que não pode ser considerado objeto da lavagem. Aquele que deixa de pagar tributos por fraude já tem posse ou propriedade do dinheiro, que não é criado pelo delito praticado, a não ser pela quantidade sonegada ou preservada.<sup>23</sup>

Portando, não há que se falar em lavagem de capitais, quando o crime antecedente é o de sonegação fiscal, observada a ausência do dolo no crime

---

22. MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. de. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59-60.

23. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÒ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei nº 9.613/1998, com alterações da Lei nº 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

antecedente, uma vez que o agente não adquire novos recursos ilícitos, ele apenas permanece com os próprios recursos que por apenas uma omissão de pagamento não gera proveito econômico de recursos ilícitos.

José Paulo Baltazar Júnior explica que existem duas posições quanto a possibilidade do concurso entre os crimes de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro:

Há duas posições: a primeira, que não há consunção porque a ocultação e a dissimulação da natureza e origem dos valores não são meios necessários para a realização do crime contra a ordem tributária; e a segunda, em que a conduta de omitir e prestar declaração falsa à fiscalização tributária que serve como meio necessário para a lavagem de dinheiro é absorvida por essa, aplicando-se o princípio da consunção.<sup>24</sup>

Entende Celso Sanchez Vilardi:

Não há que se falar em ocultação na lavagem, se não ficar demonstrado que o agente oculta o dinheiro, com o objetivo de reintroduzi-lo na economia legal, após alguma dissimulação que vai lhe conferir aparência de licitude. Do contrário será crime, por exemplo, esconder o dinheiro embaixo da cama, após um roubo.

## Conclusão

Por última análise, não há que se falar em crime de lavagem de dinheiro, se não ficar provado que o agente, oculta o dinheiro com o objetivo de, através da terceira fase do processo de lavagem, reintroduzi-lo na economia formal, ou seja, para a configuração da lavagem posterior à sonega-

---

24. ROSA, Rodrigo Silveira da. A Sonegação Fiscal como Infração Penal Antecedente ao Crime de Lavagem de Dinheiro. Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal, v. 15, n. 90, p. 25, fev/mar 2015. In: BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 419.

ção, mesmo que se deva observar o dolo da conduta do agente no crime antecedente.

Desta forma, a utilização do proveito financeiro do crime de sonegação fiscal é caracterizada tão somente o exaurimento da própria conduta, que não poderá ser considerado crime antecedente à lavagem de dinheiro.

Podemos concluir, assim, que a prática do crime de sonegação fiscal, quando dotada de ausência de dolo específico de suprimir o pagamento do tributo ou até mesmo com a presença de dolo na conduta prévia, não poderá ser considerada crime antecedente à lavagem de dinheiro, portanto, não existirá este crime, pois ausente a terceira fase do processo de lavagem, essencial para a sua configuração, ausente assim, a intenção de reciclar o capital e inseri-lo na economia formal.



## 9

# Direito Penal e giro hermenêutico. Ensaio sobre as possibilidades de leitura do crime na pós-modernidade

João Ibaixe Jr.<sup>1</sup>

---

1. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP e doutorando em Filosofia pela UERJ. É especialista em Direito Penal e pós-graduado em Ciências Sociais e Teoria Psicanalítica. Advogado criminalista, foi delegado de Polícia e assessor jurídico da Febem.

## Direito Penal: a necessidade de outro modo de pesquisa

O atual estudo do Direito Penal assenta pacificamente a noção de que todo o estudioso não pode se limitar a uma pesquisa de caráter meramente dogmático, no qual as estruturas do conhecimento são fornecidas por padrões conceituais de ordem técnica.

O questionamento da chamada da pós-modernidade, acompanhado da inflexão sobre o conceito de subjetividade, revela relações de dominação, as quais se apresentam mascaradas sob bandeiras de direitos subjetivos, mormente na esfera penal.

Com efeito, no ramo do Direito em que se trabalha mais direta e profundamente com as ligações entre responsabilidade, culpabilidade e liberdade, o oferecimento pelo sistema de um conjunto de princípios fundamentais, cuja função seria a de defesa do indivíduo, consubstancia-se num simulacro, pois tais mecanismos não se colocam como eficazes meios de resguardo do ser humano, quando este se encontra sob a incidência da perseguição penal.

Somente quando a reflexão busca o fundamento da subjetividade pós-moderna é possível se verificar o mecanismo autorizador da imposição de responsabilidade à conduta humana, a qual talvez não possa mais ser estruturada a partir da racionalidade metafísica, mas apenas numa outra que considere a questão da linguagem e da hermenêutica. O problema da culpabilidade é o que melhor evoca e autoriza tal questionamento na esfera penal.

As respostas não são mais encontradas pela chamada pesquisa tradicional, relacionada a uma ontologia metafísica, a qual por sua vez busca os fundamentos de todos os conceitos num modelo cujas características residem em essências a se apresentarem como dados prontos bastando, para ser conhecidos, uma aproximação metodológica específica, como uma ferramenta própria utilizada no trabalho com um artefato.

Para conhecer melhor o fenômeno jurídico, o pesquisador precisa buscar a reflexão fundada num modelo teórico que possibilite questionamento crítico do próprio conhecimento adquirido, aproximando-se mais deste

conhecimento e do domínio de sua ciência, não como obrigação ou dever, porém como resultado final da sublimação de seus sentimentos pela matéria estudada.

## Direito Penal e relações com a Filosofia

Sendo necessário superar o horizonte dogmático para aproximar-se do efetivo saber, o itinerário torna-se mais suave, embora mais intenso, se for acompanhado da Filosofia e todo seu arcabouço especulativo. Não é mais possível pensar-se o Direito sem o amparo de um instrumental, bem como de um ambiente, por assim dizer, filosófico. É a reflexão ensinada e praticada ao longo dos milênios pelos pensadores pertencentes à tradição da chamada Filosofia Ocidental que pode servir de alimento para o alcance do conhecimento jurídico. Convém, assim, àqueles que anseiam transformarem-se em juristas que ao lado do Direito mantenham a companhia da Filosofia.

Como deve se aproximar o pesquisador jurídico desta via filosófica, levando-se em conta que seu interesse não é diretamente “fazer filosofia”, mas sim compreender o Direito com base e apoio na Filosofia? A pesquisa precisa ser embasada na Filosofia, porém, deve levar em conta o objeto de estudo do Direito, que é a norma jurídica. Partindo-se deste objeto, norma jurídica, como aspecto principal da interrogação do Direito, pode-se agregar o auxílio da Filosofia à reflexão jurídica. Desta forma, não é necessário realizar o mesmo empreendimento do filósofo que tenta escrever uma História da Filosofia, mas socorrer-se desta dentro do recorte que possa interessar à investigação da norma jurídica.

Faz-se mister, assim, encontrar o estado da questão no ambiente filosófico, ou seja, é exigido ao pesquisador do Direito que examine as perguntas atuais da Filosofia para, a partir delas, estabelecer a adequada relação entre esta e seu trabalho sobre a norma jurídica, verificando como sua pesquisa pode ser enriquecida pela crítica especulativa.

A fim de se compreender o que a Filosofia estuda hoje é forçoso verificar-se sua preocupação central, a qual pode ser sintetizada numa expressão:

linguagem. Esta, além de instrumento, caracteriza-se como o próprio ambiente do qual se parte para construir a realidade. O mundo é submetido à nossa intuição sensível e o que sucede neste domínio e não é recolhido pela linguagem não ingressa no plano chamado de “realidade”. Ao mesmo tempo, tudo que dele faz parte encontra sua forma de expressão nas organizações linguísticas.

Percebida pelos pensadores, esta relação com a realidade, a linguagem passou a ser a questão central da filosofia. O estímulo e o sentido para sua consideração surgiram a partir de diferentes problemáticas significando uma mudança na maneira de entender a própria filosofia e a forma de seu procedimento.

Diante disto, investigar em linhas gerais o percurso desta reviravolta para a linguagem, com o intuito de situar melhor o operador do Direito nesta atual problemática filosófica, possibilita compreender a sua utilização como método e ambiente de trabalho dentro do campo da pesquisa jurídica.

## A inflexão da Filosofia da Linguagem e da Hermenêutica Filosófica

Desde os seus primórdios, a Filosofia sempre se ocupou da questão sobre o ser. A verdade, embora una, estava assentada em três prismas sobre os quais seria possível apropriar-se dela. Eram eles o verdadeiro, o belo e o justo, que norteavam o pensamento dos filósofos e cada respectivo conceito formava o sistema de cada pensador. A verdade compunha-se de tais ângulos nos quais habitava uma essência como forma ideal ou como substância real, a qual, quando alcançada, permitia ao pensador o pleno domínio do conhecimento. A verdade expressava-se ontologicamente pelo “ser” de cada objeto, concebido ou pelo plano ideal ou pelo plano real como uma essência caracterizadora da qualidade daquele objeto. Assim, por exemplo, quanto à norma jurídica, deveria para se caracterizá-la haver um substrato (ideal ou real) que, uma vez presente, traria à vida a norma jurídica. Seria uma espécie de “essência juridicamente normatizante”.

Todo este trabalho de investigação colocava de um lado o pensador como sujeito e, de outro, a verdade como objeto, devendo se fazer presente um instrumento que permitisse alcançar a verdade. Tal instrumento era a razão cuja expressão ou representação se dava por um mecanismo factual denominado de linguagem. Desta forma, a linguagem era a ferramenta de expressão ou o instrumento de trabalho da razão, o médium pelo qual ocorria a transmissão do pensamento sobre a verdade ou sobre o ser.

A partir de dado momento, que pode ser situado nas primeiras décadas do século XX, os pensadores verificaram que o modelo de pesquisa não estava adequado, pois alguns elementos não eram considerados no alcance da verdade. Verificou-se que a relação entre sujeito e objeto não era mediada, mas sim conjugada num movimento dialético formado pela linguagem e que só ocorria no interior da mesma linguagem. Por força desta perspectiva, estabeleceu-se um novo paradigma de pensamento filosófico que inaugurou um novo modo de encarar a filosofia, à qual se denominou de “giro-linguístico”.

Esta mudança de perspectiva não significa apenas a descoberta de outro campo de realidade a ser trabalhado filosoficamente mas, antes de tudo, a mudança no entender a filosofia e a forma de seu procedimento. A linguagem passa deste modo de objeto intermediário da reflexão filosófica para a esfera de fundamentos de todo pensar, transmudando a filosofia do prisma da consciência para a filosofia da linguagem. Isto quer dizer que a pergunta pela possibilidade de conhecimento, que seria a busca da verdade como essência, volta-se para a pergunta sobre as condições do discurso, já não mais como verdade essencial, porém como a comunicação intersubjetivamente válida. A verdade deixa de estar no sujeito que a obtém pelo pensamento como instrumento de alcance de essências e desloca-se para o espaço comum da ação dos sujeitos que ocorre no discurso intersubjetivo. A verdade não é mais dominada na essência, mas distribuída na validade do discurso. A filosofia da linguagem volta-se para questionar as condições de possibilidade das sentenças intersubjetivamente válidas.

Diante disto, há uma incidência profunda da crítica radicalizada do conhecimento, pois a pergunta da filosofia não é mais sobre o ser e sim

sobre o sentido, o qual por sua vez é linguisticamente articulado, ou seja, não é mais possível tratar qualquer questão filosófica sem esclarecer previamente a questão da linguagem. A linguagem passa a ser a grandeza “transcendental” do mundo. Não existe mundo independente da linguagem; a linguagem é o espaço de expressividade do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade.

O processo de reflexão iniciado com a pergunta transcendental sobre o ser desembocou, nos dias de hoje, na pergunta pela linguagem como instância não transcendente de expressar-se o mundo. O giro-linguístico do pensamento filosófico do século XX se centraliza na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário e constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua estrutura linguística.

Neste sentido, a filosofia primeira ou metafísica, aquela que investigava o ser, a natureza das coisas ou a essência dos entes (ontologia), deixa de lado a reflexão sobre estas por meio de representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento) e transforma-se na filosofia da linguagem, vale dizer, a reflexão sobre a significação, sobre o sentido das expressões linguísticas (análise da linguagem). Há uma superação da metafísica ou da ontologia clássicas pela consideração da mediação linguística como o instrumento e o ambiente a permitirem toda possibilidade de conhecimento.

Aliada à Filosofia da Linguagem e numa relação direta com esta, surge a chamada Hermenêutica Filosófica, cujo pai, por assim dizer, é Gadamer, com sua obra Verdade e Método. Nesta, além de todo exame da questão da linguagem como acima apresentada, há a retomada de um antigo conceito filosófico de ponderação, que acabou por receber o nome de pré-compreensão. Muito se fala sobre ele, até mesmo de forma inadequada, todavia, sua conceituação é simples: trata de o pensador, ao analisar determinado tema, levar em conta o universo intelectual próprio de que dispõe para se aproximar do referido tema. Vale dizer, não há possibilidade do pesquisador buscar um conceito “puro” sobre algo, mas, a partir do arsenal teórico disponível, encontrar meios de compreender aquilo que está examinando.

A pré-compreensão é o degrau de onde parte o pesquisador para examinar o tema de seu interesse. E o resultado do conhecimento não é a mera somatória de dados, mas a fusão daquilo que ele já possuía com o tema examinado. Ou seja, quando se aproxima de um tema novo, o pesquisador está reconstruindo todo seu horizonte e modificando-se com ele. Seu universo e seu horizonte se modificam como um todo e não apenas a seu saber se adiciona mais um item.

A Filosofia da Linguagem e a Hermenêutica Filosófica já encontram ressonância nas novas teorias de Direito Penal denominadas de pós-finalismo, estando presentes naquelas outras conhecidas como funcionalistas.

## Os reflexos para o Direito Penal

Com essa mudança de perspectiva, no campo da responsabilidade penal, modifica-se a forma de examinar e trabalhar-se com o crime. Basicamente, ao invés de se buscar uma espécie de essência do conceito de crime, o que tem de ser verificado, antes de mais nada, são os motivos que levam determinada sociedade a punir certas condutas.

Por este motivo, fala-se em teorias funcionalistas, porque trabalham com as funções do Direito Penal. Todavia, apesar da denominação situá-las em plano comum, elas não são idênticas e nem partem do mesmo pressuposto teórico, salvo a necessidade preliminar do questionamento dos fins do Direito Penal, considerado este como mecanismo social adequado de aplicação de penas.

No direito estrangeiro, principalmente no alemão, de onde provêm as teorias mais atualizadas, ainda não se firmou nenhum posicionamento a respeito de uma teoria que apresente contornos de definitiva. Há ainda muitas especulações e divergências, que se refletem em nosso direito pátrio.

Talvez, agora o mais importante seja a consciência da necessidade de se examinar o delito e o criminoso de outra forma, a qual possa dar respostas mais adequadas aos problemas apresentados pela criminalidade pós-moderna.

## Referências

- AGAMBEN, G. **A linguagem e a morte**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.
- BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002..
- FIGAL, Günter. **Oposicionalidade**. Petrópolis: Vozes, 2007.
- FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. São Paulo: Annablume, 2004.
- GADAMER, H-G. **Verdade e método**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.
- GRONDIN, Jean. Introdução à **Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo-RS: Unisinos, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**. Porto Alegre: SAFE, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. **Lógica: a pergunta pela essência da linguagem**. Lisboa-Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008a.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2002.
- HEKMAN, Susan J. **Hermenêutica e sociologia do conhecimento**. Lisboa: Ed 70, 1990.
- MAILLARD, Jean. **Crimes e leis**. Lisboa: Piaget, 1995..
- MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003..
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.
- PAREYSON, Luigi. **Verdade e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica**. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



# 10

## A importância da Perícia Judicial

Otávio D'Urso Filho<sup>1</sup>

Vanderlei Jacob Junior<sup>2</sup>

---

1.

2.

A perícia judicial não é exclusividade da área da engenharia, mas também se aplica a qualquer lide que necessite de conhecimentos técnicos para dirimi-la, pois do juiz não se pode exigir que domine todos os ramos da ciência e do saber.

Perícia Judicial é um exame realizado por técnico ou pessoa de comprovada aptidão e idoneidade profissional, para verificar e esclarecer um fato ou o estado ou a estimação da coisa que é objeto de litígio ou processo, que com um deles tenha relação ou dependência, a fim de concretizar uma prova ou oferecer o elemento de que necessita a justiça para poder julgar; compreendendo a vistoria, a avaliação, o arbitramento, obedecendo às normas procedimentais do Código de Processo Civil.

O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico e a prova pericial consistir em exame, vistoria ou avaliação. Porém, o juiz indeferirá a perícia quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico, quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas e quando a verificação for impraticável.

O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que sejam plenamente capazes; a causa possa ser resolvida por autocomposição. Quando as partes escolherem o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados.

A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz, mas o perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres técnicos no prazo fixado pelo juiz.

De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o

ponto controvertido for de menor complexidade. A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição pelo juiz de especialista com formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, conhecimento científico ou técnico e, durante a arguição, o especialista, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.

Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado, formado através de consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

Os peritos serão escolhidos entre profissionais devidamente inscritos no Cadastro de Auxiliares da Justiça do TJSP, onde comprovarão sua especialidade através de documentos e certidões do órgão profissional em que estiverem inscritos; gerando uma lista de peritos na vara ou na secretaria, com disponibilização dos documentos exigidos para habilitação à consulta de interessados, para que a nomeação seja distribuída de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e a área de conhecimento; porém, em localidades onde não houver profissionais cadastrados a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz.

Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito, e as partes, indicar mais de um assistente técnico.

Os peritos só devem assinar laudos em matéria para a qual estão legalmente habilitados e para verificação de eventual impedimento ou motivo de suspeição, o órgão técnico ou científico nomeado para realização da perícia informará ao juiz os nomes e os dados de qualificação dos profissionais que participarão da atividade; porém, na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou

órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.

O perito tem o dever de cumprir o ofício no prazo que lhe designar o juiz, empregando toda sua diligência, podendo escusar-se do encargo alegando motivo legítimo no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação, da suspeição ou do impedimento supervenientes, sob pena de renúncia ao direito a alegá-la e quando escusar-se ou ser recusado por impedimento ou suspeição, o Juiz ao aceitar a escusa ou ao julgar procedente a impugnação nomeará novo perito.

O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado para atuar em outras perícias no prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, independentemente das demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para adoção das medidas que entender cabíveis.

Após a nomeação do juiz o perito com fixação do prazo para a entrega do laudo, as partes terão 15 (quinze) dias para arguir o impedimento ou a suspeição do perito, se for o caso; indicar seu assistente técnico e apresentar quesitos; porém, o juiz pode indeferir quesitos impertinentes e formular quesitos que entender necessários ao esclarecimento da causa.

É suspeito o perito que se empenha com as partes em que façam acordo.

O engenheiro não pode ser perito de empresa para qual trabalha e o médico não pode ser perito de seu paciente, por força dos respectivos códigos de ética.

O perito não deve apresentar suas conclusões diretamente às partes litigantes.

O perito não deve elaborar o laudo de forma consciente, sem se sentir coagido por atitudes das partes, sendo considerada uma forma de coação a apresentação de sucessivos pedidos de esclarecimentos pelas partes de forma injustificada.

O perito pode ser substituído quando faltar-lhe conhecimento técnico ou científico ou quanto, sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo

no prazo que lhe foi assinado e neste caso, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo. O perito substituído, restituirá no prazo de 15 (quinze) dias os valores recebidos pelo trabalho não realizado, sob pena de ficar impedido de atuar como perito judicial pelo prazo de 5 (cinco) anos e não ocorrendo a restituição voluntária a parte que tiver realizado o adiantamento dos honorários poderá promover execução contra o perito, com fundamento na decisão que determinar a devolução do numerário.

O perito deve ser imparcial, guiando-se pelos seus conhecimentos técnicos e não pelos seus sentimentos; ser honesto, fiel e leal, servindo bem à Justiça; deve atuar como “extensão dos olhos do Juiz” e relatar corretamente os fatos constatados na data da vistoria, assessorando tecnicamente o Juiz, traduzindo o problema de forma que ele possa entender a questão técnica dos fatos ocorridos e decidir corretamente a lide.

O perito deve apresentar laudo conclusivo em relação as questões técnicas; sendo que, quando a questão técnica que o perito deve decidir é controversa, o perito emite sua opinião pessoal com os argumentos que o levaram à sua conclusão, explicando que há opiniões contrárias e as argumentações das mesmas.

O perito deve apresentar conclusões técnicas lógicas, de forma clara, firme e bem fundamentada, dando credibilidade ao laudo e sempre que fizer uma afirmação técnica baseada em documentos deve provar.

Em um processo judicial é esperado dos assistentes técnicos das partes, o mesmo que do perito judicial, pois todos os profissionais devem agir com ética, técnica, imparcialidade e sempre em busca da verdade dos fatos.

O perito deve apresentar conclusões técnicas que não pareçam improváveis, inverossímeis ou impossíveis; redigir laudo conciso, sem ser lacônico, em linguagem acessível ao juiz; levar em conta todos os documentos relatados ou juntados aos autos e apresentar como anexo do laudo tudo que for importante; tais como cópias, croquis, plantas, levantamentos, memórias de cálculos, pareceres ou laudos de outros profissionais, etc.

O perito não pode utilizar de meios ilegítimos ou ilícitos para realização da vistoria ou elaboração do laudo; deve cumprir os prazos estabelecidos para sua atuação; ser coerente quando atuar como perito ou assistente técnico e obedecer ao código de ética profissional.

Após a nomeação pelo juiz, o perito apresentará em 5 (cinco) dias sua proposta de honorários ou a concordância que os honorários sejam depositados pela Defensoria Pública do Estado no caso de assistência judiciária gratuita.

A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei; e, o Código de Processo Civil em seu Art. 378 dispõe que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para busca da verdade, de modo que as provas produzidas ao longo do processo; portanto, neste entendimento, o profissional deve concordar que seus honorários sejam suportados pela Defensoria Pública do Estado.

As partes serão intimadas da proposta de honorários ou concordância apresentada pelo perito, para manifestar-se no prazo comum de 5 (cinco) dias, após o que o juiz arbitrará o valor dos honorários definitivos; sendo que, o juiz poderá autorizar o pagamento de até 50% (cinquenta por cento) dos honorários arbitrados a favor do perito no início dos trabalhos, devendo o remanescente ser pago apenas ao final, depois de entregue o laudo e prestados todos os esclarecimentos necessários.

O perito cumprirá escrupulosamente o encargo, independentemente de termo de compromisso e, quando a perícia for inconclusiva ou deficiente, o juiz poderá reduzir a remuneração inicialmente arbitrada para o trabalho.

Os assistentes técnicos são de confiança das partes e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição e o perito deve assegurar aos mesmos o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

As partes poderão apresentar quesitos suplementares durante a diligência, que poderão ser respondidos pelo perito previamente ou na audiência de instrução e julgamento.

O laudo pericial deverá conter a exposição do objeto da perícia; a análise técnica ou científica realizada pelo perito; a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou; resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões, sendo vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.

As partes terão ciência da data e do local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova.

O perito, por motivo justificado, poderá solicitar dilação de prazo e o juiz poderá conceder-lhe, por uma vez, prorrogação pela metade do prazo originalmente fixado; porém, o perito protocolará o laudo em juízo, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

As partes serão intimadas para manifestar-se sobre o laudo do perito do juízo no prazo comum de 15 (quinze) dias, podendo o assistente técnico de cada uma das partes, em igual prazo, apresentar seu respectivo parecer técnico.

Parecer é a opinião fundamentada sobre um determinado assunto, emitida por um especialista e laudo é o parecer de louvado ou de um árbitro, peça

escrita fundamentada, na qual os peritos expõem as observações e estudos que fizeram e registram as conclusões da perícia; portanto, os assistentes técnicos apresentam pareceres técnicos e o perito judicial apresenta seu parecer com o nome de laudo.

O perito do juízo tem o dever de, no prazo de 15 (quinze) dias, esclarecer sobre divergências ou dúvidas de qualquer das partes, do parecer do assistente técnico da parte, do juiz ou do órgão do Ministério Público.

Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos. O perito ou o assistente técnico será intimado por meio eletrônico, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência da audiência.

Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados, a cujos diretores o juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame e os órgãos e as repartições oficiais deverão cumprir a determinação judicial no prazo estabelecido. A prorrogação do prazo referido pode ser requerida motivadamente.

Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e da firma, o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas e, na falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa a quem se atribuir a autoria do documento lance em folha de papel, por cópia ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação.

O juiz apreciará a prova pericial, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito e não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida



e a segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu. A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira e não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

A Lei nº 5.194 de 24 de dezembro de 1966 que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e agrônomo, determina que exerce ilegalmente a profissão de engenheiro, arquiteto ou agrônomo a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviços público ou privado reservados aos profissionais de que trata esta lei e que não possua registro nos Conselhos Regionais e se incumbir de atividades estranhas às atribuições discriminadas em seu registro.

A Resolução nº 345 de 27 de julho de 1990 que dispõe quanto ao exercício por profissional de nível superior das atividades de engenharia de avaliações e perícias de engenharia, determina que serão nulas de pleno direito as perícias e avaliações e demais procedimentos quando efetivados por pessoas físicas ou jurídicas não registradas nos Conselhos Regionais e que os trabalhos técnicos para sua plena validade, deverão ser objeto de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) exigida pela Lei nº 6.496, de 07 de dezembro de 1977.

A Resolução nº 282 de 24 de agosto de 1983 que dispõe sobre o uso obrigatório do título profissional e número da carteira do Crea nos documentos de caráter técnico e técnico-científico, determina que é obrigatória a menção do título profissional e número da Carteira Profissional nos laudos e/ou pareceres referentes a avaliações, vistorias, consultorias, auditorias e perícias judiciais ou extrajudiciais.

A Resolução nº 307 de 28 fevereiro de 1986 que dispõe sobre a Anotação de Responsabilidade Técnica, determina que todo contrato escrito ou verbal para a execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à engenharia, arquitetura e agronomia fica sujeita à “ART” no Conselho Regional.

A Decisão Normativa nº 69 de 23 de março de 2001 que dispõe sobre aplicação de penalidades aos profissionais por imperícia, imprudência

e negligência e dá outras providências, determina que o profissional que se incumbir de atividades para as quais não possua conhecimento técnico suficiente, mesmo tendo legalmente essas atribuições, caracterizando imperícia, deverá ser imediatamente autuado pelo CREA por infração ao Código de Ética Profissional.

A Decisão Normativa nº 69 de 23 de março de 2001 que dispõe sobre aplicação de penalidades aos profissionais por imperícia, imprudência e negligência e dá outras providências, determina que o profissional que mesmo podendo prever consequências negativas, é imprevidente e pratica ato ou atos que caracterizem a imprudência, ou seja, não leva em consideração o que acredita ser fonte de erro, deverá ser autuado pelo CREA respectivo por infração ao Código de Ética Profissional. Portanto, tanto a negligência quanto a imprudência e a imperícia, poderão acarretar ao profissional o cancelamento do seu registro no CREA dentro do contexto previsto no art. 75 da Lei nº 5.194, de 1966, se constatada e tipificada a ocorrência de quaisquer dos atos ali mencionados.

# 11

## Valoração da prova eletrônica do Processo Penal como meio de resguardo da verdade real

Carlos Rocha Lima de Toledo Neto<sup>1</sup>

---

1. Professor universitário de graduação e pós-graduação.

## Mundo digital e o Direito

Como seria vivermos neste início de século XXI sem um computador conectado à internet, sem um smartphone ou sem um tablet, ou sem os inúmeros portais, por exemplo Youtube®, jornais, blogs, sites, Skype®, MSN®?

Seria possível advogar nos dias atuais, sem acesso à internet, ao uso de programas de computador, ou mesmo sem uso de certificados digitais?

Desnecessário talvez mencionar que a vida contemporânea não somente se desenvolve pelo uso maciço do meio eletrônico mas, de fato, dele depende para sua própria sobrevivência, quando tudo ou mesmo todas as atividades desenvolvidas dependem do viés eletrônico, como forma de nascimento, criação, exteriorização e sobretudo simples acontecimento.

Não descrevo apenas e tão somente o que se dá forma exclusiva e única no meio digital, como as redes sociais (Whatsapp®, Instagram® etc) e a própria rede mundial de computadores (internet), mas todas as atividades, como as até mesmo mais rotineiras, que não dependem do meio digital mas, que diante da facilidade e vantagens do procedimento eletrônico, passaram também a depender deste mesmo meio de propagação e uso, ao ponto de muitas formas tradicionais e mais antigas de convivência humana desaparecerem, como no exemplo a remessa de cartas, que num primeiro momento foram substituídas pelo correio eletrônico (e-mail) e, atualmente, foram trocadas por mensagens instantâneas em aplicativos de comunicação em massa (Telegram® e Whatsapp®).

Digo ainda, da mais antiga tradição do direito, quando passamos da compra de uma simples “pizza”, pelo tradicional mercado de varejo, passando pelo uso do sistema de delivery com uso de linhas telefônicas discadas para alcançarmos, atualmente, o uso de aplicativos em modernos celulares mediante pagamentos e transações exclusivamente eletrônicas. Atualmente, o meio digital reflete como as pessoas se deslocam, estudam, interagem, trabalham, adquirem bens, ou seja, como vivem de uma maneira geral.

Como tudo depende ou se alicerça no meio digital, do mesmo se preocupa o mundo do direito, desde a análise da mais simples transação comercial,

passando pelo uso de meios de comunicação e, até mesmo a mais corriqueira guarda e conservação de livros contábeis, conseqüentemente, a análise de estelionatos, crimes contra a honra e crimes falimentares, por exemplo.

Como o meio digital acaba por, em nosso cotidiano, alterar completamente o modo de vida de toda a sociedade, e o direito, sobretudo sua aplicação, até mesmo como meio de pacificação social, não pode ficar alheio.

Este maciço uso do meio digital tem reflexo no que se faz necessário para disciplinar a vida em sociedade, – o direito.

Estamos falando de situações drásticas como de vários sistemas educacionais ao longo do mundo (v.g. Finlândia, EUA) que simplesmente abandonaram o ensino e treino da linguagem cursiva (letra), que deixa de ser tratada e exigida, quando o próprio Programa Nacional de Alfabetização do Ministério da Educação, define que os alunos brasileiros devem ter conhecimento dos vários tipos de letra, mas o uso da cursiva não é mais obrigatório no território nacional.

Sem falarmos na substituição de assinaturas com reconhecimento por notário público, por assinaturas digitais, com uso de certificados digitais ou por simples aplicativos eletrônicos.

Por outro lado, apesar de total e plenamente constante em nossas vidas, a linguagem binária, não é de simples compreensão e, de fato, seu uso, manuseio e controle, é restrito a poucas pessoas, o que igualmente é alvo de preocupação do mundo do direito já que, para aplicação das normas jurídicas, depende a compreensão de como se dão as coisas neste meio digital.

Como saber se um crime foi praticado, sem poder compreender como se dá determinado meio digital na vida humana?

Nosso meio processual e assim seus respectivos Códigos de Processo Judicial, Civil e Penal, até mesmo como meio normativo constitucional pétreo, abraçou-se o sistema da legalidade das formas, como forma de garantir ao cidadão uma ordem processual evitando a confusão, a incerteza no curso processual, e é para isso que as formalidades procedimentais servem: para garantir a ordem no processo.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Princípio da igualdade processual (caput e inciso I).

I. homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Princípio da legalidade.

II. ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Princípio dos direitos individuais.

XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Princípio do devido processo legal.

LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Princípio do contraditório.

LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Princípio da ampla defesa.

LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Nesse sentido, claras são as palavras dos professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido R. Dinamarco,<sup>2</sup> as quais se pede vênua a aduzir trecho ora transcrito:

---

2. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

Investigações sociológicas e sócio-políticas sobre o processo levaram a doutrina a afirmar que a observância do procedimento constitui fator de legitimação do ato imperativo proferido a final pelo juiz (provimento jurisdicional, esp. sentença de mérito). Como o juiz não decide sobre negócios seus, mas para outrem, valendo-se do poder estatal e não da autonomia da vontade (poder de auto-regulação de interesses, aplicável aos negócios jurídicos), é compreensível a exigência de legalidade no processo, para que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas de todos. Essa idéia é uma projeção da garantia constitucional do devido processo legal (v. supra, n. 36). Por outro lado, só tem sentido essa preocupação pela legalidade, na medida em que a observância do procedimento constitua meio para a efetividade do contraditório no processo. É assegurado às partes os caminhos para participar e meios de exigir a devida participação do juiz em diálogo, que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade e, ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que necessita.

Temos que a soma dos atos processuais, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação é o meio adotado, quando cada qual tem sua importância e relevância, sem deixar de se reconhecer, que dependem do uso em seu momento certo e adequado, quando a doutrina maior traduz algumas características específicas dos atos processuais como: – que não se apresentam isoladamente; – integrados ao procedimento; – ligam-se pela unidade do escopo; – são independentes.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover,<sup>3</sup>

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto

---

3. Idem número 1;

exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

E, dentro desta atuação processual, até mesmo como elemento caracterizador e normalizador da atividade do Estado Juiz, temos a prova, como grande vedete do meio e desenvolvimento processual.

Prova – é o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade (definição de Neves e Castro em *Teoria das Provas*).

Assim, temos de um lado um cotidiano que vive e transpira o meio digital, que por sua vez apesar de largamente utilizado, sua interpretação e conhecimento na forma de seu desenvolvimento é de controle de poucos e de difícil compreensão ao homem médio e comum; já por outro lado temos a preocupação do mundo do direito, que depende da prova judicial para reconhecimento e aplicação do direito a este mundo digital, lembrando mais, que atualmente, esse modo de vida atrelado ao modo vida do ser humano, passou de uma faculdade, para algo verdadeiramente obrigatório.

## Provas eletrônicas, ata notarial e provas periciais

Conceituado da necessidade de correta e real produção da prova digital, podemos dizer que a prova do fato dito ocorrido no mundo digital não difere em sua essência das demais provas tradicionais admitidas no processo judicial, apenas pode-se ponderar que estas provas têm contornos próprios e peculiares mas, reitera-se que, como qualquer outro meio de prova, se presta a demonstração de um fato que pode ou não ser de interesse ou mesmo tutelado pelo mundo do direito.



Entendo que para verificação de determinado fato ocorrido no meio digital como relevante ao mundo do direito, depende basicamente da produção de dois tipos de provas digitais, a ata notarial e a prova digital.

A ata notarial que, como meio de instrumento público lavrado por notário público, documenta, no tempo e no espaço e, principalmente, de forma isenta, imparcial e apenas e tão somente descritiva, um fato, uma situação ou uma circunstância presenciada e assim anotada por ele. A meu ver a única forma acertada de exteriorização e demonstração de plano de determinado fato ocorrido no mundo digital.

Ata notarial (art. 7º III, Lei nº 8935/94):

Ata Notarial é instrumento destinado ao registro de fatos jurídicos – sejam eles naturais ou voluntários – com consequências ou possíveis consequências jurídicas (PEREIRA, Antonio Albergaria. *Ata Notarial*. Boletim Cartorário da Edição 6 – 1996).

Por outro lado, conhecido amplamente apontado como fato notório ao regime processual brasileiro, que o julgador pode se valer de técnico para se assegurar de determinada situação da qual lhe foge a compreensão e dada qual não dispõe de qualificação técnica para análise dos fatos, ou seja, a realização de prova técnica<sup>4</sup> através de perito judicial qualificado.

Isso não quer dizer que outros meios tradicionais de prova, como a simples juntada de documentos e oitiva de testemunhas, não podem servir como demonstração do fato ocorrido no mundo digital, como exemplifica o julgado:

HABEAS CORPUS – FURTO EM CONTINUIDADE DELITIVA – OPERAÇÃO TROJAN – OBTENÇÃO DAS SENHAS DOS DEPOSITANTES EM CONTAS BANCÁRIAS- PROVA QUE PODE SER OBTIDA POR MEIOS DIVERSOS DA PERÍCIA NOS COMPUTADORES – AUSÊNCIA DE

---

4. Perícia, do latim *peritia* significa habilidade, saber. Na linguagem jurídica significa a pesquisa, o exame, a verificação acerca da verdade ou da realidade de certos fatos

PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA. Os crimes praticados pela internet podem ser comprovados por muitos meios de provas, como interceptações telefônicas, testemunhas e outros e até por documento juntado aos autos, não constituindo a prova pericial nos computadores, difícil de ser realizada, o único meio de prova (HC 92.232/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2007, DJ 26/11/2007, p. 227).

Mas, acredito que, diante da necessidade da verificação e demonstração da verdade real, pertinente ao mundo processual penal, toda forma de prova, entendida como mais rudimentar deve ser afastada, privilegiando-se a ata notarial e a prova digital, que traduzem maior certeza e segurança jurídica, além da necessária padronização e uniformização, que já prevê um certa atualização constante como meio de produção de prova, observando-se a permanente evolução das tecnologias eletrônicas sobretudo de comunicação e telecomunicação, que tem uma dinâmica própria, ou seja, sofrem alterações constantes.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 241. INTERNET. SALA DE BATE PAPO. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. INVIABILIDADE. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. A conversa realizada em “sala de bate papo” da internet, não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais (RHC 18.116/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 443).

Apesar da lei do processo eletrônico (nº 11.419/2002), resguardar que os documentos produzidos eletronicamente e juntados ao processo eletrônico com garantia da origem e de seu signatário, serão considerados originais para todos os efeitos legais (Art. 11), não se pode olvidar que do-

cumento eletrônico é uma sequência de bits que representa um fato e cujo suporte é o próprio meio digital (mídia de computadores, CD's, DVD's, pen drives e etc), e que portanto, não pode ser demonstrada por simples apresentação, até porque como referendado abaixo, se impõe o normatizado pelo artigo 225 do Código Civil de 2002.

Enquanto que a perícia eletrônica além de elucidar e trazer certeza ao fato a que se quer fazer prova e demonstrar, de fato destrincha o próprio meio de vida do documento digital, impondo-se:

- definição da metodologia e procedimentos (relacionando os recursos e técnicas a serem empregadas no curso da perícia);
- elaboração de uma cadeia de custódia, sobretudo que é o registro de todos os que tiveram acesso à eles e como se encontram;
- com a produção de um laudo com respostas, que deve ser apresentado em um único instrumento de forma clara, expressa, objetiva, concisa, com rigor científico, e em linguagem simples e de bom entendimento aos profissionais do Direito, com procedimentos e métodos fundamentados, resguardado o uso de terminologias técnico-científicas.

De fato o nível de complexidade que envolve o funcionamento dos sistemas informatizados e assim os meios digitais, no modelo que se conhece nos dias de hoje, aliado a peculiaridade de que contam com certa fragilidade de manuseio, sem comprometer sua estrutura e integridade, não se permite a simples apresentação do fato, sem o resguardo de pelo mesmo uso da ata notarial, quiçá a produção de prova digital, lembrando que, atualmente, muito dos sistemas informatizados se desenvolvem e literalmente funcionam sem a interação humana.

Os sistemas informatizados e a internet foram disponibilizados para a sociedade com as melhores das intenções de seus criadores e inovadores. Ela pode ser utilizada para fins benéficos ou maléficos, do que depende da intenção do sujeito de direito. A exemplo da lição de Sartre, “de que nada é negativo em si mesmo”, os sistemas digitais e a rede mundial de

computadores (internet) são instrumentos que podem ser usados para facilitar a vida das pessoas, ou prejudicá-las, cujo uso depende da intenção do usuário.

Especialistas e interessados no tema ao redor do mundo há muito dispõem horas em discussões, pesquisas e treinamentos para conciliar o funcionamento dos sistemas informatizados, suas vulnerabilidades e o combate aos ilícitos através deles praticados, dada a complexidade do mundo digital, verdadeiramente estranha e distante da compreensão do homem médio.

O dito e conhecido como perícia forense computacional é de controle árduo específico e de larga aplicação, por diversos e próprios órgãos nacionais e internacionais. Trata-se de matéria complexa, já que o mundo digital, por sua própria essencial não tem fronteiras, ou não respeita limites territoriais, o que por si só traz incertezas jurídicas, já que nem sempre as normas que limitam a atividade da autoridade policial no curso da investigação são convergentes, ou seja, os requisitos legais para realizá-las e o seu comprometimento da validade das provas, diferem de um país para outro. O que por si só traz mais certeza ainda ao uso pelo menos das atas notarias e provas periciais.

No caso das perícias como elemento relevador do fato jurídico ocorrido no meio digital pode segmentar métodos e procedimentos padrão ou melhores práticas para a realização da perícia forense nos sistemas informatizados, quando poderiam ou mesmo deveriam ser adotadas como uso e costume (os usos e costumes são uma das fontes do Direito e servem para solucionar uma lacuna do ordenamento jurídico de um país e para dirimir os conflitos de interesses).

Da natureza do próprio mundo digital que prevê a desmaterialização como um dos seus elementos marcantes igualmente traduz mais um dos fundamentos para o privilégio da prova técnica pericial como reveladora do fato na aplicação do direito penal, e na condução do processo judicial, mas é importante entender que a expressão desmaterialização do documento, não quer dizer que deixa de existir no mundo físico, mas que encontra forma diferente de suporte, ele não é palpável mas existe concretamente.

A usual compreensão do processo como um meio de composição da lide, proposta por inúmeros processualistas modernos, inclusive Santos (1997, p. 9), já não satisfaz as necessidades da sociedade contemporânea, que clama por segurança nas relações e efetividade da justiça, principalmente naquelas questões que envolvem alguns de seus segmentos ou até ela como um todo. Eminentes processualistas, atentos aos movimentos sócio-econômicos, refletem sobre a amplitude dos efeitos do processo judicial na sociedade. Dinamarco (2000, p. 149) fez revisão da doutrina processual e alargou o entendimento do significado do processo judicial.

[...] todo instrumento como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir, então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam.

Ele propôs a superação daquela idéia simplista, do processo como meio de composição da lide, para ser um instrumento de pacificação social (idem, p. 12). O resultado pode ser o processo como um valioso instrumento de civilidade. O que por si só, acarreta maior amplitude sobre a ideia da melhor e adequada forma de provar determinado fato decorrente do mundo digital.

Mas, desde logo, se ratifica que nada interfere, nos princípios na livre distribuição da prova e ônus da prova, e muito menos do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, o reconhecimento da necessidade de uma produção específica de prova (ata notarial e prova pericial) ao fato derivado do mundo digital.

## Artigo 225 do Código Civil e o Processo Penal

Muitos operadores do direito procuram a prova digital, sobretudo, com a simples apresentação ou demonstração técnica da ocorrência do fato no meio digital. Por exemplo, não há a preocupação em fazer a demonstração técnica da transmissão efetiva e comprobatória da transmissão de um

e-mail (eletronic mail) mas, ao meu ver, de forma errada e precária, de substituição pela simples entrega da impressão ou de materialização da mensagem eletrônica.

Este procedimento e forma de produção da prova a meu ver, de natureza precária, é repudiada e afastada pelo direito, nos termos do artigo 225 do Código Civil de 2002, que ao meu ver tem aplicação e alcance no meio processual penal, ainda mais ao direito penal que, por sua vez, tem como alicerce fundamental, a procura da verdade real e nunca a verdade presumida para aplicação do direito, o que já é aceito pelo Processo Civil (revelia).

Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

O próprio Código de Processo Penal, de forma cristalina, traz a possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e do Código Civil, em seu artigo 3º: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Em regra a norma civil sempre pode e foi adotada no sistema processual penal, especificamente de foram subsidiária, ou seja, aquilo que não tem previsão no processo penal, como no presente caso, pois há uma clara lacuna que pode ser admitida e usada, ainda mais reforçada pela previsão processual civil, do dever de fundamentação das decisões, ou mesmo ao que agora se entende como única exclusivamente importante à análise do processo, o reconhecimento de legitimidade e interesse, relevando ao mérito, o exame da possibilidade jurídica, que não é mais considerada condição da ação.

## Conclusão

A meu ver, levando-se em conta que:

- há um enorme e, até mesmo, descontrolado uso dos meios digitais;
- há complexidade no meio eletrônico;
- há fragilidade no meio eletrônico;
- há na natureza do próprio mundo digital, a clara desmaterialização como um dos seus elementos marcantes
- este mundo digital até mesmo define o modo de vida atual;
- este modo de vida é verdadeiramente imposto a todos, que não tem escolha a não ser adotado integralmente por todos;
- não há fácil compreensão de como se dão e se desenvolvem os meios digitais;
- há a necessidade do respeito aos princípios clássicos do meio processual judicial como: contraditório, ampla defesa e o devido processo legal;
- há a necessidade de se privilegiar sempre a verdade real, no direito penal;
- que o processo judicial é um conjunto de atos coordenados e previamente estabelecidos, refletindo atualmente o processo como verdadeira ferramenta de civilidade;
- há a necessidade de segurança, certeza, padronização e uniformização das provas;
- há clara e permanente evolução das tecnologias eletrônicas sobretudo de comunicação e telecomunicação, que tem uma dinâmica própria, ou seja, sofrem alterações constantes;
- há clara permissão e adoção do uso e aplicação da norma civil no processo penal, especificamente o artigo 225 do Código Civil de 2002.

Não há como se desassociar, ou melhor, privilegiar, ao menos em um primeiro momento, a necessidade de sempre se fazer uso de pelo menos um dos meios de prova propostos (ata notarial e prova técnica pericial) como meios reveladores dos fatos decorrentes do mundo digital no processo penal brasileiro.



# 12

## A importância do manejo da ação penal privada subsidiária da pública

Peter Aparecido de Souza<sup>1</sup>

---

1. Advogado há 25 anos, é Presidente da OAB-SP – Subseção Santana, triênios 2019-2021 e 2022-2024. Sócio fundador do escritório Peter Souza Sociedade de Advocacia.

## Introdução

O presente trabalho não tem o condão de esgotar o tema, apenas contribuir para advocacia e para aqueles que atuam na área jurídica, bem como os acadêmicos de direito que tenham interesse no assunto.

A oportunidade de escrever este artigo é de suma importância para trazer à baila experiências vividas no cotidiano do escritório de advocacia, local que serve de ponto de partida para o surgimento de jurisprudências consagradas em nossos tribunais, bem como entendimentos que se cristalizam e chegam até mesmo a serem firmados, com repercussão geral, dado o caráter estritamente essencial ao direito e até mesmo à cidadania.

A partir da vivência e dos casos que são levados aos escritórios de advocacia e que são acompanhados pelos advogados é que se pode perquirir e apontar o caminho que melhor se coaduna com a aplicação da norma jurídica.

O Estado, por certo, é inerte e atua com a provocação do cidadão que é o destinatário final da prestação jurisdicional que, na maioria dos casos, atua por intermédio de advogado constituído.

Certamente há exceções a esta regra, onde determinadas ações não são de titularidade exclusiva do jurisdicionado ofendido. Existem ações cuja titularidade é do Ministério Público, as quais o cidadão, ainda que assistido por advogado, não têm titularidade para a promoção da ação penal.

O Código Penal em seu artigo 100,<sup>2</sup> caput, estabelece o critério para que se possa identificar a ação penal quanto à titularidade desta ação.

Ao determinar desta maneira, a própria Lei Penal já nos oferece a regra quanto a titularidade da ação penal e, neste diapasão, importa dizer que neste dispositivo trata sobre o direito de agir e não o direito de punir.

---

2. Art. 100 – A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Ainda no referido artigo 100, este estabelece o direito subjetivo de ação, que pode ser exercido tanto pelo Ministério Público, no caso de Ação Penal Pública, quanto pelo ofendido, no caso de Ação Penal Privada e Ação Penal Privada Subsidiária da Pública conforme veremos mais adiante.

Assim, frise-se que se trata de direito de agir, tanto pelo Ministério Público, como diretamente pelo ofendido para que, dentro de sua titularidade conferida pela lei, possa, perante juízes e tribunais, intentar a Ação Penal.

Trata-se de verdadeiro direito subjetivo material de agir, ou seja, buscar uma punição em razão de um direito violado ou ameaçado de sofrer violação.

Existem várias teorias acerca do direito de ação, do direito de buscar a prestação jurisdicional, as quais não são objeto do estudo ao qual nos propusemos.

Por outro lado, sublinha-se que o direito subjetivo de promover a ação penal pela busca de uma punição, não pode e não deve ser confundido com o direito de punir. Pois, o direito de punir pertence exclusivamente ao Estado e não ao ofendido.

O Código Penal não se limitou a determinar sobre Ação Penal Pública e Ação Penal Privada, foi além ao discriminar os tipos de Ação Penal:

## Ação Penal Pública

A Constituição Federal no artigo 129, inciso I,<sup>3</sup> estabelece a titularidade do Ministério Público para promover a Ação Penal Pública. Portanto, em regra, a Ação Penal é Pública cujo detentor do direito de agir é o Ministério Público, podendo a Ação Penal ser Pública Incondicionada ou Condicionada a representação.

---

3. Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

## Ação Penal Pública Incondicionada

Está prevista na primeira parte do artigo 100 do Código Penal e no artigo 24, caput e primeira parte do Código de Processo Penal<sup>4</sup> a vontade do legislador que a Ação Penal seja, em regra pública e assim está capitulada nos Códigos Penal e Processo Penal a determinar que a Ação é Pública e caberá exclusivamente ao Ministério Público, o que também se denota da própria dicção da Lei Maior.

## Ação Penal Pública Condicionada

O artigo 100 do Código Penal estabelece em seu parágrafo 1º que a ação penal pública, depende, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou do Ministro da Justiça.

Necessário esclarecer que, neste caso, a Ação Penal continua sendo Pública, dependendo, porém, de representação, sem a qual o Ministério Público não pode agir, *i.e* precisa de uma autorização do ofendido ou de quem o represente para que possa, através do devido processo legal, buscar a punição por parte do Estado que é o detentor do *jus puniendi*.

Neste aspecto, percebe-se que o legislador estabeleceu uma condição para que o Ministério Público possa atuar, sem a qual não pode sequer propor a Ação Penal. Em outras palavras, o Ministério Público precisa da autorização para agir.

## Ação Penal Privada

Na Ação Penal Privada, o interesse de agir e buscar a tutela do bem jurídico é do próprio ofendido, haja vista tratar-se de direito do particular e, por esta razão, o legislador transferiu o direito de agir para este.

---

4. Art. 24 – Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Muito embora o direito de punir continue sendo do Estado, cabe ao particular a decisão de exercer ou não o direito de agir em busca da condenação e punição por parte do Estado.

Em relação à Ação Penal Pública, há uma substituição do polo ativo da ação, o ofendido, (ou quem tenha qualidade para representá-lo) como substituto do Ministério Público.

A Ação Penal Privada está insculpida também no artigo 100 do Código Penal, especificamente no parágrafo 2º daquele Diploma.

### Ação Penal Privada Subsidiária da Pública

Conforme acima demonstrado, a lei prevê a Ação Penal Pública que é de titularidade do Ministério Público, assim como a Ação Penal Privada de titularidade do ofendido que poderá exercer por seu representante legal.

A referida ação prevê a atuação da vítima sempre que o Ministério Público se omitir com relação ao Inquérito Policial, ou seja, na omissão do Ministério Público com relação às providências à ação de sua titularidade, poderá a vítima dar início à Ação Penal.

Logo, pelas razões acima expostas e pela própria nomenclatura da ação, percebe-se que referida ação é subsidiária, ou seja, primariamente a titularidade é do Ministério Público e somente se confere o caráter subsidiário à vítima, quando da omissão daquele que tem a titularidade de intentar a ação.

Necessária, pois, a introdução para que o leitor possa ter uma visão, ainda que geral em relação aos tipos de ações penais, para que, de maneira coordenada, possamos trazer as observações acerca do objeto deste estudo.

### Inércia do Ministério Público na Ação Penal Pública:

No cotidiano, podemos perceber que, há casos em que o Ministério Público titular da Ação Penal Pública não age. Fica inerte quanto a tomada de decisão, de medidas a impulsionar e dar início à Ação Penal ou até mesmo

se manifestar de forma diversa requerendo medida de arquivamento do Inquérito Policial por exemplo.

O que se espera frente ao Inquérito Policial, o Ministério Público oferecer denúncia, propor arquivamento ou requerer diligências, contudo, não raro ocorrer inércia.

O artigo 46 do Código de Processo Penal é claro ao determinar os prazos para que o Ministério Público ofereça a denúncia, sendo certo o réu estando preso, o prazo é de 05 (cinco) dias, contado da data em que o Ministério Público recebe os autos do Inquérito Policial. Caso o réu esteja solto ou afiançado, o prazo é de 15 (quinze) dias.

Considerando casos concretos que observamos na lida forense o Ministério Público ficar inerte e, neste cenário e a luz da lei, ultrapassados os prazos determinados, fica aberta a possibilidade do ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo ingressar com Ação Penal Privada Subsidiária da Pública conferida pelo legislador.

Nestes casos, a ação continua sendo pública. Contudo, ante a inércia daquele que tem a titularidade, abre-se a possibilidade de transferência desta titularidade para o ofendido.

Os fundamentos da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública estão elencados nos seguintes dispositivos:

Art. 5º da CF/1988.

LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

Art. 100 § 3º do Código Penal.

Art. 100 – A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido (redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/1984).

(...)

§ 3º – A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal (redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/1984).

Art. 29 do Código de Processo Penal.

Art. 29 – Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Conforme acima exposto, há a possibilidade de ingressar com Ação Penal Privada Subsidiária da Pública por parte do ofendido em caso de inércia do Ministério Público, momento em que ocorre a transferência desta titularidade da ação penal ao ofendido embora esta continue sendo uma ação penal pública.

## Ação penal como direito da vítima

Inicialmente, dissemos que o presente trabalho é desenvolvido frente aos casos que enfrentamos no cotidiano, a partir da vivência no escritório de advocacia e na lida forense. Pois bem, não raros os casos onde a vítima fica alijada da aplicação da Lei Penal por motivos os quais não deu causa.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, prevê o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, ou seja, o direito de acesso à Justiça: “Art. 5º XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”.

Desta maneira, como explicar à vítima que, após 12 anos de investigação, o Poder Judiciário não apreciou a lesão ou mesmo a ameaça ao seu direito?

Como explicar à vítima e/ou seus familiares que o Inquérito Policial onde se investiga referida lesão ou ameaça a seu direito, com réus soltos, tramitou entre fórum e delegacia sempre com pedidos de prazo para conclusão de expedientes?

Como explicar para a vítima e/ou seus familiares que, em decorrência destes expedientes que perduraram por mais de 12 (doze) anos, o próprio Ministério Público, titular da Ação Penal pediu a extinção da punibilidade pela prescrição?

Como explicar que a Lei Penal prevê oferecimento de denúncia no prazo de 05 (cinco) dias em se tratando de réu preso e 15 (quinze) dias em se tratando de réu preso?

Resta claro que o advogado tem um arcabouço de medidas que podem ser tomadas, contudo, imperioso um olhar mais atencioso e responsável aos autos do Inquérito Policial com o fito de evitar dissabores à vítima e/ou seus familiares, considerando o Ministério Público ser o titular da ação penal.

Assim, conclui-se, que o titular do direito pode exigir do Estado a prestação jurisdicional, sendo que a inércia do Ministério Público frente ao direito subjetivo da vítima, não está contemplado no ordenamento jurídico, merecendo atenção para dizer, ao nosso sentir, que pode e deve desafiar a utilização da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública para que seja apreciada sua pretensão.

O Ministério Público é detentor da ação penal e fiscal da lei. Contudo, não pode se colocar numa posição de senhor absoluto e proprietário da lei.

Havendo indícios de autoria e materialidade comprovada, surge a obrigação de denunciar pois, denunciar é a regra e dentro dessa regra, situa-se a expectativa de toda uma sociedade que confia no Estado Democrático de Direito.

Outro aspecto que jamais poderá escapar à cognição dos operadores do direito, reside no consagrado princípio da duração razoável do processo.

Não se pode conceber que o Inquérito Policial se arraste sem que haja uma posição por parte do Ministério Público.

Ocorrendo o abuso do direito de ação ou até mesmo a omissão por parte do Ministério Público, surge para o jurisdicionado o direito constitucional de manejar a Ação Penal Privada Subsidiária da Pública



## Da importância do manejo da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública

É cediço que o Ministério Público não é obrigado a oferecer a denúncia. Entretanto, resta claro de outra banda que a vítima ou quem tenha poderes para representar, não pode ficar adstrita à decisão do Ministério Público sem que haja uma maneira de se insurgir em razão de abuso ou até mesmo de omissão por parte do órgão ministerial.

Por outro lado, não é qualquer decisão que desafia a utilização da autorização constitucional para manejo da ação subsidiária.

Ocorrendo abuso ou até mesmo omissão do Ministério Público a vítima poderá oferecer a denúncia substitutiva e aí surge um novo cenário, uma nova possibilidade para quem estava a mercê de uma decisão equivocada do Ministério Público.

A importância de se intentar ação substitutiva, evidencia-se a partir do momento em que, sendo oferecida, o Ministério Público poderá aditá-la, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo e até, se for o caso, retomar a ação como parte principal.

Importante destacar que a autorização legal e constitucional para que seja oferecida a denúncia substitutiva por parte do Ministério Público reside apenas, e tão somente, nos casos de inércia do órgão ministerial.

Ocorre que o Ministério Público poderá, dentro do prazo legal, deixar de oferecer a denúncia. Contudo, tomará providências diversas, tais como:

- Devolver o Inquérito Policial para a Delegacia Policial realizar nova(s) diligência(s);
- Requerer o arquivamento do Inquérito Policial;
- Declinar de sua competência.

Nos casos acima elencados, não há lugar para oferecimento de Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, por inexistir inércia do Ministério Público.

A vítima e/ou seu representante legal devem estar atentos ao manejo da ação subsidiária para que não ocorra, por exemplo, uma prescrição da pretensão punitiva.

Claro está que o Ministério Público não está obrigado ao oferecimento da denúncia se não formou seu convencimento, compreendendo se não estão presentes ao seu entendimento a autoria e materialidade delitiva.

Nosso entendimento o Ministério Público não pode, de certa forma, contribuir para que o crime alcance a prescrição.

Imaginemos o caso de Inquérito Policial onde se apura crime de Ação Penal Pública: transcorridos anos a fio, com pedidos e mais pedidos de dilação de prazos e pedidos ultrapassados para diligências. Agora, imaginemos neste mesmo caso, o inquérito demorar anos pela busca de autoria e de materialidade a ponto da pretensão punitiva alcançar a prescrição, sem o oferecimento da denúncia.

Os cenários acima citados desafiarão imputar responsabilidade ao Estado? Oras, claro está que o ofendido não deu causa à demora na conclusão do Inquérito Policial que estava sob a titularidade do próprio Ministério Público pois, conforme dissemos, a ação penal é pública.

Seguindo o raciocínio, nas hipóteses citadas, poderia a vítima intentar Ação Penal Privada Subsidiária da Pública antes da prescrição?

Entendendo a vítima que há elementos nos autos do Inquérito Policial aptos à comprovação de autoria e materialidade, nosso entendimento é que sim, ou seja, a vítima ou seu representante legal podem ingressar com ação subsidiária, obrigando a manifestação do Ministério Público antes que o mal maior possa acontecer, como no caso, alcance da prescrição da pretensão punitiva.

Nosso objetivo é destacar a importância do instituto da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública ante a inércia do Ministério Público. Eis que se trata de direito consagrado na Constituição Federal.

Ainda assim, podemos observar na prática da advocacia que o referido instituto, ainda que tenha importância relevante a ponto de estar

consagrado no rol dos direitos fundamentais, não é utilizado com a frequência que poderia ser.

O artigo 46<sup>5</sup> do Código de processo Penal é claro quando se refere ao prazo, e a observação é importante considerando o exemplo acima, considerando que o artigo assim determina: “[...] se houver devolução do inquérito à autoridade policial, contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos”.

Nesta esteira, compete ao ofendido ou seu representante legal ficarem atentos aos pedidos de prazos formulados pelo Ministério Público, ou seja, a cada recebimento dos autos pelo *Parquet*.

Importa dizer que não basta a manifestação tempestiva uma única vez, mas manifestar de cada recebimento do Inquérito Policial. O que não pode ocorrer no caso concreto e desafiar a promoção da ação privada em substituição, conforme insculpido pelo legislador mormente ao tratar dos direitos e garantias fundamentais no artigo 5º, inciso LIX da Lei Maior.<sup>6</sup>

## Conclusão

O presente artigo teve como escopo precípuo trazer à baila a importância do manejo da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública visando contribuir à comunidade jurídica.

A importância, essa reconhecida na Constituição Federal, alçando o instituto como garantia fundamental do cidadão, assegura o direito de promover a ação penal em substituição ao próprio Ministério Público a quem a própria Constituição atribui a privatividade da Ação Penal Pública.

---

5. Art. 46 – O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial, contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

6. LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

A lei estabeleceu este mecanismo de atuação do ofendido ante a inércia do Ministério Público a conferir garantia de acesso ao judiciário bem como o direito de apreciação de sua demanda por intermédio desse importante instituto.

Cabe aos profissionais do direito, especialmente aos advogados, atentarem cada vez mais para a utilização da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública como forma de acesso ao Poder Judiciário sempre quando ocorrer inércia por parte do Ministério Público.

## Referências

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

# 13

## Princípio da insignificância no Direito Penal e na visão dos tribunais

Luiz Flávio Borges D'Urso<sup>1</sup>

Flávio Filizzola D'Urso<sup>2</sup>

- 
1. Advogado criminalista, Mestre e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Pós-doutorado pela Faculdade de Direito Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha). Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo por três gestões (2004/2012). Presidente de honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim) e Presidente da Academia Brasileira de Direito Criminal (ABDCrim).
  2. Advogado criminalista, Mestrando em Direito Penal na Faculdade de Direito da USP. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade de Coimbra (Portugal), com especialização pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha), integrou o Conselho Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (2018) e foi conselheiro estadual da OAB/SP (2016-2018).

## Introdução

O princípio da insignificância, não é uma novidade para os operadores do Direito. Este teve a sua origem para o Direito Penal na década de 1960, através do jurista alemão Claus Roxin mas, ainda, enfrenta diversas questões e desafios até os dias atuais.

Parte destes desafios são baseados no fato de que este princípio não encontra definição em lei, uma vez que se trata de um princípio criado pela doutrina, com base em outros princípios do Direito Penal, todavia, tem sua aplicação amplamente aceita pelos tribunais brasileiros.

Alguns destes desafios baseiam-se, principalmente, na ausência de uma perfeita delimitação, para que possa excluir da incidência do Direito Penal, situações que não mereçam reprimenda, em especial dada a insignificante ofensa ao bem jurídico.

Outros desafios encontram-se na correta classificação quanto à sua natureza jurídica, bem como nas efetivas consequências que esta classificação possa acarretar, uma vez que, apesar deste princípio ser majoritariamente aceito como uma causa excludente de tipicidade material, por vezes, se vê obrigado a enfrentar questões de culpabilidade para a sua incidência.

Este é um dos focos deste trabalho, uma vez que, tendo em vista, como citado, o princípio da insignificância ser uma causa excludente de tipicidade material, os tribunais tem obstaculizado a sua aplicação com base em eventual reincidência do réu.

Também é analisada a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, na busca de se esclarecer os seus anseios, bem como aclarar os quatro vetores que foram estipulados pelo Ministro Celso de Mello, no ano de 2004 e que, até hoje, são usados como referência para apreciação da viabilidade da aplicação do princípio da insignificância.

Por fim, busca-se apresentar alguns crimes, como os crimes ambientais, o crime de roubo, o crime de furto e os crimes de violência doméstica, a fim de ser apresentado um panorama de como os tribunais vêm entendendo e

aplicando o princípio da insignificância, sempre fazendo uma análise crítica com base na sua natureza jurídica.

Ao final deste trabalho, com tudo o que será exposto, proporciona-se uma análise crítica de como seria a correta aplicação técnica do princípio da insignificância, em contraposição à forma pela qual os tribunais vêm enfrentando este tema desafiador.

## Princípio da insignificância: ideias gerais

### Origem do princípio da insignificância e o Direito Penal

Ao se estudar o princípio da insignificância, é sempre necessário ter em mente que este princípio, para o Direito Penal, teve sua origem na década de 1960. Porém, enfrenta diversas situações controversas até os dias atuais.

O surgimento deste princípio, conforme se depreende da afirmação acima, não se deu especificamente para o Direito Penal, conforme explica Fernando Capez, quando ensina que “originário do Direito Romano, e de cunho civilista, o princípio da insignificância ou bagatela funda-se no conhecido brocardo de *minimis non curat praetor*”.<sup>3</sup>

Tendo por base os ensinamentos de Cezar Roberto Bittencourt, quando trata do surgimento do princípio da insignificância para o Direito Penal, temos que “o princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *mínima non curat praetor*”.<sup>4</sup>

---

3. CAPEZ, Fernando. *Princípio da insignificância ou bagatela*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6369](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6369). Acesso em: 5 jun. 2019.

4. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1, 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

Importante esclarecer que, segundo tal máxima, *mínima non curat praetor*, o pretor (juiz) não cuida de questões pequenas.<sup>5</sup>

Da mesma forma, Fernando Capez explica, ao tratar do surgimento do princípio da insignificância, que “em 1964, acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista a sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal”<sup>6</sup>

Vale lembrar que tal princípio também recebe a denominação de princípio da bagatela, cuja denominação foi estabelecida por outro jurista alemão, chamado Klaus Tiedemann.<sup>7</sup>

## Conceito do princípio da insignificância

Apesar da ampla aceitação no ordenamento jurídico brasileiro quanto à sua aplicação, esta não ocorre de maneira harmônica pelos tribunais, especialmente em razão de não haver uma expressa previsão legal deste princípio.

Eventual crítica que afirme não ser possível a aplicação do princípio da insignificância, em razão da ausência de previsão legal, mostra-se rasa e simplória, especialmente quando levado em consideração que a concepção mais ampla de Direito abrange não somente o direito que foi legislado, mas inclui, também, princípios inclusive implícitos, os quais, por vezes, são tão ou mais importantes que as regras explícitas.<sup>8</sup>

---

5. CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. Tese de doutorado em Direito Penal. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 56. doi: 10.11606/T.2.2011.tde-13062012-165850. Acesso em: 5 jun. 2019.

6. CAPEZ, Fernando. Princípio da insignificância ou bagatela. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6369](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6369)>. Acesso em: 5 jun. 2019.

7. D'URSO, Luiz Flávio Filizzola. Crimes que o Direito Penal não pune (Princípio da Insignificância). Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_27777464\\_CRIMES\\_QUE\\_O\\_DIREITO\\_PENAL\\_NAO\\_PUNE\\_PRINCIPIO\\_DA\\_INSIGNIFICANCIA.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27777464_CRIMES_QUE_O_DIREITO_PENAL_NAO_PUNE_PRINCIPIO_DA_INSIGNIFICANCIA.aspx). Acesso em: 27 mai. 2019.

8. JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.



Pode-se, também, afirmar que o princípio da insignificância decorre de outros princípios, como o princípio da dignidade humana, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da proporcionalidade.<sup>9</sup>

Necessário, então, buscar nas lições do próprio Claus Roxin que, conforme já anteriormente pontuado, foi o responsável por trazer o princípio da insignificância para o Direito Penal a explicação para o princípio da insignificância. Claus Roxin explica que o princípio da insignificância:

[...] permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus tratos são uma lesão grave ao bem – estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por ‘violência’ não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’ para adentrar no marco da criminalidade.<sup>10</sup>

Assim sendo, Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini explicam que “[...] sendo o crime uma ofensa a um interesse dirigido a um bem jurídico relevante, preocupa-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir do direito penal certas lesões insignificantes”.<sup>11</sup> E complementam o raciocínio pontuando que “Claus Roxin propôs o chamado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos excluir, em princípio, os danos de pouca importância”.<sup>12</sup>

---

9. CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. Tese de doutorado em Direito Penal. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 62. doi: 10.11606/T.2.2011.tde-13062012-165850. Acesso em: 5 de jun. 2019.

10. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47-48.

11. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106.

12. *Ibidem*.

Outra contribuição ao tema é apresentada por Rogerio Greco, que afirma que o princípio da insignificância,

[...] tem a finalidade de afastar do âmbito do Direito Penal aqueles fatos que, à primeira vista, estariam compreendidos pela figura típica, mas que, dada a sua pouca ou nenhuma importância, não podem merecer a atenção do ramo mais radical do ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

Rogerio Greco, explica ainda que “os fatos praticados sob o manto da insignificância são reconhecidos como de bagatela”.<sup>14</sup>

A título de referência, para uma melhor compreensão do tema, é importante citar as lições de Luiz Flávio Gomes sobre a infração bagatelar e a incidência do Direito Penal:

Conceito de infração bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante.<sup>15</sup>

Ainda analisando o princípio da insignificância, Fernando Capez tem que este “funda-se na ideia de que o Direito Penal não deve se preocupar

---

13. GRECO, Rogerio. *Código Penal comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 22.

14. *Ibidem*.

15. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, p. 15.

com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico”.<sup>16</sup> Desta forma, assevera que “a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade aos bens jurídicos protegidos”.<sup>17</sup>

Este tema também é tratado por Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini que, ao explicarem tal princípio, afirmam que “corolário do princípio de intervenção mínima e fragmentariedade, nem toda agressão merece reprimenda penal, mas apenas aquela que afetar os bens jurídicos de forma suficiente a justificar a intervenção penal”.<sup>18</sup>

Imperioso, ainda, apresentar o esclarecimento de ilustre Desembargador do TJSP, Carlos Vico Mañas sobre o tema:

[...] o princípio da insignificância constitui instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora, formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. A adoção do princípio auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, confirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, manifestações naturais da regra da intervenção mínima, reservando-o para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.<sup>19</sup>

Importante a contribuição de Carlos Vico Mañas, ao lembrar que o Direito Penal deve ser preservado apenas para as questões mais relevantes,

---

16. CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

17. *Ibidem*.

18. JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

19. MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150.

quando afirma que “a singeleza ou pequenez da ofensa não retira a sua ilicitude, permitindo, ao contrário, a tão desejada e saudável interferência de outros mecanismos de controle social, jurídicos ou não”.<sup>20</sup>

## Natureza jurídica do princípio da insignificância

A natureza jurídica do princípio da insignificância ainda é objeto de divergência, sendo majoritariamente compreendida como uma causa excludente da tipicidade ou, em um grau inferior, causa excludente de anti-juridicidade. Há ainda, de forma minoritária, quem defenda tratar-se de excludente de culpabilidade.

O posicionamento que parece ser mais adequado é de causa excludente da tipicidade material da conduta. Sendo que há quem ainda a classifique como uma causa supralegal, uma vez que estaria acima da previsão de lei.

É exatamente desta forma que se posiciona Carlos Vico Mañas, uma vez que afirma que “[...] a natureza jurídica do princípio da insignificância só pode ser a de causa supralegal de exclusão da tipicidade, de acordo com a concepção material desta.”<sup>21</sup>

Ao tratar sobre a tipicidade penal, Cezar Roberto Bittencourt ensina que “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.”<sup>22</sup> E, conclui que “segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de *princípio de bagatela*, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.”<sup>23</sup>

---

20. Ibidem.

21. Ibidem.

22. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 1, 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

23. Ibidem.

Sobre a excludente da tipicidade, Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini explicam que “a excludente da tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está inserta na lei brasileira, mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não *contra legem*”.<sup>24</sup>

Ou seja, ao tratar da tipicidade, reitera-se o que já fora apresentado, de que o princípio da insignificância não encontra previsão expressa na lei brasileira, e faz a importante ressalva de que, o mesmo será aceito, desde que não seja contrário à lei.

Ao analisar o conceito de tipo penal, Carlos Vico Mañas insiste que “de acordo com sua concepção formal, a tipicidade sempre foi vista como mera correspondência entre a conduta da vida real e o tipo legal de crime”<sup>25</sup>, mas lembra que “tal postura, contudo, não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do direito penal diante de seu reconhecido caráter subsidiário, já que manifesta a sua ineficácia como único meio de controle social”.<sup>26</sup>

Para se evitar que o tipo legal de crime alcance alguma conduta que seja socialmente adequada, ou mesmo irrelevante, fazendo referência a Francisco de Assis Toledo, Carlos Vico Mañas explica que, neste caso “não se pode exigir que o agente, para que sua conduta não configure um delito, aja sob o amparo de alguma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade”<sup>27</sup>, e completa seu raciocínio afirmando que “seria fazer com que uma pessoa que age de acordo com os padrões vigentes na sociedade em que vive tenha que se justificar acerca de uma conduta desprezada ou até aceita pelos outros”.<sup>28</sup>

---

24. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107.

25. MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

26. *Ibidem*.

27. MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

28. *Ibidem*.

Neste mesmo sentido, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini, defendem que “a aplicação do Direito Penal como linha de frente na sociedade, de forma desmedida, é o que torna a tutela jurídica enfraquecida e desacreditada, restando-nos apenas lamentar o fato de isso ocorrer frequentemente, ensejando o que chamamos de ‘legislação penal simbólica’”<sup>29</sup> e que, “ainda que se concretize, em algum grau, lesão a um bem jurídico penal, tal circunstância não basta para que seja legítima a incriminação da conduta”<sup>30</sup>

Assim sendo, ao se realizar o juízo de tipicidade, na busca de uma efetiva significância, e que não atinja fatos que não devam ser tutelados pelo Direito Penal, seja por sua aceitação na sociedade ou pelo reduzido dano social, deve-se entender o tipo em sua concepção material, ou seja, como algo que seja dotado de conteúdo valorativo.<sup>31</sup>

Seguindo este raciocínio, para Carlos Vico Mañas

[...] para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.<sup>32</sup>

Desta forma, tem-se que o caminho cientificamente correto para se realizar a descriminalização de condutas que sejam típicas, todavia que não sejam objeto de reprovação social, nem tampouco produzam danos significativos aos bens jurídicos protegidos penalmente, se dá através da análise da concepção material do tipo.<sup>33</sup>

---

29. JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

30. *Ibidem*, p. 45.

31. MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

32. *Ibidem*.

33. MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

Também assim defende Cezar Roberto Bittencourt, quando afirma que,

[...] amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.<sup>34</sup>

É por esta razão que, segundo Carlos Vico Mañas, “[...] procura-se, atualmente, atribuir ao tipo penal, além do sentido puramente formal, um caráter material”<sup>35</sup>

À partir desta reflexão conclui que “[...] pode-se afirmar que o comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável”<sup>36</sup> pois “a tipicidade não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime. A ação descrita tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para o bem jurídico protegido pela lei penal”<sup>37</sup>

Já para os adeptos da teoria social da ação, segundo Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini, “a ação socialmente adequada não é necessariamente modelar, de um ponto de vista ético, dela se exigindo apenas que se situe dentro da moldura do comportamento socialmente permitido e não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto.”<sup>38</sup>

Mirabete e Renato Fabbrini, complementa: “[...] para alguns, entretanto, o princípio da insignificância é uma espécie do gênero ‘ausência de

---

34. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 1, 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

35. MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

36. *Ibidem*, p. 149.

37. *Ibidem*.

38. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107.

perigosidade social' e, embora o fato seja típico e antijurídico, a conduta pode deixar de ser considerada criminosa.”<sup>39</sup>

Apenas a título de referência, admitindo tratar-se de uma causa excludente da tipicidade e em se verificando que não há dúvidas quanto ao cabimento na hipótese da aplicação do princípio da insignificância,

[...] não deve o delegado instaurar o inquérito policial, o promotor de justiça oferecer denúncia, o juiz recebê-la ou, após a instrução, condenar o acusado. Há no caso exclusão da tipicidade do fato e, portanto, não há crime a ser apurado.<sup>40</sup>

## Alguns desafios e críticas acerca do princípio da insignificância

O que se verifica é que em razão do sistema legislativo, não é possível se prever de forma exaustiva e definitiva, todas as ações que devam ser tipificadas e em todos os seus graus de intensidade. Daí a importância do princípio da insignificância para afastar a incidência do Direito Penal dos atos que não colocam em risco um bem jurídico tutelado.

É exatamente este argumento que Carlos Vico Mañas apresenta quando afirma que “não obstante procure atingir um número limitado de situações, o processo de tipificação mostra-se defeituoso diante da impossibilidade de reduzir a infinita gama de atos humanos em fórmulas estanques”<sup>41</sup>, uma vez que “ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.”<sup>42</sup>

---

39. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107.

40. *Ibidem*, p. 108.

41. MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

42. *Ibidem*.



Uma das críticas com relação à aplicação do princípio da insignificância baseia-se no fato de que em nosso ordenamento jurídico já haveria a previsão de tipos penais que punem de forma mais branda condutas menos lesivas, mas essa crítica carece de embasamento, uma vez que, em um mesmo ordenamento jurídico, é absolutamente possível que coexistam tipos que punam lesões de pouca ou reduzida monta com o princípio da insignificância.<sup>43</sup>

Com relação a esta crítica, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini apresentam a justificativa de que “a própria assertiva *supra* já traz a resposta: não se deve confundir lesão de pouca ou reduzida monta com a de ínfima, desprezível desvalor”.<sup>44</sup> E fazem a devida separação dos temas, quando afirmam que “trata-se do caso do art. 155, § 2º, do CP, que fala em ‘pequeno valor’. Ora, se o valor é pequeno, tem aplicação a referida norma, mas, se é insignificante, daí é plenamente verificável o princípio em tela”.<sup>45</sup>

Há ainda quem objete a incidência do princípio da insignificância sob o argumento de que a aplicação deste princípio causaria “[...] sensação de ausência de tutela jurídica decorrente da atipicidade material e posterior afastamento do *jus puniendi* no caso em análise.”<sup>46</sup> Mais uma vez tal argumento não merece ser acatado, pois “[...] quem o deduz esquece-se por completo da natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal”.<sup>47</sup>

O afastamento da aplicação do Direito Penal, não representa uma ausência de resguardo jurídico, mas sim que o Direito Penal não é necessário para salvaguardar aquele bem jurídico, porém, isso não impede que outros ramos do Direito, menos lesivos ao indivíduo, ajam para proteger o bem afetado.<sup>48</sup>

---

43. JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

44. *Ibidem*.

45. *Ibidem*.

46. *Ibidem*.

47. *Ibidem*, p. 48.

48. *Ibidem*.

## Visão dos tribunais sobre o princípio da insignificância

Quanto ao reconhecimento da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, parece não haver grandes questionamentos, inclusive com o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da possibilidade de sua aplicação. Todavia, as condições para aplicação deste princípio é onde reside o grande conflito sobre este tema.

Não há possibilidade de aplicação do princípio de forma genérica. A decisão no Recurso em Habeas Corpus nº 31612/PB, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, publicada em 29 de maio de 2014, justifica a sua utilização para afastar a incidência do Direito Penal de algumas questões, conforme será explicado adiante, não ser possível sua aplicação pela reiteração da conduta, para quem omite o pagamento de tributos sempre em valor abaixo da tolerância estatal, amparando-se na expectativa de inserir-se nessa hipótese de exclusão da tipicidade:

A insignificância, enquanto princípio, revela-se, na visão de Roxin, importante instrumento que objetiva restringir a aplicação literal do tipo formal, exigindo-se, além da contrariedade normativa, a ocorrência efetiva de ofensa relevante ao bem jurídico tutelado. No terreno jurisprudencial, dispensam-lhe os tribunais, cada vez com maior frequência, destacado papel na tentativa de redução da intervenção penal, cujos resultados não traduzem, necessariamente, reforço na construção de um direito penal mínimo, principalmente diante do crescimento vertiginoso da utilização desse ramo do direito como *prima ratio* para solução de conflitos, quando deveria ser a *ultima ratio*.

## Princípio da Insignificância e Reiteração Delitiva

Interessante a discussão acerca da reiteração delitiva ser motivo para afastar a incidência do princípio da insignificância ao caso concreto, especialmente em razão de, como já foi adotado neste presente trabalho, esta ser uma causa suprallegal excludente da tipicidade material, ou seja, a sua

incidência ocorre quando da verificação da tipicidade, nada tendo a ver com as condições pessoais do acusado ou réu.

Todavia, não é este o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, ao julgar o Habeas Corpus nº 323.311/RJ, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, por unanimidade, no item 3 de sua ementa de julgamento, publicado em 3 de junho de 2016, afirmou, expressamente que:

A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas.

O mais interessante nesta decisão é que o Ministro Relator Ribeiro Dantas, em determinado trecho de seu voto que não conhece do habeas corpus, expressamente afirma que o impetrante não juntou a folha de antecedentes do réu, o que inviabiliza a conclusão sobre a primariedade deste, uma vez que caberia ao impetrante demonstrar cabalmente a sua eventualidade delitiva, o que usa de argumento para afastar a incidência do princípio da insignificância, sem antes deixar de estabelecer que a comprovação do valor irrisório da coisa não é suficiente, conforme abaixo transcrito:

*In casu*, violando a exigência de juntada de prova pré-constituída documental para a instrução do habeas corpus, o impetrante não juntou a folha de antecedentes do réu, o que inviabiliza a conclusão no sentido de ser o réu primário, de bons antecedentes ou não se encontrar em reiteração delitiva. Trata-se de ônus do impetrante demonstrar cabalmente a eventualidade delitiva do paciente, para que se tranque o processo em seu início, pelo reconhecimento da insignificância, não sendo suficiente a comprovação do valor irrisório da coisa.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça também assim entendeu quando, por unanimidade, no julgamento do Agravo Regimental do

Habeas Corpus nº 287.397/MG, de relatoria do Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo), cuja ementa foi publicada em 19 de abril de 2016, negou provimento ao Agravo Regimental, conforme a seguir:

A jurisprudência desta Corte Superior orienta no sentido de que, sendo o acusado multirreincidente, não há falar em grau mínimo de reprovabilidade de sua conduta, um dos requisitos à aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. No caso concreto, o acusado é reincidente específico, bem como possui extensa ficha de antecedentes criminais, ostentando múltiplas condenações transitadas em julgado relativas aos delitos de roubo e ameaça.

Ou seja, mais uma vez, como já havia ocorrido no julgamento da Quinta Turma do STJ acima descrito, o STJ, por sua Sexta Turma, afastou a incidência do princípio da insignificância para o acusado, em razão de suas condições pessoais, ou seja, ser reincidente específico e possuir extensa ficha de antecedentes criminais.

Há, ainda, outra decisão da Quinta Turma do STJ, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, em Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial nº 474296/MT, a qual foi publicada em 1º de agosto de 2014 e que, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental, tendo por base a habitualidade delitiva do agente, conforme abaixo:

Constatada a conduta habitual do Agente, a lei seria inócua se tolerasse a prática criminosa ou, até mesmo, o cometimento do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. A desconsideração dessas circunstâncias implicaria verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida. Precedentes da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e desta Turma.

Interessante, ainda, nesta mesma decisão, a ressalva que é feita pela Ministra Relatora Laurita Vaz, de que não é necessária a reincidência, bastando a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais para caracterizar a habitualidade delitiva:

Apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, conseqüentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância, o que ocorreu no caso dos autos.

Há, inclusive, posicionamentos do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, com relação a este tema:

1) Quando do julgamento do Habeas Corpus nº 102088/RS, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que o indeferiu, por unanimidade, de acordo com a ementa (itens 3, 4 e 5) do julgamento, publicada em 21 de maio de 2010, na qual, em razão das circunstâncias pessoais do paciente do *habeas corpus*, foi afastada a incidência do princípio da insignificância:

O grande número de anotações criminais na folha de antecedentes do Paciente e a notícia de que ele teria praticado novos furtos, após ter-lhe sido concedida liberdade provisória nos autos da imputação ora analisados, evidenciam comportamento reprovável. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.

2) Quando do julgamento do Habeas Corpus nº 133252/MG, também de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que o indeferiu por unanimidade, de acordo com a ementa (itens 2 e 3) do julgamento, publicada em 8 de abril de 2016, na qual, em razão dos comportamentos constantes do paciente do *habeas corpus*, foi afastada a incidência do princípio da insignificância:

O princípio da insignificância não foi formulado para resguardar e legitimar constantes condutas juridicamente desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta de mínima ofensividade, considerados isoladamente, sejam sancionados pelo Direito Penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo insignificantes, quando constantes, devido à reprovabilidade, perdem a condição de configurar bagatela, devendo ser submetidos ao Direito Penal.

Assim sendo, apesar de totalmente contrária ao que se entende como o correto, ou seja, a aplicação do princípio da insignificância pela análise da tipicidade, os Tribunais Superiores tem entendido que a reincidência afasta a possibilidade de aplicação deste princípio.

## Princípio da insignificância e os vetores do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, através do paradigmático acórdão proferido no julgamento do Habeas Corpus nº 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em julgamento unânime, ocorrido em 14 de outubro de 2004, buscou estabelecer balizas para a aplicação do princípio da insignificância, e apresentou vetores que passaram a ser uma referência a este e aos demais Tribunais para a aplicação da insignificância:

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva

de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. – O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Assim sendo, após este posicionamento do Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2004, também o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando, sempre com base nos vetores estipulados pelo citado HC nº 84.412/SP do STF.

É o que se verifica quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial de nº 1.459.796/MG, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, da Sexta Turma do STJ que, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental do Ministério Público Federal, decisão esta publicada em 7 de maio de 2015, e que manteve a decisão da aplicação do princípio da insignificância ao réu:

Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, para excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (conforme decidido nos autos do HC nº 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/04/2004).

Também esta Sexta Turma do STJ, em outra decisão, desta vez de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, no Habeas Corpus nº 341.187/SP, por unanimidade, concedeu de ofício a ordem, reconhecendo a insignificância e a aplicou, conforme publicado no dia 20 de maio de 2016, também neste julgamento ficou reconhecida a necessidade de se observar os quatro vetores estabelecidos pelo STF:

Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. O valor da *res furtiva* (R\$ 40,00, cujo valor à época representava em torno de 7,33% do salário-mínimo então vigente), aliado ao fato de que se tratavam de produtos de higiene, subtraídos de uma farmácia, com restituição à vítima, permite incidir o princípio da insignificância, pois nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal, fazendo-se excepcionar até mesmo o fato de o paciente apresentar anterior condenação em data remota.

Passa-se, portanto, a analisar os apresentados vetores, na busca da melhor compreensão dos mesmos.



## Mínima ofensividade da conduta do agente

O primeiro dos vetores estipulados pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2004 foi a mínima ofensividade da conduta do agente, que deve ser entendida como uma mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Desta forma, segundo afirma Adjair de Andrade Cintra, “se mínima a ofensividade da conduta em relação ao bem jurídico tutelado (abstratamente considerado), não será esta conduta típica, eis que a tipicidade requer uma ofensa (lesão ou perigo de lesão) não insignificante”.<sup>49</sup>

Por esta razão, se for mínima a ofensividade, esta não é capaz de colocar em risco o bem jurídico e, muito menos, a vida em sociedade, afastando-se, assim, da tipicidade material e da necessidade de intervenção do Direito Penal.

## Nenhuma periculosidade social da ação

O uso do vetor “nenhuma periculosidade social da ação”, nos dizeres de Adjair de Andrade Cintra, “funciona como uma válvula de escape, para excluir a aplicação do princípio da insignificância em relação a condutas consideradas socialmente perigosas, já que colocariam em risco a ‘integridade da própria sociedade’”.<sup>50</sup>

Foi com base na ausência deste vetor, que o próprio Supremo Tribunal Federal, no citado Habeas Corpus paradigmático, na decisão do Ministro Relator Celso de Mello, afastou a possibilidade de se aplicar o princípio da insignificância para pequena quantidade de substância tóxica apreendida, conforme abaixo (com a ressalva de que este tema das drogas é extremamente controverso até os dias atuais):

---

49. CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. Tese de doutorado em Direito Penal. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 100. doi: 10.11606/T.2.2011.tde-13062012-165850. Acesso em: 5 jun. 2019.

50. *Ibidem*, p. 101-102..

Cumpra advertir, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de entorpecentes (notadamente quando se tratar do delito de tráfico de entorpecentes) – por considerar ausentes, quanto a tais infrações delituosas, os vetores capazes de descaracterizar, em seu aspecto material, a própria tipicidade penal – tem assinalado que a pequena quantidade de substância tóxica apreendida em poder do agente não afeta nem exclui o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico, por entender inaplicável, em tais casos, o princípio da insignificância (RTJ 68/360 – RTJ 119/453 – RTJ 119/874 – RTJ 139/555 – RTJ 151/155-156 – RTJ 169/976 – RTJ 170/187-188 – RTJ 183/665 – RTJ 184/220).

Alegando-se a ausência deste vetor, em razão do argumento de uma eventual periculosidade social da ação, condutas insignificantes continuam a ser punidas com o uso do Direito Penal.

### Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento

Com relação a este vetor que estipula um reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, resta a crítica de que, apesar de entender o princípio da insignificância como uma causa excludente de tipicidade, utiliza-se da análise da culpabilidade para sua aplicação, o que é, no mínimo, uma contradição.

Assim sendo, tomando-se por referência o posicionamento defendido por Adjair de Andrade Cintra, tem-se que não há como condicionar a tipicidade à reprovabilidade, sendo que:

A razão desta impossibilidade está no fato de que a tipicidade toma em conta o desvalor da conduta em si própria, bem como o seu potencial ofensivo em relação ao bem jurídico, enquanto a culpabilidade toma em conta o desvalor da conduta em relação às condições pessoais do agente (ou seja, a imputabilidade, a liberdade volitiva da ação e a consciência da ilicitude) além da necessidade de se

impor uma pena em razão da conduta (devido à sua reprovabilidade).<sup>51</sup>

Esta crítica já foi devidamente formulada quando da análise do item 2.1 supra, que tratou sobre a reiteração delitiva e o consequente afastamento da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista o posicionamento dos Tribunais Superiores.

### Inexpressividade da Lesão Jurídica Provocada

O último vetor é a inexpressividade da lesão jurídica provocada e baseia-se na ideia de que a conduta poderá ser considerada insignificante, se esta lesão jurídica provocada for considerada inexpressiva.

Baseando-se neste vetor, importante lembrar o ensinamento de Cezar Roberto Bittencourt, de que “[...] a irrelevância ou insignificância de terminada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida [...]”.<sup>52</sup>

Para melhor entender este vetor, apresenta-se a ementa do Habeas Corpus nº 323.311/RJ, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em 03 de junho de 2016, decidiu que:

O princípio da insignificância baseia-se na necessidade de lesão jurídica expressiva para a incidência do Direito Penal, afastando a tipicidade do delito em certas hipóteses em que, apesar de típica a conduta, ausente dano juridicamente relevante. Sobre o tema, de maneira meramente indicativa e não vinculante,

---

51. CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos*. 2011. Tese de doutorado em Direito Penal. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 103. doi: 10.11606/T.2.2011.tde-13062012-165850. Acesso em: 5 jun. 2019.

52. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1, 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

a jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário-mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial.

## Princípio da insignificância e sua aplicação a alguns crimes

### Crimes ambientais

Com relação aos crimes ambientais, os Tribunais tem entendido de maneira diversa sobre o assunto, ora se posicionando pela possibilidade da aplicação do princípio da insignificância (TRF 3ª Região, Ap. 95.03.075496-8/SP, 2ª Turma, Relator Juiz Aricê Amaral, j. 30.9.1997, v.u. – RT 747/778; TRF 4ª Região, RSE 1999.04.01.044468-0/SC, DJU 25.10.2000, Seção 2, p. 267; TRF 3ª Região Ap. Criminal 97.03.060410-2/SP, DJU 7.11.2000, Seção 2, p. 292; STJ, RHC 64.039/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJe 03/06/2016; STF, HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.11.2004; STF, HC 83.526, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 7.5.2004; STF, HC 439/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.6.2008), ora afastando sua incidência por entender que “a preservação ambiental deve ser feita de forma preventiva e repressiva, em benefício de próximas gerações, sendo intolerável a prática reiterada de pequenas ações contra o meio ambiente, que, se consentida, pode resultar na sua inteira destruição e em danos irreversíveis” (TRF 1ª Região, Ap. Crim. 2003.34.00.019634-0/DF, 3ª Turma, Rel. Des. Olindo Menezes, j. 14.2.2006; TRF 4ª Região, Ap. Crim. 2000.71.10.004881-3, 8ª Turma, Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, DJU 9.11.2005, p. 374; TRF 1ª Região, RCrim 2002.34.00.006996-3/DF, 4ª Turma, Rel. Des. Hilton Queiroz, j. 15.3.2005).

### Roubo

Com relação ao crime de roubo, parece não haver grandes controversas sobre a não aplicação do princípio da insignificância, em especial por ser um ato cometido mediante violência ou grave ameaça, conforme a jurisprudência:

A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar a impossibilidade de se reconhecer a insignificância dos crimes cometidos mediante violência e grave ameaça, como na hipótese (STJ, HC 136.059/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 18/04/2016).

Na decisão abaixo, o STJ, para afastar a incidência do princípio da insignificância utiliza-se do argumento deste ser um crime complexo, que ofende o patrimônio e a integridade física:

Esta Corte de Justiça entende ser inaplicável ao crime de roubo o princípio da insignificância, por se tratar de delito complexo que ofende o direito ao patrimônio e à integridade física da vítima (STJ, HC 313.640/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 03/03/215).

Portanto, resta claro o posicionamento dos tribunais em não aceitar a incidência do princípio da insignificância nos crimes de roubo, algo que não é tão simples nos crimes de furto, como será observado a seguir.

## Furto

Os tribunais de forma geral têm acolhido a incidência do princípio da insignificância para os crimes de furto (levando-se em consideração os vetores estabelecidos pelo STF), e sempre fazendo a ressalva de que não se deve confundir valor ínfimo com bem de pequeno valor.

É o que ensinam Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini, quando afirmam que “[...] não há como confundir, por exemplo, pequeno valor da coisa subtraída com valor insignificante ou ínfimo; no primeiro caso há somente um abrandamento da pena, no segundo há exclusão da tipicidade”.<sup>53</sup>

---

53. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107.

Assim sendo, tal posicionamento pode ser verificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme a seguir:

Para efeitos de reconhecimento ou não do princípio da insignificância, não se pode confundir os conceitos de bem de pequeno valor com bem de valor insignificante. Apenas o segundo, necessariamente, propicia a atipicidade material da conduta. A ação de subtrair bem avaliado em aproximadamente 23% do salário-mínimo vigente à época do fato não pode ser considerada insignificante, pois o valor da *res* extrapola o limite razoável de lesividade mínima do bem jurídico tutelado (STJ, AgRg no REsp 1.573.100/RJ, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 09/06/2016).

A lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual os princípios da insignificância e da intervenção mínima surgem para evitar situações dessa natureza, atuando como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal. No caso, embora o bem subtraído tenha sido recuperado pela vítima, a conduta não pode ser considerada como um indiferente penal, visto que o furto de objetos avaliados em R\$ 225,60 (duzentos e vinte e cinco reais e sessenta centavos), não enseja a aplicação do princípio da insignificância, ante o valor da *res furtiva*. Ademais, bem de pequeno valor, que autoriza a redução da pena nos termos do § 2º do art. 155 do Código Penal, não se confunde com o de valor irrisório, que permite a incidência do princípio da bagatela (STJ, AgRg. no HC 230555/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 15/8/2012).

Este também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme jurisprudência abaixo:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado ‘princípio da insignificância’ e, assim, afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de

reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que ‘a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa’ (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. Num juízo de tipicidade conglobante, que envolve não apenas o resultado material da conduta, mas o seu significado social mais amplo, certamente não se pode admitir a aplicação do princípio da insignificância indiscriminadamente. Nesse contexto, é necessário distinguir o ‘furto insignificante’ daquele referente à subtração de bem de pequeno valor, de modo a não estimular a prática de condutas criminosas e obstar a aplicação da figura do ‘furto privilegiado’, previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal (STF, HC 120083/SC, Rel. Min. Teori Zavascky, 2ª T., DJe 6/8/2014).

Apenas a título de referência, a demonstrar, mais uma vez, a complexidade do tema, ainda com relação ao furto, há nos tribunais posicionamentos conflitantes, especialmente quando se conjuga o valor da coisa furtada à importância desta para a vítima.

## Violência doméstica

Principalmente neste momento de luta da sociedade contra a violência praticada contra as mulheres, é importante se fazer referência à súmula 589 do Superior Tribunal de Justiça, que afasta, de forma expressa, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes (e

contravenções penais) praticados contra a mulher, no âmbito das relações domésticas:

**Súmula 589 do STJ:** É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

Desta forma, buscou-se apresentar apenas alguns crimes para ilustrar a diversidade de formas de julgar dos tribunais, especialmente os Tribunais Superiores, quanto a aplicação do princípio da insignificância.

## Conclusão

São muitos os desafios e as análises que devem ser feitas com relação ao princípio da insignificância, partindo desde sua origem para o Direito Penal, conforme idealizado por Claus Roxin.

Resta a reflexão sobre o quão importante é o princípio da insignificância para afastar do Direito Penal questões que não mereçam ser por ele tratadas, resguardando-o apenas para as questões mais importantes e deixando a cargo dos outros ramos do Direito o trabalho de enfrentar esses casos menores.

Não há dúvidas de que o princípio da insignificância é de extrema importância para o Direito Penal e para a Justiça Criminal, em especial para a Política Criminal.

Mas, talvez, o maior desafio que se apresente não seja nem a verificação dos crimes para os quais é possível a sua incidência, mas sim a questão envolvendo a correta aplicação técnica do que é uma causa excludente de tipicidade, não parecendo correto, se analisar as características pessoais do indivíduo para a aplicação do princípio da insignificância.

Em suma, conclui-se, a partir da base positiva, que é a aceitação por parte dos tribunais, inclusive os Superiores, de que é possível a aplicação do princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro, a



necessidade de se enfrentar alguns desafios, como a insegurança jurídica com relação ao posicionamento dos tribunais sobre o tema e a superação dos quatro vetores impostos pelo Supremo Tribunal Federal, que, por vezes, afastam o que deveria ter inequívoca incidência deste valoroso princípio, tanto para desafogar os tribunais, como por questão de Justiça.

## Referências

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Vol. 1, 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Princípio da insignificância ou bagatela**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6369](http://wwwambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6369). Acesso em: 05 jun. 2019.
- CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. 2011. Tese de doutorado em Direito Penal. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi: 10.11606/T.2.2011.tde-13062012-165850. Acesso em: 05 de jun. 2019.
- D'URSO, Luiz Flávio Filizzola. **Crimes que o Direito Penal não pune (princípio da insignificância)**. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_27777464\\_CRIMES\\_QUE\\_O\\_DIREITO\\_PENAL\\_NAO\\_PUNE\\_PRINCIPIO\\_DA\\_INSIGNIFICANCIA.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27777464_CRIMES_QUE_O_DIREITO_PENAL_NAO_PUNE_PRINCIPIO_DA_INSIGNIFICANCIA.aspx). Acesso em: 27 mai. 2019.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GRECO, Rogerio. **Código Penal**: comentado. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude? *In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad.: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

# 14

## Ações e atitudes positivas na prevenção

Luiz Carlos Freitas Magno<sup>1</sup>

Onde quer que haja mulheres e homens há sempre o que fazer, há sempre o que ensinar, há sempre o que aprender.

(Paulo Freire, Recife – 1921 – São Paulo – 1997)

- 
1. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. Atuou por mais de vinte anos no DENARC – Departamento de Investigações sobre narcóticos, onde desenvolveu importante trabalho de prevenção quanto ao uso indevido de drogas na DIPE – Divisão de Prevenção e Educação. Atualmente é aposentado. Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES, Advogado e professor universitário. Conferencista, palestrante e autor do livro *Prevenção às drogas: acredite, você pode vencer*.

Pesquisando a história,<sup>2</sup> observamos que a droga é tão antiga quanto a humanidade. Encontramos um registro na Bíblia Sagrada que nos chama a atenção. Está em Gênesis, cap. 9, versículo 21, o seguinte: “Sendo Noé lavrador, passou a plantar uma vinha, bebendo do vinho, ficou embriagado”. Tal fato ocorreu logo após o dilúvio, portanto, nos primórdios da civilização humana. Ora, Noé vem depois de Adão, o primeiro patriarca bíblico. Assim, temos aí registrada a primeira embriaguez seguida de desordem familiar e social pois, devido à sua ebriedade, ele apresentou-se nu diante de seus filhos.

Desde o início, o álcool e seus problemas! Entre os sumerianos (a mais antiga civilização), há cerca de 5000 a.C., foram encontrados segundo o farmacologista Lauro Sollero, registros de uso do ópio para fins medicinais. Por exemplo, para aliviar uma dor ou para fins religiosos, quando o sacerdote ingeria chá de ópio e dizia “entrar” em contato com os deuses. Em outras civilizações, como na Índia, Pérsia e Grécia, há referências de seu uso para fins analgésicos, soníferos e também em orgias e rituais pagãos. É certo que a droga nefeunte descrita por Homero como “a maior destruidora de mágoas”, era o ópio.

Consta que no século XI da era cristã havia no Oriente uma seita de fanáticos que, sob o efeito do haxixe, cometia as maiores atrocidades contra os seus inimigos. Tamanha era a ferocidade que era conhecida como “haxixins”. O termo chegou até nós como assassins, assassinos, em português. O haxixe é obtido a partir de flores femininas secas da Cannabis Sativa-L, com bastante resina do THC – Delta 9 tetrahydrocannabinol (seu principal alcaloide) – responsável pelos efeitos no Sistema Nervoso Central. Trata-se de fórmula concentrada, por isso muito mais forte do que a maconha, quando fumada. Hoje temos o Skank, ainda mais potente, produzido em laboratórios clandestinos a partir de conhecimentos de genética e do cruzamento de vários tipos de maconha chegar a produzir teores superiores na 40% de THC, muito, muito além dos 1 – 3% da maconha comum, sem aditivos.

---

2. MAGNO.Luiz Carlos Freitas. *Prevenção às drogas: acredite você pode vencer*. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista Reviver, 2011, p. 16.

A maconha, segundo historiadores, é originária da Índia. Fala-se de seu uso antes do ano 3000 a.C., era utilizada, principalmente, para mudança do humor, da percepção e da consciência, levando ao estado de relaxamento e entorpecimento. A primeira referência sobre a maconha no Brasil é do século XVI, de acordo com documento oficial do governo (Ministério das Relações Exteriores, 1959). “A planta teria sido introduzida em nosso país, a partir de 1549, pelos negros escravos, como alude Pedro Correa, e as sementes de cânhamo eram trazidas em bonecas de pano, amarradas nas pontas das tangas”, segundo Pedro Rosado. Nos Estados Unidos era muito usada como hipnótico, anestésico e espasmolítico (que interrompe espasmos). Porém, seu uso “terapêutico” diminuiu consideravelmente no final do século XIX. A razão para o desuso medicinal foi a descoberta de sua rápida deterioração e, conseqüentemente, a perda de seu efeito clínico e a relação com distúrbios psíquicos, o crime e a marginalização. A droga retornou na década de 1960 e teve seu uso difundido principalmente entre os jovens americanos e europeus.

Nos papiros de Ebers<sup>3</sup> (1500 a. C.) há registros de que a mulher grávida ingeria chá de maconha para combater o enjoo (antiemético). Sabe-se hoje que de fato, um dos princípios ativos da maconha é realmente de um poderoso efeito antiemético (capaz de inibir a ânsia de vômito). Daí pesquisas científicas com o intuito de aproveitar essa propriedade em remédios para pacientes submetidos à quimioterapia, pois estes tratamentos causam muito enjoo. Em 1982, no Canadá, o THC sintético, o Marinol em cápsulas, e o Nabilone foram proibidos.<sup>4</sup> Segundo a Food and Drug Administration<sup>5</sup> – o Nabilone tem efeitos semelhantes ao THC e o Marinol tem potencial abusivo. Hoje, temos no Brasil um medicamento o Mevatyl.

---

3. Papiro Ebers é um dos tratados médicos mais antigos e importantes que se conhece. Foi escrito no Antigo Egito, datado de 1.550 a.C.

4. Texto extraído do livro *Cannabis Sativa-L e Substâncias Canabinóides em Medicina*, do Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas. Cebrid, 2004.

5. FDA, é uma agência federal do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos, um dos departamentos executivos federais dos Estados Unidos. A FDA é responsável pela proteção e promoção da saúde pública através do controle e supervisão da segurança alimentar, produtos de tabaco, suplementos dietéticos,

O Mevatyl é o primeiro medicamento com componentes da maconha aprovado para uso em nosso país. O produto é feito à base de THC e canabidiol e indicado para o tratamento de um sintoma relacionado à esclerose múltipla. De modo semelhante, os assírios usavam a maconha como incenso ou defumador (século XI a.C.). Entretanto, em meados do século XX, cientistas identificaram vários efeitos colaterais e seu uso acabou sendo proibido por lei em vários países.

Vejamos agora o caso da cocaína. A história da coca, planta originária da Bolívia e do Peru, da qual se extrai a cocaína, é bastante interessante. Era usada pelos índios da América do Sul, muito antes da chegada dos espanhóis. Há evidências arqueológicas de que os índios peruanos utilizavam substâncias à base de coca, mascando folhas, o popular “coqueio” há 3000 anos a.C. A planta era tida como “presente dos deuses” e usada em rituais religiosos, em funerais e em certas ocasiões específicas. Uma das razões para o hábito de mascar folhas de coca é que elas agiam como cardiotônico, estimulando a respiração, aumentando a energia e a oxigenação dos povos que habitavam grandes altitudes – 2.600 e 2.800 metros, onde até mesmo andar torna-se difícil em virtude da redução do oxigênio. O mito da cocaína tornou-se popular principalmente a partir de experiências e relatos feitos por Sigmund Freud (1880), que chegou a acreditar que havia descoberto a cura para alguns males como estresse e fadiga, podendo restaurar a habilidade mental, prejudicada pela depressão. Contudo, decepcionou-se profundamente ao perder um grande amigo e paciente, vítima de uma overdose. O Papa Pio XI considerou agradável o “vinho de coca” preparado à base da planta. Na Europa a bebida era classificada como muito reconfortante e seu uso social era grande. Em 1888, a Coca-Cola, um refrigerante que incluía uma fração de cocaína, era anunciado como tônico do cérebro e bebida que acabava com a exaustão. Por volta de 1904, a Food and Drug Administration – FDA proibiu o uso de cocaína no refrigerante. Hoje, contém apenas cafeína. Em 1980, ocorreu uma verdadeira epidemia de cocaína e seus subprodutos, notadamente o crack e a merla, pela altíssima capacidade que têm de desenvolver a dependência, de levar à prática de crimes (furtos, roubos, tráfico e prostituição), agressões contra familiares, etc.; tudo em busca de dinheiro para comprar a droga.

As patologias (doenças) físicas e psicológicas instalam-se rapidamente, às vezes com sequelas irreversíveis. O fumo, designação genérica do tabaco, que tem como nome científico *Nicotina Tabacum*, é uma erva tomentosa, de origem sul-americana, da qual é extraída uma substância chamada nicotina. É uma planta com mais de 2 metros de altura, cujas folhas chegam a medir 70 centímetros. Estas folhas contêm altas doses de nicotina, razão pela qual são aproveitadas em infusões para matar insetos (é uma poderoso inseticida). Seu uso surgiu aproximadamente no ano 400 d.C., nas sociedades indígenas da América Central, em rituais mágico-religiosos, com o objetivo de purificar, proteger e fortalecer. Acreditava-se também que a planta tinha o poder de revelar o futuro. Ela chegou ao Brasil provavelmente pela migração de tribos tupi-guarani. Na Antiguidade, o fumo era usado em práticas de feitiçaria, pois se acreditava que a fumaça afastava os maus espíritos. A partir do século XVI, o uso foi introduzido na Europa, por Jean Nicot, diplomata francês, vindo de Portugal, após cicatrizar uma úlcera na perna, até então incurável. Quando o navegador Cristóvão Colombo chegou à América, o tabaco já estava sendo utilizado pelos índios. Os exploradores ficaram pasmos ao vê-los colocando na boca pequenos rolos de folhas secas acesos. Alguns índios usavam cachimbos para queimar as folhas nos rituais sociais e religiosos. No século XVI, o tabaco foi levado nos navios britânicos aos índios americanos, e assim também foi introduzido na Inglaterra. No início era utilizado com fins curativos. No cachimbo, o tabaco difundiu-se rapidamente, atingindo a Ásia e a África, no século XVII. No seguinte, surgiu a moda de aspirar rapé, e foram atribuídas qualidades medicinais, pois a rainha da França, Catarina de Médici, utilizava-o para aliviar suas enxaquecas.

No século XIX, iniciou-se na Espanha o uso do charuto, propagando-se por toda a Europa, América e demais continentes. Utilizado pelos nobres e burgueses, passou a ser símbolo de sucesso. Ainda hoje a propaganda de cigarros mostra pessoas felizes que procuram ação, emoção e aventura, casais apaixonados e esportes radicais. Os anunciantes, em seus comerciais de rádio e TV, tentam convencer que aquelas pessoas são felizes e queridas porque fumam a marca X ou Y. Tentam associar que o prazer e a excitação estão diretamente relacionados ao hábito de fumar. O

“lance” é olhar esses comerciais e ver o que não é mostrado. Por exemplo, que o fumo é a primeira causa de morte não natural do país, totalmente evitável. De cada 100 pessoas com câncer pulmonar, 85 são fumantes (isso o fabricante não mostra); que a maioria das cardiopatias, isto é, doenças do coração (infarto agudo do miocárdio) é provocada pelo fumo. Cigarros provocam mais mortes do que todas as drogas psicoativas combinadas. Segundo matéria publicada no jornal *Folha de S.Paulo*, em junho de 2000, os principais efeitos do fumo incluem: câncer nos lábios, boca e laringe (30%); faringe (80%); traqueia, pulmão e brônquios (80%); rim e outras neoplasias do trato urinário (30%); e colo do útero (20%).

Pesquisas indicam que 70% das agências de empregos preferem os não fumantes, pois sabem que os funcionários são menos suscetíveis às doenças e faltam menos ao trabalho. Ainda há a questão da poluição ambiental. Hoje o fumo é cultivado em todas as partes do mundo. É responsável por uma atividade econômica que envolve milhões de dólares. Quanto às maneiras de se consumir são: cachimbo, rapé, charuto e cigarros. Ainda existe o hábito de mascar o tabaco. A origem dos cachimbos perde-se na noite dos tempos, existe há milênios, antes da introdução do tabaco, e sob as mais diversas formas. Inclusive, foram encontrados ao lado de fósseis em distintas áreas geográficas. Chegando a Europa, o tabaco espalhou-se de forma veloz, reinando predominantemente durante três séculos. Na segunda metade do século passado cedeu lugar para o charuto, em seguida para o cigarro. Nos rituais religiosos, entre os índios americanos, foram usados os famosos “cachimbos da paz”, para celebração ou confraternização.

O homem civilizado deu status ao tabaco. Formou clubes onde o consumiam, trocavam ideias, faziam negócios. Damas da alta sociedade, também o fumavam, por isso alguns são caríssimos. No século XVIII, na Europa, o rapé e a mania de aspirar tabaco espalhou-se, por causa de suas “qualidades medicinais, pois o espirro eliminava os humores supérfluos, revigorava o cérebro e clareava a mente”. Cessada a ilusão terapêutica, o hábito enraizou-se no comportamento social e imperou cerca de 200 anos. Até a rainha Catarina, da Inglaterra, mascava tabaco e todos que o mascavam o cuspiam constantemente, por isso havia escarradeiras nos salões, e algumas que eram portáteis, para serem levadas nos bolsos. Em 1850

o escritor inglês Charles Dickens, em viagem pelos Estados Unidos ficou impressionado com o hábito de mascar tabaco e escreveu: “Washington D.C. pode ser chamada o depósito da saliva tingida de tabaco”. O pior, o uso pode voltar, pois estão desenvolvendo o tabaco sem fumaça (*smokeless tobacco*), que é chupado, podendo ser deixado entre a bochecha e a gengiva, devido a campanhas intensas contra a poluição ambiental. Além da sujeira dos escarros, estes mascadores correm o risco de alta incidência de leucoplasias e câncer da boca”.

O charuto teve seu reinado no século passado. Em 1814, do texto extraído da obra *Temas sobre tabagismo*, da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, 1998, de José Rosemberg. Ele foi professor titular de Tuberculose e Pneumologia, da Faculdade de Ciências Médicas de Sorocaba, PUC-SP, presidente da Comissão de Tabagismo da Associação Médica Brasileira, presidente do Comitê Coordenador do Controle de Tabagismo no Brasil, presidente da Comissão Estadual de Prevenção e Controle do Tabagismo do Estado de São Paulo, de acordo com a The American Cancer Society. Da Espanha, espalhou-se por toda a Europa. O Parlamento inglês, em 1821, motivado por essa grande fonte de renda submeteu-o ao controle governamental. Em 1870 os ricos de todo o mundo ostentavam o charuto na boca. Nos Estados Unidos, homens de negócios, políticos, governantes, exibiam-no como símbolo de poder. Hoje está muito popular os cigarros eletrônicos, ou Vape, e os seus usuários são conhecidos como *vapers*, que são dispositivos eletrônicos e, por não haver queima de papel e gerar o mau hálito, parece uma opção melhor que fumar o cigarro comum. Todavia, contém outras substâncias químicas além do tabaco, produzem maior volume de fumaça, não tem cheiro, mas faz tanto mal quanto o cigarro tradicional, pode variar de 6 a 18 cigarros comuns, uma seção de tragadas, ainda é proibida a venda no Brasil.

Prevenção quanto ao uso indevido de drogas, mas por que isso? Do que estamos falando? Afinal o que vem a ser? É o que procuraremos responder. Como visto acima, a humanidade sempre teve de conviver com substâncias psicoativas, isto é, aquelas que são capazes de interferir em nossa capacidade de raciocínio, julgamento, decisão, exatamente isso: nossa capacidade de pensar, de analisar, de tomar decisões, o que afinal é o que nos



torna humanos. “Cogito, ergo sum” atribuída ao filósofo Descartes,<sup>6</sup> penso, logo existo, ou melhor: penso, portanto sou... Melhor ainda a expressão bíblica no livro do Gênesis: 1 -26, “E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra”. Isto é, ele possuirá alguns dos meus atributos, tais como: a capacidade de pensar, criar, modificar, raciocinar, sonhar, amar. E, justamente por isso, as drogas psicotrópicas atuam nesse sítio. Agora você começa a atender a íntima relação entre drogas psicotrópicas e toda sorte de acidentes com armas, acidentes no trânsito, atropelamentos, agressões, lesões corporais, homicídios, suicídios, estupros, roubos, crime organizado, violência principalmente contra a mulher, contra crianças e idosos... A lista é muito longa, mas sempre envolve lares desfeitos, pessoas presas, outras que perdem a vida. É isso que torna a questão da prevenção quanto ao uso indevido de drogas, algo crucial para a sociedade.

O tema ganha grande relevância nos dias atuais, devido ao incrível crescimento do tráfico de drogas. Com um aumento substancial da disponibilidade, jovens têm acesso fácil às substâncias psicoativas de diversas maneiras, principalmente com o advento da internet e das redes sociais, o que exige de todos nós pensarmos profundamente na questão em razão das consequências pessoais, sociais e laborativas.

Quando pensamos em prevenção quanto ao uso indevido de drogas, logo nos vem à mente o conceito de *qualidade de vida*, descrita como o conjunto de condições favoráveis que permite ao indivíduo, ao grupo e à comunidade, manter-se, realizar-se e expandir-se, segundo a Teoria de Carl Rogers.<sup>7</sup> Mas prevenir, o que? O uso indevido de drogas e não as drogas. Prevenção ao uso indevido de drogas, é uma intervenção cujo objetivo é evitar o estabelecimento de uma relação destrutiva de um indivíduo com a droga; levando-se em consideração as circunstâncias em que ocorre o

---

6. René Descartes (1596-1650) filósofo e matemático francês. Criador do pensamento cartesiano, sistema filosófico que deu origem à Filosofia Moderna.

7. Carl Rogers (1902-1987) foi um psicólogo norte-americano. Desenvolveu a Psicologia Humanista, também chamada de Terceira Força da Psicologia.

uso, com que finalidade e qual o tipo de relação que o sujeito mantém com a substância, seja ela lícita ou ilícita. Devemos ainda pensar, mas prevenir. Como? Ora, para que uma proposta de prevenção seja bem sucedida é fundamental que as ações sejam orientadas no sentido de metas e objetivos visando: a qualidade de vida, já citado anteriormente, a educação e a valorização da vida e da saúde.

Uma pergunta: informar sobre os malefícios físicos, psíquicos e sociais são suficientes? Bem, para a OMS Organização Mundial da Saúde, uma pessoa bem informada tem muito menos chances de ser envolvida e vir a usar drogas. Assim, ações que não sejam baseadas no medo, em ameaças, repassadas de forma alarmista, como por exemplo, atribuir a determinada droga, efeitos e malefícios que ela de fato não produz, hipervalorizando seus efeitos como forma de inculcar medo, temor são altamente contraproducentes, principalmente quando falamos a jovens. Com efeito, jovens são imortais, invulneráveis, onipotentes, nada lhes acontece, jovem não morre – *forever young* – muito menos ficar dependentes ou viciados em qualquer droga.

A informação passada de forma clara, correta, pode muito contribuir para a prevenção. Cito alguns exemplos: afirmações do tipo, cocaína mata, cigarro mata, o crack mata. Matam mesmo? A resposta poder ser sim, às vezes, muitos perderam a vida, mas não se estende a todos. O cigarro mata mas, quantas pessoas você conhece que fumam desde os doze, quatorze anos, estão com oitenta, noventa anos e seguem fumando? Lembro-me nos cursos de prevenção como delegado de polícia, promovidos pelo Departamento de Narcóticos, da Polícia Civil de São Paulo, quando íamos, e ainda vamos, realizando os cursos de prevenção e palestras aos alunos do ensino médio, superior, aos professores, aos pais, em unidades militares, enfim. Certa vez um aluno do fundamental levantou a mão e perguntou: professor, cigarro mata mesmo? Estava eu falando dos malefícios físicos e psicológicos da nicotina e seus mais de 4.000 componentes. Senti que a pergunta não era gratuita, havia um ar de malícia em seus olhos. Então respondi, sim, para algumas pessoas, não para outras.

O fato é que, não obstante, alguns resistem a seus malefícios, então eu perguntei: por que da sua indagação, você fuma? Ele disse, não, é que a

minha avó está com 87 anos e ainda fuma... humm. Alguns professores sorriram para mim, como quem diz, escapou hein! Ainda outro exemplo de falácia do discurso moralista ou fatalista... Estávamos no Denarc, e o prédio ficava muito perto, a alguns quarteirões da região que ficou conhecida como “Cracolândia”,<sup>8</sup> devido a alta concentração de usuários de, principalmente, crack. Nas entrevistas para a televisão, era comum os jornalistas me perguntarem, “professor, o crack mata em quanto tempo?” Meses? 1 ou 2 anos? Respondia, [...] “anos e anos, isso se vierem a morrer”. Lições aprendidas da literatura internacional e com profissionais de medicina como o Prof. Dr. Ronaldo Laranjeira, Doutor em psiquiatria, e autoridade internacional, um grande pesquisador, ele dizia:

Magno, cuidado com certezas absolutas, principalmente em medicina, em ciências médicas e psiquiátricas, portanto, ao educador, ou quem pretenda trabalhar com prevenção, indicamos os seguintes cuidados: o conteúdo das informações deve estar diretamente ligados às drogas; cada atividade por si só, não garante o êxito ou sucesso de um programa; informações isoladas não previnem comportamentos, nem inibem escolhas erradas; informação quando não contextualizada pode até ser contraproducente; respeitar as características de cada região, bairro, cidade, nível sócio-econômico [...].

Trabalhar com a prevenção ao uso indevido de drogas exige certo conhecimento técnico de algumas expressões e definições que lhe são bastante comuns e facilitam o entendimento. Com o objetivo de familiarizar o leitor com a matéria, reunimos algumas explicações para expressões técnico-científicas. Devemos entender por Farmacologia o ramo da medicina que estuda os fármacos (do grego *pharmakon*), sob todos os aspectos: elemento que compreende os medicamentos. Farmacodinâmica: parte da

---

8. Palavra popular para designar uma área no centro da cidade de São Paulo, situada no bairro de Santa Ifigênia e ruas adjacentes. Reúnem-se centenas, senão milhares de homens e mulheres, jovens, mulheres grávidas, todos em busca das pedras de crack, subproduto da cocaína. Verdadeiros “zumbis” de seres humanos...

Farmacologia que estuda as ações e efeitos dos medicamentos. Farmacod dependência: para a Organização Mundial da Saúde – OMS, é um estado psíquico e às vezes físico, causado pela interação entre um organismo e um fármaco. Caracteriza-se por modificações do comportamento e outras reações, que compreendem sempre um impulso irremovível, para tomá-lo, de forma contínua e periódica, para experimentar seus efeitos psíquicos e, às vezes, para evitar o mal produzido pela privação. A dependência pode ou não ser acompanhada de tolerância. Toxicologia: é a parte ou ramo da ciência que estuda as substâncias nocivas à saúde, suas ações, seus sintomas e efeitos, desde as intoxicações ou envenenamentos. Toxicofilia: de tóxico = veneno + filia = amor. A expressão significa a peculiaridade apresentada por certos indivíduos que têm inclinação para as drogas psicotrópicas. Veneno: é definido como qualquer substância biologicamente ativa que, mesmo em pequenas quantidades, se introduzida e absorvida pelo organismo pode causar sérios distúrbios à saúde, inclusive a morte. Patologia: ramo da Medicina que se ocupa da natureza e das modificações estruturais/funcionais produzidas pela doença no organismo. Medicamento: substância ou preparado utilizado como remédio ou fármaco. Quanto ao abuso de medicamentos, a perigosíssima – automedicação – nossa sociedade recorre a comprimidos, antibióticos, analgésicos de todos os tipos, geralmente sem necessidade, e sem a menor ideia de suas reações, dos efeitos colaterais, do sinergismo, potencialização e antagonismo. É preciso educar o povo, alertando para o perigo que constitui a automedicação. Jamais pedir informação sobre medicamentos para qualquer pessoa que não seja um profissional da saúde, habilitado a orientar e prescrevê-los. Exclusivamente o médico, ele e somente ele, está habilitado a prescrever remédios. Seu vizinho não pode, seu melhor amigo ou amiga, por melhores que sejam suas intenções, não podem e não devem fazê-lo... “ah, para mim, funcionou”, já ouviu isso? Fulano tomou e não aconteceu nada,... e outras. É mas muita gente foi parar no Pronto Socorro ou UTI e até morreu por automedicação. O inferno está cheio de gente bem intencionada.

Pais que dão remédios sem prescrição médica correm um sério risco de “iniciar” seus filhos na dependência química, por exemplo, ao ministrar xaropes para a tosse com princípios ativos psicotrópicos (codeína), descongestionantes nasais, antialérgicos (pseudoefedrina), calmantes

popularmente conhecidos como “leves”, fitoterápicos (medicamentos feitos de partes de plantas sem a purificação de seus princípios ativos) e até alguns tônicos que contêm álcool em sua fórmula. Quem não se lembra do popular Biotônico Fontoura? Quem de nós com mais de 40 ou 50 anos, não tomou, que atire a primeira pedra... kkk. Pois bem, saiba que ele continha em sua fórmula 9,5% de teor alcoólico, daí seu uso abusivo na América durante a Lei Seca. Felizmente no Brasil, desde 2001 a Anvisa,<sup>9</sup> mandou retirar o álcool de sua formulação e, portanto pode ser administrado às crianças, é claro, sob orientação de um profissional de saúde. Nada de automedicação, já falamos sobre isso.

A máxima é “Remédio só se toma quando se esta doente, e sob orientação médica”. Droga: por definição, segundo conceito da Organização Mundial da Saúde – OMS, é toda substância ou produto que, administrado ao organismo vivo, produz artificialmente modificações em uma ou mais de suas funções. Psicotrópicos: são substâncias que têm “tropismo”, isto é, exercem atração e afinidade com o Sistema Nervoso Central. Agem principalmente sobre o cérebro e a mente e, por isso, são também chamadas de psicoativas, e podem levar a pelo menos duas consequências: alterar o comportamento e conduzir a atos antissociais.

Caro leitor, Observe que o nosso corpo não distingue se a substância é legal (permitida por lei), ou se é ilegal (contra a lei), porque para ele não importa o aspecto jurídico, apenas e tão somente o fisiológico, orgânico bioquímico ou psíquico. Assim, maconha e cocaína são drogas porque fazem mal ao organismo, como cigarro e álcool, pouco importando se proibidas ou liberadas. O fato de ser droga natural, também em nada lhe tira o potencial lesivo. Por natural entende-se o que é extraído da natureza. Certas pessoas usam determinadas drogas e acham que por serem naturais, não fazem mal. Grande engano. Tabaco é natural, maconha, veneno de cobra e até água também o são. Todos eles podem causar mortes, basta observar as intoxicações e os afogamentos.

---

9. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária.

Certas drogas podem ser classificadas como semissintéticas, quando sofrem processos de industrialização, como a morfina, cuja base é o ópio (natural), o princípio ativo é extraído da natureza, depois levado aos laboratórios onde são modificadas, preparadas e potencializadas. Drogas sintéticas são desenvolvidas totalmente em laboratórios, como as anfetaminas, LSD e os barbitúricos. Isso significa dizer que não carecem de plantas ou sementes da natureza, tudo é desenvolvido nos laboratórios.

Por falar em remédios, todos são drogas. É claro, se receitados por profissional da saúde e tomados em dose exata, são considerados medicamentos e visam a cura do paciente. Caso contrário, podem gerar sérios danos à saúde. Por isso é que são comprados em drogarias, o que é uma drogaria?, perguntaria um estrangeiro, que ainda não dominasse nosso idioma, e você lhes responderia, lugar onde se vendem drogas ou não?

Particularmente, interessa-nos um grupo especial de drogas, os psicotrópicos (que agem sobre o Sistema Nervoso Central). A palavra formada de dois radicais, psiqué: do grego, *psyqué*, “alma”, “mente”, “espírito”, e tropismo: de trop(o) + ismo, que exerce atração por. Como já mencionado, são substâncias ou produtos que atuam por atração ou seletividade no Sistema Nervoso Central. Ora, É na mente que reside a nossa capacidade de pensar, analisar, julgar, abstrair e agir. É ela a sede do nosso pensamento, do intelecto. É exatamente esta capacidade o fator que nos distingue dos outros animais. Foi basicamente isso que Deus deu ao homem, para que através da inteligência, tivesse domínio sobre todas as coisas. “Façamos o homem à nossa imagem e semelhança, e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves do céu, e sobre o gado e sobre toda a terra” (Gênesis 1:26).

Basicamente, o Sistema Nervoso Central é um processador de informações. O cérebro é o órgão mais protegido do corpo, possui uma barreira chamada hemato-encefálica e somente esta classe de drogas, as psicotrópicas ou psicoativas, classificadas como (estimulantes, depressoras e perturbadoras) são capazes de atravessá-la. Funciona por meio de uma imensa rede de células nervosas (neurônios) através de neurotransmissores, que são elementos bioquímicos que transmitem mensagens por meio das sinapses (local de aposição funcional entre neurônios, onde as transmitem de um para o outro). Ele filtra, analisa, recupera e elabora informações,

programando reações motoras que são comunicadas aos órgãos executores. Sendo órgão basicamente processador, o cérebro trabalha constantemente. Embora pesando apenas 2% do corpo humano, recebe 20% do fluxo sanguíneo. É exatamente disso que decorre o perigo do uso de psicotrópicos ou psicoativos, porque, sob efeito destas substâncias, usuários com psiquismo alterado podem praticar atos impensados e violentos, perdendo o controle sobre si, praticando toda sorte de males a si mesmos e às pessoas com as quais convive ou se relaciona. Agora, você começa a entender a íntima relação entre o uso e abuso de drogas e a criminalidade.

A relação entre drogas e a criminalidade é tão intensa que, muitas vezes, torna-se difícil ou quase impossível identificar em determinado comportamento, qual fator desencadeou o processo desviante. Existem pessoas se prostituindo (prostituição em si, não é crime) – citada como comportamento desviante para estas meninas – com um único objetivo: comprar drogas. Moças bonitas, saudáveis, de famílias de classes média e alta, muitas cursando as melhores universidades que, vencidas pela dependência química, apelam para a prostituição para sustentar o vício. O que acontece com a maioria delas é que, em momentos de fissura, praticam relações sexuais sem qualquer proteção, com vários parceiros, expondo-se ao vírus HIV, sífilis, hepatite, septicemias e DSTs (doenças sexualmente transmissíveis).

Diferentemente das prostitutas profissionais, estas mulheres depreciam-se fazendo vários programas por dia, por preço vil. Noutras vezes, estão tão dependentes, principalmente da cocaína e do crack, que chegam a abandonar a escola, família, perdem emprego e, assim, sem sustento, sem qualquer atividade lícita ou apoio, partem para a prostituição visando sua auto manutenção. Com os rapazes observamos fenômeno semelhante. Quando começam a usar drogas, elas lhes são oferecidas, gratuitamente. Posteriormente, pagam apenas uma parte. Por algum tempo, a “mesada” ainda suporta. Logo, começam a praticar pequenos furtos: em casa, apropriam-se de anéis, correntinhas de ouro, brincos, relógios, dinheiro do bolso dos pais, enfim, quaisquer objetos de valor e que sejam de fácil comercialização. Peças de roupas e tênis de marca desaparecem sem qualquer explicação. Eles vão utilizar o mesmo expediente em casas de parentes e de amigos, que jamais desconfiam deles e nem conseguem

explicação para o desaparecimento de seus bens, sendo comum atribuir o fato a empregados domésticos. Infelizmente, se tudo isso não for suficiente para sustentar o vício, muitos partem para o crime. São furtos de aparelhos de som em veículos, rodas sobressalentes – estepe dos carros e artigos em lojas; ataques a pessoas nas ruas e nos semáforos – as conhecidas “tombadas”. Alguns, de posse de uma arma, praticam os crimes mais graves como roubos e sequestros e homicídios. Como descrito na Bíblia Sagrada: “um abismo chama outro abismo”, Salmos 42:7.

Alguém disse: “os adolescentes necessitam de pais morais, e não de pais materiais”. O jornalista Carlos Alberto Di Franco, assim expressa:

[...] reféns da cultura da auto-realização, alguns pais não suportam ser incomodados pelas necessidades dos filhos. O vazio afetivo imagina na insanidade de seu egoísmo, pode ser preenchido com carros, boas mesadas e um celular. Erro fatal. A demissão do exercício da paternidade sempre acaba mal. A omissão da família está se traduzindo no assustador aumento da delinquência infanto-juvenil.

E acrescenta: “O inchaço do ego e o emagrecimento da solidariedade estão na origem de inúmeras patologias”. Discorrendo sobre o mesmo tema Mark Stein, colunista da revista britânica *The Spectator*, salientou: “Se a crescente falange de adolescentes criminosos deixa algo claro, é o fato de que, cada vez mais, pais não conhecem os próprios filhos”. O indivíduo que tem inclinação às drogas já possui concomitantemente um desequilíbrio mental enquadrável entre as psicoses, neuroses, psicopatias ou oligofrenias (insuficiência mental) e, como tal, é propenso a ações delituosas, independentemente da ação farmacológica da substância. Sob o efeito delas, atos de violência são facilmente efetivados. Abusando, dependendo da dose, duração e frequência, o indivíduo passa a ter comprometimento de todas as suas funções cotidianas em suas várias facetas.

É muito importante para quem vai atuar na prevenção ao uso ou abuso indevido de drogas, saber exatamente, em que nível atuar, qual a sua formação intelectual e profissional a fim de promover ações corretas e devi-



das para abordar um problema que, multifacetado, complexo e cujas soluções exigem do profissional ou ator estar preparado para uma abordagem de resultado positivo.

Mas o que é prevenir? Prevenir é pré-venir, pré ver, ver antes... isto é, dispor com antecipação, evitar que o mal aconteça advertir. São ações e medidas para que determinado mal seja evitado. No caso das drogas, são ações e medidas promovidas pelos pais, pelos professores e pelas escolas, a fim de evitar ou retardar que as drogas cheguem aos adolescentes, e que se estabeleça o seu início, e isso se dá por meio de medidas educativas, a promoção de estilos saudáveis de vida, por meio de exemplos positivos. Destina-se primordialmente àqueles que nunca usaram, ou não estabeleceram qualquer relação consigo e a droga. Nesta abordagem, valem bons exemplos, apostar nas boas amizades, evitar lugares onde pode estar ocorrendo o uso de drogas, festas baladas. Dá para conversar a respeito, dar conselhos, enfim, ele/a não usa drogas e a ideia é reforçar os conceitos.

Na prevenção secundária, já temos o consumo leve ou moderado, não são dependentes, todavia, correm sério risco de chegar à dissidência se nada for feito. Nesta abordagem, realmente necessitam de ajuda externa, como por exemplo de líderes como o pastor, o padre, psicólogos e profissionais médicos. Os pais, não podem cair nas armadilhas, que eles semeiam, tais como, foi só essa vez, a droga não é minha, guardei para o colega, pois o pai dele é violento, eu sei que é perigoso, a senhora, mãe dele, está certa, não esquento, nem ando mais com eles. Tudo mentira! São exímios mentirosos, dissimulados. Os pais estão loucos para acreditar, afinal, se ele estiver dizendo a verdade, puxa, já passou. Não se iluda.

Já na prevenção terciária, o jovem já está vencido pelas drogas, é um dependente químico, precisa de tratamento médico, psiquiátrico e psicológico especializados. Não cabem aqui, conselhos, ameaças de mandar embora, cortar a mesada. Já não cabem conselhos, não faça mais isso, sermões moralistas, emocionantes, busca-se a recuperação, o tratamento, especializado, o quanto antes, não fique com pena, eles vão chorar, dizer que jamais querem ver a sua cara, que a culpa é de vocês. Não hesite, o caminho será árduo, de recaídas, mas tenha fé, vale a pena, jamais desista do seu filho/a.

O encaminhamento a critério do profissional para internação, pode ser pela via voluntária, a melhor opção, pois ele coopera. De modo involuntário, ocorre muita resistência ou compulsoriamente, de forma mais complexa, depende de laudo médico que justifique a medida extrema, como situação real e iminente de perigo concreto para o dependente, ou para a sociedade ou por parecer do Ministério Público, onde intervém o Juiz de Direito. Como disse é um processo judicial, baseado na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.<sup>10</sup>

Com o avanço dos conhecimentos na produção, na indústria química, a cada dia surgem novas drogas psicoativas, em escala mundial, com mão de obra especializada e marginalizada, principalmente na Europa e na Ásia, são engenheiros, químicos, técnicos desempregados que são literalmente cooptados para trabalharem na produção destas drogas de laboratório e com altos vencimentos. Assome-se a isso uma crise mundial financeira jamais vista em tempos recentes. Uma combinação bombástica que leva à produção de drogas em laboratórios clandestinos. Estas drogas, muitas delas resultantes da combinação de dois ou mais subprodutos, com efeitos exponencialmente danosos.

É importantíssimo destacar de que droga está se falando e qual a faixa etária de iniciação. Os pais, professores, médicos, psiquiatras, psicólogos, enfim, todos que se debruçam sobre a questão. Vou utilizar como norte o VI Levantamento Nacional sobre o consumo de drogas psicotrópicas do ensino médio e fundamental, das redes públicas e particulares realizado em 2010 pelos CEBRID – Centro Brasileiro sobre drogas em parceria com SENAD E Unifesp. Vale lembrar que o CEBRID é, no Brasil, o melhor e mais completo órgão de pesquisa. Ali todos os interessados, vão encontrar, o quadro geral no país em relação ao consumo de drogas, em cada uma das 27 capitais, por faixa etária, sexo, nível socioeconômico e demais dados.

Na amostra realizada nas 27 capitais, em um universo de 50.890 estudantes, sendo que 31.280 na rede pública e 31.290 na rede particular, 51%

---

10. Lei nº 10.216, de 10 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

sexo masculino, 47% do sexo feminino, faixa predominante de usuários entre 13 a 15 anos de idade, uma expressiva cifra de idade entre 10 e 12 anos. Quais são as drogas mais utilizadas? Aqui muitos vão se surpreender pelas porcentagens. Bebidas alcoólicas 42%, tabaco 6,6%, maconha 3,7%, ansiolíticos 2.6%, cocaína 1.8%, anfetaminas 1.7%, mistura de energéticos e álcool 15.2%, anabolizantes 5.1% e ecstasy 1.3%. A conclusão a que chego é a de que a pergunta correta a ser feita principalmente dos pais não é se a droga chegará aos seus filhos, mas quando. E, pelo levantamento, fica muito claro que estão nas escolas não importa, se pública, privada, se nas mais caras, ou na periferia. Não importa. Estão na balada, nos clubes sociais, na igreja, sim senhor, independente da sua confissão de fé, se Cristão evangélico, católico, exotérico, espírita, não importa. Onde houver um ajuntamento de jovens, infelizmente, com muito pesar admitir, haverá a maldita droga a aguçá-los o espírito, oferecida como a pílula mágica que resolve todos os problemas que afligem ao pré-adolescente e aos adolescentes. Ávidos pelo conhecer, descobrir o mundo, superar os problemas naturais porque passa o adolescente na busca por sua identidade. Trago à colação importante texto do Prof. Maurício Knobel,<sup>11</sup> e “Síndrome Normal da Adolescência” diz ele:

[...] observa que o adolescente vivencia “desequilíbrios e instabilidades extremas” com expressões psicopatológicas de conduta, mas que podem ser analisadas como aceitáveis para o seu momento evolutivo, pois constituem vivências necessárias para se atingir a maturidade. Reúne sob a denominação de “síndrome normal da adolescência” ou “normal anormalidade da adolescência” ao conjunto de sinais e sintomas que caracterizam esta fase da vida e que são: a busca da identidade, tendência grupal, necessidade de fantasiar e intelectualizar, crises religiosas, deslocamento temporal, evolução sexual, a descoberta do próprio

---

11. Maurício Nobel foi vice-presidente da Federação Internacional de Psicoterapia da Alemanha e membro emérito do Colégio Internacional de Medicina Psicossomática também na Alemanha. Idealizador e ex-coordenador dos cursos de especialização em psicopatologia e psicoterapia da infância e em psicopatologia da adolescência da Faculdade de Ciências Médicas da Unicamp,

corpo rumo à definição da sua homo ou heterossexualidade, atitude social – reivindicatória, contradições sucessivas de conduta, separação progressiva dos pais e constante flutuação de humor e ânimo.

Como é de se observar, penso que a vida de um adolescente não é nada fácil como supõe alguns e, ao que tudo indica, parecem dias mais difíceis e complexos se comparados aos nossos. Tenho a nítida impressão que a vida em sociedade era muito mais simples, com menos cobranças, maior tolerância, a educação paterna mais presente, autoridade dos professores na escola, tudo isso permitia um ambiente mais saudável e praticamente não havia entre nós adolescentes com acesso à qualquer substância psicoativa, um ou outro, mui raramente, os “mais velhos e mais malandros” excesso de bebida alcoólica ou maconha. Cocaína? Nem pensar, somente na classe A, os ricos, é que tinham acesso e muito restrito.

A verdade é que crianças podem ter acesso às substâncias psicoativas, infelizmente nas vezes em que os adultos, sejam pais, tios, amigos adultos, usam cigarros, bebem abusivamente, fumam maconha em casa e até cheiram uma carreira de cocaína na frente das crianças. Isto é arrasador, altamente condenável, Quem nunca ouviu uma criança dizer que seu papai o deixa dar um “tragadinha”, ou “golinho só” pode só a “espuminha da cerveja”. Vinho dissolvido em água com açúcar. Aliás, nosso idioma com o diminutivo, é uma grande cilada, parece que reduz a maldade, a violência e o perigo. É só uma “cheiradinha”, “uma batidinha”, “uma escapadinha”, e outros que tais.

É claro, que os adolescentes são as vítimas em potencial.

Com efeito, é na adolescência que a maioria dos usuários de drogas tem o primeiro uso, a experimentação. É o primeiro passo e isso pode mudar uma história. Pode ser, um fato isolado, sem qualquer significado mas, não raro, pode ser o início de uma história com final devastador, de sofrimento não só para o usuário mas para todo seu núcleo social: pais, parentes amigos, na escola, universidade. Um alerta aos pais que possuem seus filhos acima dos 18 anos de idade: isto passa uma falsa impressão que agora, já sabem o que fazem, “eu já lhe ensinei tudo que poderia ter ensinado e

agora é com ele"! O fato é que os jovens adultos também são um grande grupo de risco para envolvimento com drogas e outros comportamentos perigosos, pois normalmente pensam: "Sou dono do meu próprio nariz", "Eu posso fazer o que quiser", "Ninguém manda em mim agora". É com este forte ímpeto que muitos partem para uma viagem sem volta e, se isto acontecer, o que os pais vão dizer? "Quer sejam crianças, adolescentes ou mesmo jovens adultos, nossos filhos serão sempre nossos filhos, estarão sempre em nossos pensamentos, em nossas orações e em nossos corações. Sua felicidade, seu bem-estar e suas vidas serão sempre da nossa conta", nas sábias palavras do psicólogo Claudemir Lucio Moraes dos Santos,<sup>12</sup> em seu livro *Prevenir sempre: mantendo as crianças e adolescentes seguros e livres das drogas*, vol. 1, 2020.

Neste sentido, podemos pensar no que chamo de "fatores de risco" e "fatores de proteção", que são fatores a partir do indivíduo e, se observado por seus pais, educadores, podem muito reduzir as chances de que venha a se envolver com drogas.

São exemplos de fatores de proteção: habilidades sociais, espírito de cooperação, habilidade para resolver problemas, vínculos positivos com instituições, valores éticos e religiosos, autonomia e autoestima desenvolvida. Ao contrário são considerados "fatores de risco": insegurança, baixa autoestima, insegurança, conflitos sexuais, fobias, rejeição, discriminação racial, sintomas depressivos, paranoia da estética, necessidade constante de autoafirmação, curiosidade busca pelo prazer, hedonismo, anomia e ausência de regras e valores.

No que diz respeito ao ambiente escolar, são apontados pelos especialistas em educação os seguintes fatores de proteção: bom desempenho escolar, boa inserção e adaptação no ambiente escolar, ligação forte com a escola – vínculos afetivos saudáveis com os colegas, os professores, com os funcionários da escola e descoberta de possibilidades (talentos pessoais). São considerados fatores de risco: baixo desempenho escolar, falta de regras claras, baixa expectativa em relação à vida, ao seu futuro, falta de

---

12. Do livro *Prevenir sempre*. Psicólogo Claudemir Lucios dos Santos.

vínculos com as pessoas no ambiente escolar, professores, funcionários e colegas, desinteresse pela leitura e pela aprendizagem.

Agora vamos aos pais e professores, no geral:

1. Ensinar o jovem a arte de pensar;
2. Desenvolver a consciência crítica;
3. Estabelecer metas e sonhos;
4. Ensinar a pensar antes de agir;
5. Encorajar atitudes positivas do usuário;
6. O Conhece-te a ti mesmo de Sócrates, por derradeiro – lembrar o ensinamento do NAR-ANON “Ninguém é responsável pela dependência de outra pessoa, ou pela sua recuperação”. Pais: “figuras de autoridade e modelo para as crianças”.

Quero encerrar este pequeno capítulo, agradecendo a Deus, que é o Grande Arquiteto do Universo, aos colegas e amigos da Polícia Federal, com as palavras do Rei Salomão, o qual assim se expressa, no livro do Provérbios de Salomão:

“Ensina a criança no caminho em que deve andar, e, ainda quando for velho, não se desviará dele”. Provérbios 22:6.

## Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária.

ALMEIDA, João Ferreira de. **Bíblia Sagrada**. Ed. revista e corrigida. 72. ed. São Paulo, 1990.

BRASIL. Lei nº 10.216 de 10 de abril de 2001. **Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental**. Brasília-DF.

DESCARTES, René (1596-1650) filósofo e matemático francês. Criador do pensamento cartesiano, sistema filosófico que deu origem à Filosofia Moderna.

FRANCO, Carlos Alberto di. Bacharel em Direito. Especialista em Jornalismo Brasileiro e Comparado. **Jornal O Estado de S.Paulo**.

LARANJEIRA, Ronaldo. Médico psiquiatra brasileiro, coordenador da Unidade de Pesquisa em Álcool e Drogas na Escola Paulista de Medicina da Universidade Federal de São Paulo e é PhD em Dependência Química na Inglaterra.

MAGNO, Luiz Carlos Freitas. **Prevenção às drogas:** acredite você pode vencer. Ed. revista e ampliada. São Paulo, Revista Reviver, 2011, p. 16.

NOBEL, Maurício. Foi vice-presidente da Federação Internacional de Psicoterapia da Alemanha e membro emérito do Colégio Internacional de Medicina Psicossomática, também da Alemanha. Idealizador e ex-coordenador dos cursos de especialização em psicopatologia e psicoterapia da infância e em psicopatologia da adolescência da Faculdade de Ciências Médicas da Unicamp,

ROGERS, Carl, (1902-1987) foi um psicólogo norte-americano. Desenvolveu a Psicologia Humanista, também chamada de Terceira Força da Psicologia.

SANTOS, Claudemir Lucio Moraes dos. **Prevenir sempre:** mantendo as crianças e adolescentes seguros e livres das drogas. Vol. 1, 2020.

## A prescrição penal na jurisprudência dos Tribunais Superiores

Sheyner Yàsbeck Asfóra<sup>1</sup>

Ana Paula Trento<sup>2</sup>

- 
1. Advogado Criminalista. Presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – Abracrim. Ex-Conselheiro Federal da OAB (2013/2015). Doctor Honoris Causa pela Academia Jurídica de Baja California A.C. “Fraternidad y Solidaridad Jurídica”. Especialista em Ciências Criminais pelo UNIPÊ/IBCCRIM. Professor de Processo Penal da Fundação-Escola do Ministério Público da Paraíba – FESMIP. Membro da Academia Internacional de Letras Jurídicas – AINTERLJ. Co-organizador e coautor do livro *Advocacia Criminal na Contemporaneidade*, patrocinado pela Academia Brasileira de Direito Criminal – ABDCRIM e a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM publicado pela Tira de Letra Editora (2022).
  2. Advogada Criminalista. Secretária-Geral Abracrim. Presidente Nacional Abracrim Mulher. Vice-presidente ABRACRIM-RN. Auditora do TJDRN. Pesquisadora em criminologia pelo departamento de ciências sociais e propedêutica – UFRN. Assessora Legislativa do Senado Federal. Pós-graduada em Processo Penal. Pós-graduada em Direito Público. Pós-graduada em Direito Eleitoral. Fundadora do coletivo Clara Camarão – combate à violência contra a mulher. Professora no instituto de estudos Jurídicos – IEJUR. Coautora do livro *Mulheres da Advocacia Criminal*, Vol. II – Ed. Tirant Lo Blanc. Coautora do Livro *Pacote Anticrime*, Vol. II – Ed. Imperium.



O tema prescrição penal sempre é objeto de estudos e de análises por parte das cortes de justiça de todo o país. É uma temática que gera muitas discussões notadamente quando analisada sob a ótica da legislação que a regulamenta e a doutrina que a interpreta à luz da lei e dos precedentes jurisprudenciais.

Em recente decisão, nos autos do Recurso Especial nº 1.930.130, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o rito dos recursos especiais repetitivos, fixou a tese a seguir: “o acórdão condenatório de que trata o inciso IV do art. 117 do Código Penal interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.”

A decisão, contudo, ressaltou, *em respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal*, que o entendimento firmado pelo STJ só é aplicável aos crimes cometidos após as alterações verificadas pela Lei nº 11.596/2007 que deu nova redação ao inciso IV do art. 117 do Código Penal. Previa o inciso IV que o curso da prescrição interrompia-se “pela sentença condenatória recorrível” e, com a nova e atual redação, “pela publicação de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”.

Com este julgamento, o STJ confirmou a interpretação que já vinha dando ao inciso IV do artigo 117 do Código Penal, passando, portanto, a ser considerado um precedente qualificado materializado no Tema Repetitivo 1.100.

Inobstante o entendimento firmado pelo STJ, continuamos com o entendimento de que o acórdão confirmatório de sentença condenatória não interrompe a prescrição mas, apenas, e tão somente, o acórdão que reforma decisão absolutória, não sendo o melhor entendimento, com o devido respeito, a interpretação dada no julgamento que “a referência do inciso IV do art. 117 do Código Penal a acórdão condenatório abarca também a decisão que confirma a condenação de primeiro grau”.

Para analisar o caso em questão, a Terceira Seção do STJ, fixou a tese repetitiva aplicando métodos gramatical, interpretativo histórico, interpretativo sistemático e finalístico, concluindo que “a criação de novo marco interruptivo da prescrição, buscou-se equilibrar o interesse e as garantias

individuais do acusado e assegurar o interesse da sociedade, evitando-se a impunidade e a falta de credibilidade dos serviços judiciais”.

Esta foi a conclusão interpretativa a que chegou a Terceira Seção do STJ que tem como missão a uniformização de interpretações jurisprudenciais divergentes em matéria penal.

Pois bem. Ousamos discordar da posição firmada por entender, *data máxima vênia*, que o dispositivo legal que serviu de norte para que a tese fosse firmada não teve a sua escorreita interpretação.

Esta foi a controvérsia a ser debatida no presente estudo interpretando a legislação penal vigente que se aplica à hipótese ora ventilada.

Voltando um pouco no tempo, recorde-se que em decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), proferida por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.237.572/RO, *notícia essa que foi repercutida no portal Migalhas*<sup>3</sup>(1), a maioria do colegiado, acompanhando o voto do ministro Alexandre de Moraes afastou o reconhecimento da prescrição da pena imposta a um réu, **por entender que o acórdão que confirma a sentença condenatória também interrompe o prazo prescricional**.<sup>4</sup>

Versou a decisão que afastou o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, que “o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão confirmatório da decisão”, acrescentando que “**a interrupção da prescrição dar-se-á pela simples condenação em segundo grau, seja confirmando integralmente a decisão monocrática, seja reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta**”, e arremata com o seguinte argumento:

[...] assim, diminuir-se-ão as possibilidades de ocorrência da prescrição intercorrente pela estratégia de interposição dos Recursos Extraordinário e Especial, posto que a contagem do prazo prescricional será

---

3. <https://www.conjur.com.br/2019-dez-02/stf-afasta-reconhecimento-prescricao-pena>.

4. <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431405&ori=1>.

renovada a partir do acórdão condenatório, qualquer que seja a pena fixada pelo tribunal.

A prescrição penal, *considerada como a perda do direito ao exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória*, está regulamentada nos artigos 109 ao 119 do Código Penal, estando as hipóteses de interrupção da prescrição da pretensão punitiva elencadas nos incisos I a IV do art. 117, a saber: I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II – pela pronúncia; III – **pela decisão confirmatória da pronúncia**; IV – **pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis**. Já as causas elencadas nos incisos V e VI do referido dispositivo legal referem-se à interrupção da prescrição da pretensão executória.

Como se observa, o rol do art. 117 é taxativo e não admite interpretação *sistemática-extensiva* no sentido de imprimir aplicabilidade ao caso concreto em desarmonia com o texto legal, ademais quando, *como é a hipótese que ora se discute*, se tratar de matéria prejudicial ao direito do acusado.

A legislação penal não ampara a imperiosa “necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal” pelo fato de que o Estado não está inerte. Na verdade, a decisão do STF que ora se debate revela a ausência de condições do Poder Judiciário de ser eficaz e eficiente na prestação jurisdicional com respeito à razoável duração do processo. Não se pode, portanto, transferir ao cidadão e à sua defesa técnica a responsabilidade no eventual alcance da prescrição pela interposição de recursos previstos no ordenamento jurídico-penal.

Não se admite, destarte, a invocação da ideia de que “a prescrição está vinculada à inércia estatal” para, fora das suas atribuições e ao arrepio do processo legislativo, “criar” um marco interruptivo da prescrição a pretexto de uma equivocada interpretação sistemática das hipóteses elencadas no art. 117 do Código Penal.

A lei é clara ao dispor que a decisão confirmatória da pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ou seja, o **acórdão confirmatório** da decisão de pronúncia, esse sim, interrompe o curso do prazo prescricional, enquanto que o **acórdão que confirma uma sentença condenatória**, seja

confirmando-a integralmente, seja reduzindo ou aumentando a pena, ao meu sentir, **não constitui marco interruptivo da prescrição por absoluta ausência de previsão legal.**(3)

Caso o legislador pretendesse, de fato, que o acórdão confirmatório da sentença condenatória tivesse o efeito de interromper o marco prescricional, bastaria copiar a expressão “confirmatória” contida na redação do inciso III do art. 117 do CP e colar na redação do inc. IV do mesmo dispositivo legal, passando, desta feita, a ficar com a seguinte redação: “IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios e *confirmatório* recorríveis.”

Como não está assim escrito, é de se observar que o inciso IV do artigo 117 do CP se refere ao termo “sentença ou **acórdão condenatórios re-corríveis**”, pressupondo, portanto, que o acusado, absolvido em primeira instância, foi condenado pelo tribunal *ad quem* em sede recursal e, neste contexto, é o acórdão condenatório, por consequência, causa inequívoca de interrupção do prazo prescricional.

Invocando o princípio de hermenêutica jurídica que aduz que a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*), verifica-se que o diploma penal consigna, tão somente, as bastantes expressões “*decisão confirmatória*” no inciso III e “*acórdão condenatório*” no inciso IV, ambos contidos no art. 117 do CP, explicitando, dessa forma, que o **acórdão confirmatório da condenação não constitui novo marco interruptivo prescricional**. E é exatamente neste sentido o posicionamento pacífico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Neste particular, o jurista alemão Claus Roxin (1997, p. 149-150, apud Delmanto, 2016, p. 117) leciona que:

A vinculação da interpretação ao limite do teor literal não é absoluto arbitrária, mas sim deriva dos fundamentos jurídico-políticos e jurídico-penais do princípio da legalidade (...). Com efeito, o legislador somente pode expressar com palavras suas prescrições; e o que não se depreenda de suas palavras, não está prescrito, não “rege”. Por isso, uma aplicação do Direito Penal que exceda do teor literal vulnera a

autolimitação do Estado na aplicação do poder punitivo e carece de legitimação democrática.”(4)

Destarte e por tudo o que já foi debatido, não se pode ignorar a literalidade da lei. Pelo que fica a convicção que o “acórdão confirmatório da condenação”, diferentemente do sustentado por parte da doutrina(5), não tem natureza jurídica de decisão condenatória, por ser uma decisão colegiada que apenas confirma uma sentença condenatória que foi objeto de recurso pelo legítimo exercício do duplo grau de jurisdição.

Como forma de se levantar o salutar debate jurídico em torno da matéria, invocamos um julgado do ano de 2019 do próprio STJ ao tempo que não se considerava o Acórdão confirmatório de decisão condenatória marco interruptivo da prescrição, a fim de se demonstrar, com a devida *vênia*, o acerto do julgado da lavra da relatoria do ministro Antônio Saldaña Palheiro que bem interpretou o inciso IV do art. 117 do Código Penal:

**EMENTA:** PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. **O ACÓRDÃO QUE CONFIRMA A CONDENAÇÃO NÃO INTERROMPE O LAPSO PRESCRICIONAL.** 1. O curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou do acórdão condenatório recorríveis, o que ocorrer em primeiro lugar (art. 117, IV, do Código Penal). 2. **A Corte Especial deste Tribunal Superior, no julgamento do AGRG no RE nos EDCL no RESP n. 1301820/RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJe 24/11/2016, pacificou o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação não constitui novo marco interruptivo prescricional, ainda que modifique a pena fixada.** 3. Outrossim, “não se desconhece o posicionamento adotado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal (AGR no RE 1.182.718/RS, Rel. Ministro Alexandre DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/3/2019, DJe 26/3/2019). Contudo, a matéria não se encontra pacificada no âmbito da Suprema Corte, porquanto, em recentes julgados, a Segunda Turma

tem proclamando entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação não é marco interruptivo da prescrição (RE 1.182.948 AGR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 15/8/2019). Ainda no mesmo sentido: RE 1.202.790 AGR, Rel. Ministro Celso DE Mello, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2019, DJe 5/8/2019.” (AGRG no HC n. 462.873/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 27/8/2019, DJe 2/9/2019) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg-REsp 1.392.270; Proc. 2013/0220402-6; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro; Julg. 12/11/2019; DJE 28/11/2019).

No mesmo sentido trilhava a jurisprudência dos egrégios tribunais de justiça do país, a exemplo do posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal no mesmo sentido dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que entendia que o acórdão que confirma condenação não tinha o condão de interromper o prazo prescricional:

**EMENTA:** RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE DEIXOU DE EXTINGUIR A PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. NÃO INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. De acordo com a interpretação literal ao disposto no artigo 112, inciso I, do Código Penal, e o posicionamento majoritário adotado por esta Corte de Justiça, o dies a quo da contagem do prazo prescricional da pretensão executória inicia-se com o trânsito em julgado para a acusação. **2. O acórdão que confirma a condenação não interrompe o prazo prescricional da pretensão executória.**

**Precedentes desta Corte de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça.** 3. Recurso conhecido e provido para declarar extinta a punibilidade do recorrente em face da prescrição da pretensão executória quanto aos crimes do artigo 147 e artigo 163, ambos do Código Penal. (TJDF; RAG 07264.57-27.2021.8.07.0000; Ac. 137.7487; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati; Julg. 07/10/2021; Publ. PJe 19/10/2021).

É de se verificar, por fim, que tanto a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça quanto a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao se debruçarem em julgamentos relacionados à temática da prescrição da pretensão punitiva, apresentavam entendimentos que o acórdão confirmatório da condenação não constituía novo marco interruptivo prescricional.

Outra temática sobre a prescrição penal – que está em pauta no Supremo Tribunal Federal – trata da matéria com repercussão geral reconhecida nos autos da ARE 848.107/DF (Tema nº 788) que versa sobre o marco inicial da prescrição executória em matéria penal nos termos do artigo 112, inciso I, do Código Penal.

A relatoria é do ministro Dias Toffoli que estar a propor a tese que,

[...] o prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54”.

Neste particular é preciso ressaltar o art. 112, inciso I do Código Penal que disciplina que “a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação” já deixando, portanto, o registro do nosso entendimento que a prescrição começa a fluir, e é o que diz a lei, do trânsito em julgado para a acusação e não para ambas as partes.

A defesa técnica, como se sabe, tem o legítimo direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição e, por outro lado, cabe ao Poder Judiciário dar plena efetividade a prestação jurisdicional em tempo hábil sob pena de se ver reconhecida a prescrição da pretensão punitiva. O fundamento quanto a impossibilidade de executar a sentença antes do término da ação penal não escusa o Estado de ser efetivo na execução de uma possível pena aplicada, mesmo quando o acusado exerce seu direito recursal.

A legislação sobre o tema abordado é clara. Tão clara que em duas oportunidades editou normas estabelecendo como marco inicial da prescrição executória o trânsito em julgado para a acusação. Tem-se a edição da Lei nº 7.209/84, que alterou a parte geral do Código Penal e o artigo 112, I, objeto da ação em julgamento no Supremo. E a segunda, por ocasião da edição da Lei nº 12.234/2010 que modificou o parágrafo único do artigo 110 do Código Penal, tendo mantido como termo inicial da prescrição executória o trânsito em julgado para a acusação.

É a prescrição penal matéria de política criminal e vem sendo analisada de forma detalhada pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, tal análise se restringe à consolidação da interpretação de normas dúbias. É o que ocorreu, por exemplo, com já analisado neste artigo, a definição de que o acórdão ratificador da sentença condenatória interrompe o curso prescricional e que foi analisado e firmado esse entendimento nos autos do HC nº 176.473 de relatoria do ministro Alexandre de Moraes.

É preciso, portanto, o acompanhamento destas temáticas por serem tão importantes para a sociedade e para o exercício da advocacia criminal e por influírem na política criminal do instituto da prescrição penal.

Convictos quantos aos posicionamentos externados neste escrito por se dirigirem pela interpretação dos textos legais nos exatos termos como estão apresentados no ordenamento jurídico-penal, encerramos o presente ensaio com as palavras do grande penalista Nelson Hungria: “o Supremo Tribunal Federal tem o supremo privilégio de errar por último”.



## Notas

- (1) Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI316303,11049-STF+Acordao+condenatorio+que+confirma+sentenca+interrompe+prazo+da>.
- (2) Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431-405&ori=1>.
- (3) MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 787-788.
- (4) DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo. Saraiva: 2016. p. 423.
- (5) BARBAGALO, Fernando Brandini. A interrupção da prescrição penal pela publicação de acórdão condenatório recorrível. In: **Boletim do IBCCRIM**. n. 185, abril/2008.

# 16

## Evolução histórica e normativa da lavagem de dinheiro no Brasil e no mundo

Adriana Filizzola D'Urso<sup>1</sup>

- 
1. Advogada criminalista, professora, mestre em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha), pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal), estudou Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã na Universidade Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha), presidente da Comissão das Advogadas Criminalistas da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo (ABRACRIM/SP), membro fundadora da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa (CJLP), membro da Associação Brasileira das Mulheres de Carreiras Jurídicas (ABMCJ), membro do Instituto de Juristas Brasileiras (IJB), membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

## Introdução

O desenvolvimento da sociedade moderna e globalizada, com o crescente fluxo monetário, que gera o incremento e a conseqüente dificuldade de punição desta nova criminalidade, obriga aos Estados a reforçar os mecanismos de repressão, prevenção e luta contra a prática dos delitos econômicos, o que culmina na inclusão, em seus ordenamentos jurídicos, do crime de lavagem de dinheiro.

A cada dia, mais de dois trilhões de dólares são movimentados no mundo e milhões de dólares podem cruzar o planeta em 1/15 de segundo. “Assim sendo, o dinheiro gerado a partir das drogas fabricadas na América do Sul pode viajar de uma ilha do Caribe até Londres, passando por Nova York e pela Áustria, antes que você termine de ler este parágrafo”<sup>2</sup>

A prática da lavagem de dinheiro, praticamente desconhecida, como veremos, até o final dos anos oitenta, se torna algo muito comum nos tempos atuais, de maneira que o número de casos de lavagem se multiplica a cada ano por todo o mundo.<sup>3</sup>

Além de sua importância, o tema da lavagem de dinheiro se mostra muito atual diante do incremento da criminalidade organizada e da maneira elaborada com que estes delitos são praticados. A gigantesca quantidade de dinheiro movimentada de maneira ilegal através de operações de lavagem de dinheiro afeta significativamente os sistemas econômicos dos países, fazendo com que se busquem maneiras de combater esta prática.

Por esta razão, o crime de lavagem de dinheiro é um tema muito debatido que, de uns tempos para cá, desperta grande interesse por parte dos estudiosos do Direito e do público em geral. Porém, não é possível a sua devida compreensão sem que, primeiro, se estude um pouco de sua

---

2. LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro*. Trad. Eduardo Lasserre. São Paulo: Futura, 2001, p. 15.

3. O artigo destaca que os casos perseguidos pela Polícia e Guarda Civil na Espanha crescem 50% em um ano. Dados disponíveis no jornal *El País* de 16/08/2011. HERNÁNDEZ, José Antonio. *El blanqueo de capitales se dispara*. In: [http://www.elpais.com/articulo/espana/blanqueo/capitales/dispara/elpepiesp/20110816elpepinac\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/blanqueo/capitales/dispara/elpepiesp/20110816elpepinac_3/Tes). Acesso em: 16 ago. 2011.

história e evolução normativa. É o que faremos, de maneira sucinta, no presente artigo.

## Surgimento e desenvolvimento da Lavagem de Dinheiro

Os principais impulsores da atividade delitiva são o poder, a cobiça e a avaréza. Com a finalização da primeira etapa da atividade criminosa, ou seja, depois de praticados os crimes que concretizam os objetivos do delinquente, a meta principal do criminoso é o usufruto com segurança e tranquilidade dos lucros provenientes de sua atividade delitiva, a fim de legitimá-los. Assim, verificamos que a prática da lavagem de dinheiro é muito antiga, pois está diretamente vinculada com a origem da prática dos delitos em geral, e as tentativas de sua repressão existem desde a Antiguidade Clássica.<sup>4</sup>

Neste sentido, verifica-se que a lavagem de dinheiro e de bens, provenientes de atividades ilícitas, não é um fenômeno novo. Em toda a história, os criminosos sempre tentaram ocultar os frutos de suas atividades criminosas pois, acreditavam que, logicamente, a descoberta de tais frutos pelas autoridades, levaria à descoberta dos crimes que os originaram.<sup>5</sup>

Não podemos negar, então, que a lavagem de dinheiro surge como consequência da inteligência humana e habitualmente é planejada em todo o mundo. É um costume milenar, por parte dos criminosos, o emprego dos mais diferentes mecanismos para legitimar o patrimônio constituído por bens e capitais obtidos através de atividades delitivas.<sup>6</sup>

Alguns autores mencionam que os primeiros indícios históricos da lavagem de dinheiro se deram no século XVII, com a pirataria, uma vez que, para conservar as embarcações, manter a tripulação sempre bem

---

4. TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2007, p. 21.

5. CALLEGARI, André Luís. *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 69.

6. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

alimentada, armada e com munição, os piratas roubavam e saqueavam outras embarcações e portos. Depois destas ações, diferentemente do que contam as lendas, os piratas não enterravam seus tesouros, pois necessitavam de dinheiro para prosseguir com suas viagens e atividades. Assim, através de mercadores americanos de reputação, trocavam ouro, moedas e todas as mercadorias roubadas e saqueadas por uma quantidade menor de moedas, ou moedas mais caras, com o objetivo de regularizar a origem daqueles valores. Não era necessário o emprego de meios fraudulentos ou simulações para reinvestir os valores no cenário econômico da época, pois os piratas operavam abertamente e suas mercadorias eram facilmente aceitas e trocadas. A integração dos valores obtidos através da atividade criminosa (roubos e saques), no sistema econômico, era relevante principalmente quando o pirata se aposentava.<sup>7</sup>

Já no século XX, diversos autores explicam que a origem da expressão *money laundering* (lavagem de dinheiro, em inglês) vem de Alphonse (Al) Capone e suas organizações mafiosas nos Estados Unidos que, com o dinheiro proveniente do contrabando de bebidas e cigarros, adquiriu, no final da década de 1920, em Chicago, uma rede de lavanderias para poder realizar depósitos bancários de pequenos valores resultantes de suas atividades criminosas (comércio ilegal de bebidas, exploração do jogo ilegal e prostituição), mas compatíveis com a atividade das lavanderias, com o objetivo de encobrir sua origem. Al Capone terminou preso por sonegação fiscal em 1931. Seu insólito destino alertou os demais criminosos para a importância do desenvolvimento de novas técnicas de lavagem de dinheiro.<sup>8</sup>

Também é importante mencionar a figura de Meyer Lansky, cujo nome verdadeiro era Suchowliński Majer, um bielo-russo que fazia parte da máfia de Nova York, estando mancomunado com Luck Luciano. Na década de 1930, ele mandava para bancos europeus significativos valores monetários,

---

7. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-2.

8. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 2; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 86; BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, cit., p. 40; TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 28.

que eram provenientes dos jogos de cassinos, para mascarar a sua verdadeira origem. Posteriormente, na década de 1940, Meyer Lansky investiu seu dinheiro sujo em negócios de hotéis em Las Vegas para desvincular o dinheiro de sua origem ilícita.<sup>9</sup>

Por ter sido o responsável por ocultar os seus lucros ilícitos em bancos suíços a partir de 1932, Meyer Lansky é apontado por muitos estudiosos como figura central para o estudo da lavagem de dinheiro. Além do mais, foi ele o responsável pela elaboração das principais estratégias para superar a crise da criminalidade organizada nos Estados Unidos, com a divisão do mercado nacional entre as organizações criminosas mais poderosas (cartelização), a ampliação dos laços com a política, o incremento da corrupção de servidores e agentes públicos, a exploração intensiva do jogo e do tráfico de entorpecentes como novos nichos de lucratividade do mercado ilegal, a criação de novas táticas de lavagem de dinheiro, inclusive com a utilização de contas numeradas na Suíça, e a intensificação da penetração nos negócios lícitos.<sup>10</sup>

## Evolução normativa internacional

Diante deste contexto, não é surpreendente que a primeira ação mundial de natureza repressiva contra a lavagem de dinheiro tenha ocorrido nos Estados Unidos, por uma lei editada em 1970, que tornava obrigatório o registro diário dos depósitos bancários superiores a US\$ 10.000,00 (dez mil dólares). A lei não foi muito eficaz no combate à lavagem de dinheiro pois, a partir de sua entrada em vigor, os criminosos, para burlar este registro, passaram a efetuar depósitos em diversos bancos até o limite de US\$ 9.999,00 (nove mil novecentos e noventa e nove dólares).<sup>11</sup>

---

9. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 2.

10. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. cit., p. 40; TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 29.

11. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. cit., p. 41.

Assim, apesar de já ser um problema antigo, como pudemos observar, a questão da lavagem de dinheiro surgiu ao final dos anos 1980 como um problema social de caráter internacional. Seu impulso inicial se viu motivado pelas consequências dos lucros do tráfico de drogas.

Praticamente desconhecido até o final dos anos 1980, o crime de lavagem de dinheiro foi se incorporando aos ordenamentos jurídicos dos países. O interesse dos países em criminalizar esta nova forma de delinquência vem juntamente com a assinatura de diversos tratados internacionais que pretendiam harmonizar as diferentes legislações nacionais sobre o tema.<sup>12</sup>

É, portanto, nesta época que se iniciaram as ações internacionais mais veementes contra a lavagem de dinheiro, que estudaremos mais profundamente a seguir.

### Recomendação R (80) 10, de 27 de junho de 1980, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros

Primeiramente, é importante mencionar a Recomendação R (80) 10, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros, de 27 de junho de 1980, relativa a medidas contra a transferência e custódia de fundos de origem criminosa.

A Recomendação R (80) 10, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros adotou medidas contra a transferência e a ocultação de capitais de origem criminosa, e é apontada como o primeiro instrumento do direito internacional sobre a lavagem de dinheiro.<sup>13</sup>

Tal normativa é um marco real porque, mesmo se limitando a constatar o enorme perigo representado pela introdução do capital de origem

---

12. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 17.

13. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008, p. 2.

criminal no circuito econômico, foi a primeira reação formal conhecida no âmbito da Comunidade Europeia.<sup>14</sup>

### Declaração de Princípios do Comitê de Regras e Práticas de Controle de Operações Bancárias (Declaração da Basiléia) do G-10, de 12 de dezembro de 1988

Passados alguns anos, é importante destacar a chamada Declaração de Princípios do Comitê de Regras e Práticas de Controle de Operações Bancárias do G-10 – as dez maiores potências industriais do mundo<sup>15</sup> – sobre prevenção da utilização do sistema bancário para a lavagem de fundos de origem criminosa, conhecida como Declaração de Princípios da Basiléia, e firmada na Suíça, em 12 de dezembro de 1988.

É considerada a primeira codificação de regras aplicáveis pelas entidades financeiras para a prevenção da lavagem de dinheiro. Por meio de suas regras, se buscava prevenir e impedir o uso das transações bancárias nos processos de lavagem de dinheiro.<sup>16</sup>

O Comitê de Regras e Práticas de Controle de Operações Bancárias, composto por representantes de bancos centrais e autoridades de supervisão bancárias dos países que compõem o G-10, promoveu o desenvolvimento de um código de conduta sobre regras e práticas de controle de operações bancárias, que constituía um guia de ação, por parte das instituições e autoridades financeiras dos diversos países, diante do problema da lavagem de dinheiro.<sup>17</sup>

---

14. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 110-111.

15. A organização dos G-10 era composta, em princípio, por representantes dos Bancos Centrais dos dez países mais industrializados do mundo. Atualmente, engloba os 13 países mais desenvolvidos: Alemanha, Bélgica, Canadá, Espanha, França, Itália, Japão, Luxemburgo, Países Baixos, Reino Unido, Suécia, Suíça e Estados Unidos.

16. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*., cit., p. 5.

17. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 109-110.



Enfim, a denominada Declaração da Basiléia foi uma resposta, adotada em dezembro de 1988, à utilização massiva que se vinha fazendo das entidades bancárias, com a finalidade de dar uma aparência de legalidade aos capitais de origem delitativa. Tratava-se de um código deontológico, uma declaração de princípios, de caráter não vinculante, baseada na ideia de que a primeira e mais importante proteção contra a lavagem de dinheiro é a integridade dos responsáveis dos bancos, assim como sua firme determinação de evitar que sua instituição se associe a delinquentes ou seja utilizada como meio para a lavagem de dinheiro.<sup>18</sup>

### Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 20 de dezembro de 1988

Também seguindo a ideia do combate à lavagem de dinheiro, importante papel teve a Convenção de Viena das Nações Unidas, concluída praticamente uma semana depois da Declaração de Basiléia, em 20 de dezembro de 1988, o que fez com que a maioria dos países criminalizasse, por meio de seus ordenamentos jurídicos, a lavagem de dinheiro.

A Conferência das Nações Unidas, de 20 de dezembro de 1988, ficou encarregada de elaborar uma convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas e apresentou, em Viena, um novo texto, que, em matéria de lavagem de dinheiro e confisco, ia além dos acordos precedentes. Tal Convenção foi ratificada oportunamente pela maioria dos países e inspirou a legislação interna de cada um deles.<sup>19</sup>

O dinheiro proveniente do tráfico ilícito de drogas foi a força motriz do que foi discutido na Convenção de Viena, mas este diploma legal foi instituído, também, por conta do problema urgente da lavagem de dinheiro

---

18. PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2000, p. 32-33.

19. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. cit., p. 113-114.

resultante do tráfico de drogas. Para o autor, indiscutivelmente, a Convenção de Viena apoiou o processo de tipificação do delito de lavagem de dinheiro que se transmitiu aos ordenamentos jurídicos internos dos países que a subscreveram.<sup>20</sup>

Na Convenção de Viena a repressão à lavagem de dinheiro estava vinculada unicamente ao tráfico de drogas. Mesmo assim, esta convenção significou o marco inicial do debate e de uma análise político-criminal do crime de lavagem de dinheiro.<sup>21</sup>

Por fim, é importante mencionar que o Brasil firmou a Convenção de Viena em março de 1988 e, depois de sua ratificação pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, introduziu em seu ordenamento jurídico, em 1998, um tipo penal que punia a lavagem de bens, direitos ou valores provenientes do tráfico de drogas, além de outros crimes.<sup>22</sup>

Recomendações adotadas pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF) na reunião celebrada em Paris em 7 de fevereiro de 1990, sobre a lavagem de dinheiro

Também é fundamental mencionarmos aqui, as Recomendações sobre a lavagem de dinheiro adotadas pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF) – um dos instrumentos internacionais mais importantes do mundo –, em reunião ocorrida em Paris, em 7 de fevereiro de 1990.

Sobre o tema, se destaca a grande relevância do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), organismo internacional criado em 1989 pelo grupo dos sete países mais industrializados (G-7),<sup>23</sup> para combater a lavagem de dinheiro, e que, em abril de 1990, com a adesão de outros Estados,

---

20. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 5.

21. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*. cit., p. 2-3.

22. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*. cit., p. 3.

23. Os países que compõem o G-7 são: Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Reino Unido, Itália e Canadá. Atualmente, o grupo conta com a participação da Rússia e forma o G-8.

criou 40 recomendações que regulam as questões penais, financeiras e de cooperação internacional.<sup>24</sup>

Salienta-se que estas recomendações não possuem caráter obrigatório, coercitivo, fato que não lhes retira força e respeitabilidade, pois se trata de um instrumento modelo para ações internacionais, sendo pretensão do GAFI que todos os países se espelhem em seus termos.<sup>25</sup>

Sobre a dinâmica dos trabalhos, importante explicar que, para facilitar as tarefas, e aproveitar a capacidade e experiência dos especialistas participantes da reunião, foram criados três grupos de trabalho. O primeiro se dedicou à análise da extensão e métodos da lavagem de dinheiro, o segundo a questões jurídicas e judiciais, e o terceiro à cooperação administrativa e financeira.<sup>26</sup>

Tais Recomendações, que já foram adotadas por mais de 190 países, foram revistas em 1996, para se adaptar às novas formas de lavagem de dinheiro.

Em outubro de 2001, por conta dos atentados às Torres Gêmeas em New York (World Trade Center), o GAFI editou mais oito recomendações especiais relacionadas com o financiamento do terrorismo. Em julho de 2005, foi criada a nona recomendação especial atinente a combate ao financiamento de atos e de organizações terroristas.<sup>27</sup>

Em 2012, com a identificação de novas ameaças ao sistema financeiro internacional, as 40 Recomendações sobre lavagem de dinheiro e as 9 Recomendações Especiais relativas ao combate ao financiamento do terrorismo

---

24. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19.

25. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 19; CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 5-6.

26. ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *La prevención del blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998. p. 68-69.

27. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 5-6.

foram incorporadas em 40 novas Recomendações que, além daqueles temas, passaram a abranger o combate à utilização do sistema financeiro para a proliferação de armas de destruição em massa.

Convênio do Conselho da Europa sobre a lavagem, identificação, embargo e confisco dos produtos do delito (Convenção de Estrasburgo), de 8 de novembro de 1990

Ainda no âmbito internacional, buscando o combate à lavagem de dinheiro, foi aprovada, em 1990 em Estrasburgo, pelo Conselho da Europa, a chamada Convenção de Estrasburgo, que estabelece medidas legais de perda permanente dos bens obtidos ilicitamente e privação aos acusados de todos os benefícios econômicos dos produtos de delitos.<sup>28</sup>

A Convenção do Conselho da Europa relativa à lavagem de dinheiro, rastreamento, apreensão e confisco dos produtos do crime, também conhecida como Convenção de Estrasburgo, foi aprovada em setembro de 1990 e entrou em vigor somente em 1º de setembro de 1993, em razão de problemas com o número de ratificações. A relevância desta convenção se dá tanto pelas novidades que introduziu – como, por exemplo, a ampliação do rol de delitos antecedentes da lavagem de dinheiro –, como pela irrenunciável preocupação por impor, com o emprego de métodos eficazes e efetivos, a perda do produto do crime, sabidamente um dos mais importantes e eficazes instrumentos de combate a estes tipos de conduta.<sup>29</sup>

A convenção, aprovada pelo Conselho da Europa em novembro de 1990, se dedica especificamente à lavagem de dinheiro, determinando a extinção do segredo bancário, como forma de proporcionar maior eficácia às autoridades responsáveis pela investigação (artigo 4º, inciso 1º), e considerando qualquer delito como crime antecedente da lavagem de dinheiro,

---

28. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 7.

29. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 21.

na medida em que considera que o produto do crime é “qualquer vantagem econômica resultante de infrações penais” (artigo 6º, item 1º).<sup>30</sup>

Por fim, se destaca a relevância da Convenção de Estrasburgo que, juntamente com a Convenção de Viena, é uma das iniciativas internacionais mais fundamentais tomadas em matéria de lavagem de dinheiro, com duas diferenças principais entre os dois diplomas internacionais. A primeira reside no fato de que a Convenção de Estrasburgo contém um desenvolvimento tecnicamente mais perfeito que o da Convenção de Viena, predominando um conteúdo eminentemente processualista na cooperação internacional. A segunda diferença ocorre porque a Convenção de Estrasburgo não se limita exclusivamente a tratar sobre o tráfico de drogas, objeto destacado da Convenção de Viena, ampliando a lista de infrações penais que podem gerar produtos de delitos, considerando, para a lavagem de dinheiro, qualquer vantagem econômica resultante de infrações penais.<sup>31</sup>

Diretiva nº 91/308/CEE, de 10 de junho de 1991, do Conselho das Comunidades Europeias, sobre prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de dinheiro

Igualmente importante foi a Diretiva nº 91/308/CE das Comunidades Europeias, de 1991, que incentivou as instituições financeiras e os Estados a colaborar com a prevenção da lavagem de dinheiro,<sup>32</sup> estabelecendo medidas para prevenir e dificultar a utilização do sistema financeiro na lavagem de dinheiro.<sup>33</sup>

A ausência de normas no âmbito da Comunidade Europeia sobre a luta contra o fenômeno da lavagem de dinheiro gerava o temor de que os Estados

---

30. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*. cit., p. 7-8.

31. ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *La prevención del blanqueo de capitales*. cit., p. 66; CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 7.

32. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 7-8.

33. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 22.

membros adotassem medidas incompatíveis com a plena implantação de um mercado único. Foi, então, inevitável uma intervenção comunitária com a finalidade de impedir que os traficantes se servissem e se beneficiassem da liberdade de circulação de capitais e a livre prestação de serviços para a obtenção de seus fins ilícitos. Neste contexto, muitas das recomendações do GAFI, em cujos trabalhos haviam participado os integrantes da Comunidade, foram recolhidas na Proposta de Diretiva da Comunidade Europeia.<sup>34</sup>

Aprovada pelo Conselho das Comunidades Europeias, em 10 de junho de 1991, a diretiva sobre prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de dinheiro obrigava os Estados membros da Comunidade Europeia a harmonizar sua legislação nacional com o conteúdo da diretiva antes de 1 de janeiro de 1993. Desta forma, se inicia uma ação coordenada em escala comunitária contra a lavagem de dinheiro, derivada, fundamentalmente, da preocupação sentida em toda a Comunidade Europeia com o crime organizado e o tráfico de drogas.<sup>35</sup>

Diferentemente da Declaração de Princípios da Basileia, e das recomendações do GAFI, a Diretiva nº 91/308/CE é de cumprimento obrigatório para todos os Estados membros,<sup>36</sup> e o seu objetivo foi o de harmonizar as legislações europeias em relação às medidas mínimas de prevenção à lavagem de dinheiro,<sup>37</sup> ou seja, buscava-se estabelecer um marco para o desenvolvimento de políticas antilavagem pelos diferentes países que integravam a Comunidade Europeia e, mesmo que seja qualificada como uma diretiva sobre lavagem, esta se propõe a um objetivo mais amplo, que é o de estabelecer uma efetiva e adequada disciplina parcial do exercício da atividade econômica e financeira, para evitar a sua utilização com fins ilícitos.<sup>38</sup>

---

34. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. cit., p. 118.

35. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. cit., p. 114-115.

36. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 27-28.

37. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. cit., p. 113.

38. PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. cit., p. 47.

Deste modo, temos que a Diretiva nº 91/308/CE (também chamada de 1ª Diretiva), foi elaborada, em 1991, pelo Conselho de Ministros (composto por um Ministro de cada Estado membro, designado por seu respectivo governo) da Comunidade Econômica Europeia (denominada Comunidade Europeia até 1993, pelo Tratado de Maastricht, posteriormente, União Europeia). Nela consta que os Estados membros devem comprometer-se a adotar as medidas necessárias para colocar em vigor uma legislação penal que permita cumprir com as obrigações impostas pelo Conselho da Europa (1980) e pela Convenção de Viena (1988), proibindo a lavagem de dinheiro resultante do tráfico de drogas e, de forma facultativa, de qualquer outro delito, de acordo com a vontade dos Estados membros.<sup>39</sup>

Por fim, é importante ressaltar que a diretiva conseguiu introduzir modificações nas diversas legislações dos países da Comunidade Europeia, tanto no aspecto preventivo – onde a harmonização é maior –, como no repressivo, evidentemente pela necessidade e eficiência de sua normativa. De fato, mesmo que obrigatória somente no âmbito da Comunidade Europeia, as determinações desta diretiva foram parcialmente trasladadas a outros países, sendo digno de se destacar sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>40</sup>

### Convenção das Nações Unidas contra a delinquência organizada transnacional (Convenção de Palermo), de dezembro de 2000

Finalmente, nos incumbe apontar a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, a chamada Convenção de Palermo, de dezembro de 2000, que tinha como propósito “promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a delinquência organizada transnacional” (art. 1º) e continha disposições relativas à criminalização da lavagem de dinheiro, em seu artigo 6º, e importantes medidas para combater a lavagem de dinheiro, em seu artigo 7º.<sup>41</sup>

---

39. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*. cit., p. 8.

40. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 22-23.

41. BLANCO CORDERO, Isidoro. “*El Delito de Blanqueo de Capitales*”, cit., p. 152; CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 8.

Buscando a criminalização das condutas de lavagem de dinheiro, a convenção previu a ampliação do conceito de crime antecedente, com a finalidade de abarcar a mais ampla gama possível de infrações penais, especialmente aquelas consideradas graves.<sup>42</sup>

O Brasil incorporou, em 2004, ao seu sistema jurídico interno, as regras estabelecidas na Convenção de Palermo, pelo Decreto nº 5015.

Além das importantes disposições internacionais já citadas e estudadas, é primordial mencionar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida, firmada em 9 de dezembro de 2003, na cidade mexicana de Mérida, que trouxe importantes mecanismos de luta contra a lavagem de dinheiro, principalmente em seus artigos 14, 31, e 52 a 57.<sup>43</sup> Ademais, também se destaca o Convênio do Conselho da Europa relativo a Lavagem de Dinheiro, Rastreamento, Apreensão e Confisco dos Produtos do Delito, chamado de Convenção de Varsóvia, que foi firmado em 16 de maio de 2005, em Varsóvia, e foi responsável pela elaboração de uma vasta lista de crimes antecedentes.<sup>44</sup>

## A lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico-penal brasileiro – Evolução Legislativa Nacional

Após a análise das principais disposições internacionais que tratam da lavagem de dinheiro, verificamos que, desde os anos 1980 até os dias atuais, inúmeras foram as iniciativas, por parte dos grupos e organismos internacionais, para regular e combater o delito de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, as legislações nacionais dos países representam, cada vez mais, um reflexo das regras das normas internacionais, como ocorre no Brasil.

---

42. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 24.

43. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 8-9.

44. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*. cit., p. 12-13.



Seguindo a tendência internacional, o Brasil, depois de firmar a Convenção de Viena de 1988, e ratificá-la pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, introduziu em seu ordenamento jurídico uma lei especial de combate à lavagem de dinheiro, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Como se verifica, passados quase sete anos da ratificação da Convenção, foi editada no Brasil a Lei nº 9.613/98,

[...] que além de tipificar os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, estabeleceu medidas de prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na lei, bem como criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras-COAF, órgão que tem por finalidade 'disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas' (artigo 14, caput, da Lei n. 9.613/1998), fiscalizando, pois, as atividades financeiras que podem dar ensejo à lavagem de dinheiro".<sup>45</sup>

Assim, foi somente em 1998, a partir da edição da Lei nº 9.613, que o Brasil aderiu de forma efetiva aos esforços de outros países, com os quais passou a trocar informações e a prestar auxílio mútuo na prevenção e repressão da lavagem de dinheiro.<sup>46</sup>

Assim, temos que o crime de lavagem de dinheiro, no Brasil, está previsto em uma lei especial, fora do Código Penal que prevê, além de regras administrativas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, as normas penais (artigo 1º da Lei nº 9.613/98).

Desta forma, o Brasil segue, mais uma vez, sua tendência de inovar a ordem jurídica mediante a criação de figuras penais através de leis especiais. Esta técnica legislativa, especialmente no caso da lavagem de dinheiro, possui um lado positivo e outro negativo. Por um lado, está a previsão de

---

45. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 26-27.

46. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. cit., p. 43.

um texto legal autônomo, que favorece a criação de um espectro punitivo próprio, pretendendo abarcar exaustivamente todo o alcance da matéria, concentrando em um único diploma a resposta penal e os demais aspectos dela resultantes. Por outro lado, temos a não inclusão do crime na Parte Especial do Código Penal, contribuindo para o rompimento da harmonia legislativa e do sistema punitivo, afetando o processo de interpretação da norma (em razão de seu distanciamento topográfico dos princípios estabelecidos na Parte Geral do Código Penal), produzindo, portanto, duvidosos efeitos de prevenção geral.<sup>47</sup>

No que diz respeito às mudanças, é relevante citar que a Lei nº 9.613/98 sofreu, primeiramente, duas pequenas reformas para dar maior eficácia a suas disposições. A primeira ocorreu por meio da Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que acrescentou o inciso VIII ao artigo 1º da lei, ampliando o rol de crimes antecedentes, adicionando os delitos praticados por particulares contra a administração pública estrangeira. Já a segunda reforma se deu com a Lei nº 10.701, de 9 de julho de 2003, que acrescentou o terrorismo e seu financiamento ao rol de crimes antecedentes.<sup>48</sup>

Após, a Lei nº 9.613/98 sofreu, em 9 de julho de 2012, uma significativa reforma, por meio da Lei nº 12.683, que mudou o tipo penal principal da lavagem de dinheiro, excluindo o rol de crimes antecedentes de sua redação, que passou a vigorar da seguinte forma: “Art. 1º – Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Com esta reforma, a legislação brasileira passou a acompanhar uma tendência mundial, como verificado nas normativas internacionais, de se

---

47. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. cit., p. 316.

48. DOS SANTOS, Priscila Pamela. Apontamentos acerca da origem e evolução histórica, terminologia e evolução legislativa do injusto penal da lavagem de capitais. p. 105-123. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gustavo Sopas de Melo (Coord.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 119-120.

criminalizar a lavagem de bens, direitos e valores provenientes de qualquer infração penal, sem uma previsão específica de crimes antecedentes constantes de um rol, como acontecia antes de 2012.

Verifica-se, portanto, a evolução e aprimoramento constante das normas, visando o combate da lavagem de dinheiro, tanto no Brasil, onde se comemora, neste ano de 2018, 20 anos da primeira lei sobre lavagem de dinheiro, como em todo o mundo.

Por fim, é interessante mencionar que o primeiro caso concreto de lavagem de dinheiro julgado no Brasil foi relacionado a uma suposta atuação de organizações criminosas no Estado do Acre, que seriam responsáveis pela prática de atos caracterizadores de uma macro delinquência (tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, fraude, corrupção, eliminação física de pessoas, roubo de veículos, caminhões e cargas). O caso (MS 23652/DF) foi levado a julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 22 de novembro de 2000. Antes desta data, o Supremo Tribunal Federal só havia se pronunciado sobre lavagem de dinheiro em casos de extradição.<sup>49</sup> Este foi só o primeiro caso de muitos que ocorrem até os dias de hoje no Brasil.

## Referências

- ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. **La prevención del blanqueo de capitales**. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **El Delito de Blanqueo de Capitales**. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.
- CALLEGARI, André Luís. **El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

---

49. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 2.

CONSERINO, Cassio Roberto. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2011.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2008.

DOS SANTOS, Priscila Pamela. Apontamentos acerca da origem e evolução histórica, terminologia e evolução legislativa do injusto penal da lavagem de capitais. p. 105-123. *In*: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gustavo Sopas de Melo (Coord.). **Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira**. Curitiba: Juruá, 2009.

HERNÁNDEZ, José Antonio. El blanqueo de capitales se dispara. *In*: **Jornal El País**. [http://www.elpais.com/articulo/espana/blanqueo/capitales/dispara/elpepiesp/20110816elpepinac\\_3/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/blanqueo/capitales/dispara/elpepiesp/20110816elpepinac_3/Tes). Acesso em: 16 ago. 2011.

LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro**. Trad. Eduardo Lasserre. São Paulo: Futura, 2001.

MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PALMA HERRERA, José Manuel. **Los delitos de blanqueo de capitales**. Madrid: Edersa, 2000.

TIGRE MAIA, Rodolfo. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

## Do Princípio do Duplo Fator de Autenticação como validador de elementos probatórios de natureza digital

Antonio Ap. Belarmino Junior<sup>1</sup>

Glauber Guilherme Belarmino<sup>2</sup>

Eduardo Mauricio<sup>3</sup>

Luis Eduardo Belarmino<sup>4</sup>

- 
1. Advogado, Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Sevilha – Espanha, Pós-graduado em Ciências Criminais pela FDRP/USP, Presidente da ABRACRIM – SP (Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas no Estado de São Paulo), Diretor Nacional de Relações Institucionais da ABRACRIM, Professor de Direito Penal da Graduação da Faculdade FGP, Professor da Pós-graduação de Direito Penal e Processo Penal do IEJUR, Coordenador da Pós-graduação de Direito Penal da Faculdade FGP e Professor convidado da Pós-Graduação em Performance Advocatícia da ESD, autor e coautor de 10 (dez) obras jurídicas e parceiro do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico.
  2. Advogado, Mestre em Direito Digital e Novas Tecnologias pela Universidade de Salamanca – Espanha, Pós-graduado em Direito Eleitoral, Direito Administrativo e Direito Digital. Presidente da Comissão Estadual de Direito Penal Informático da ABRACRIM-SP. Membro da Comissão Estadual de Tecnologia e Inovação e Membro Relator da Décima Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP. Ex-prefeito do Município de Barra Bonita (SP) de 2013 a 2016.
  3. Advogado, Mestre em direito – ciências jurídico criminais, pela Universidade de Coimbra – Portugal; Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS; Pós-graduado em Direito penal econômico europeu, pela Universidade de Coimbra – Portugal; Pós-graduado em I – Curso de Direito das Contraordenações, pela Universidade de Coimbra – Portugal; Pós-graduado em V – Curso de Especialização em Direito Penal e Compliance, pela Universidade de Coimbra – Portugal; Pós-graduado em ciências jurídico criminais, pela Universidade Católica Portuguesa; Pós-graduado pela CBF Academy – intermediário de futebol, inscrito na CBF (confederação brasileira de futebol) e na FPF (federação portuguesa de futebol) como intermediário; Presidente da Comissão de Direito Penal Internacional da ABRACRIM – SP; Membro da International Association Penal Law – AIDP em Lisboa – Portugal e Paris – França.
  4. Acadêmico em direito, membro da Comissão de Acadêmicos de Direito da Associação Brasileira dos Criminalistas – CADEP – SP.

## Introdução

Desde os primórdios, toda condenação se lastreia em autoria e materialidade, adotando a maior parte da doutrina brasileira, a teoria tripartite, ou seja, a causalista, devendo o fato ser típico, antijurídico e culpável.

Entretanto, inexistindo o mínimo de indícios e elementos probatórios não há que impor uma punição, sendo que ao julgador é facultado formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.

Com a evolução dos tempos, o conceito de prova evoluiu, o corpo de delito que era composto de projéteis ou de falsificações em papeis, hoje está lastreado em evidências digitais, extratos de e-mails, *screenshots* de diálogos realizados em aparelhos celulares, *logs* de acesso, dentre outros. Porém, devemos nos indagar, qual é a validade ou o valor probatório destes elementos e qual a forma de sua autenticidade.

Com o avanço da internet no Brasil a partir de 1995, observamos que este movimento contínuo ganhou ainda mais impulso com a pandemia, fazendo com que no Brasil chegasse a marca de 152 milhões de usuários.

Este aumento de usuários, estimulados principalmente pelas redes sociais e pelo comércio eletrônico, trouxe uma necessidade ainda maior da expansão de novas tecnologias para expansão da rede física, como a expansão da tecnologia 5G, que iniciou suas operações neste ano, bem como no avanço legislativo buscando uma melhor regulação do conteúdo, visando coibir fenômenos como o das *fake news*, cultura do cancelamento e do crescimento exponencial de delitos informáticos.

Portanto, o avanço da rede física aliado ao avanço da legislação e regulamentação do conteúdo nos trouxe a necessidade de evolução dos critérios de análise das provas obtidas ou derivadas de meios informáticos, seja para a apuração de crimes informáticos próprios ou impróprios, ou ainda, na análise probatória dos crimes comuns.

O processo penal rege-se pela efetividade dos princípios constitucionais, sendo que os mais importantes são os princípios da dignidade da

pessoa humana, o direito ao contraditório e da ampla defesa e o princípio da presunção de inocência, todos estes derivados nos direitos e garantias fundamentais.

Em tempos de evidências digitais, a mera captura de uma tela poderá pôr em xeque a presunção de inocência de um cidadão. Esta ardorosa questão abordaremos neste ensaio.

## Princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

Historicamente, o princípio da presunção de inocência oriunda do iluminismo e foi consagrado pelo artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França no ano de 1789, trazendo o texto que “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”.

Este dispositivo, influenciou inúmeras legislações, constituições, ordenamentos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos,<sup>5</sup> que foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e no seu artigo 8º “Garantias Judiciais”, mais no item 2, estatuiu que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura em seu Art. 5º que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: *LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*

---

5. Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, ao qual o Brasil aderiu por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Partindo do prisma da presunção da inocência do cidadão, para acautelar-se ou iniciar-se um procedimento penal, salvo em caso de flagrante e de materialidade sólida e incontestada, as evidências e indícios hão de ser robustas, está é a natureza da efetividade do princípio constitucional, o qual vem ao longo dos tempos sendo flexibilizado.

No princípio da presunção de inocência, destaca-se o alcance probatório, ou seja, que no domínio do processo penal o ônus da prova está a recair sobre o próprio Estado por ser este o titular de uma ação penal, sendo necessário provar a autoria e a gravidade do crime.

Portanto, o estado de inocência do acusado vigorará até que se prove através de decretado condenatório irrecorrível a sua culpabilidade.

## Do Princípio do Duplo Fator de Autenticação como validador de elementos probatórios de natureza digital.

Partindo das garantias e efetividades de princípios constitucionais, a presunção de inocência é o marco inicial e ao cidadão acusado lhe é assegurado ser julgado por um juízo competente e imparcial, devendo ser assegurado a observância do contraditório e a ampla defesa, com a permissão de todos os recursos cabíveis e, por fim, não sendo ainda, permitidas provas ilícitas em um processo penal.

Todos esses princípios constitucionais estão regulamentados no Código de Processo Penal, sendo que as provas ilícitas deverão ser desentranhadas dos autos (Art. 157) e todas as provas deverão obedecer uma cadeia de custódia, um rito para garantir a sua validade (Art. 158-A e seguintes).

*Ab initio*, observamos que não existe uma definição coesa na doutrina sobre a nomenclatura dos elementos probatórios de natureza digital, temos algumas obras que tratam como prova digital, outras como evidência digital e ainda alguns nominam como vestígios digitais.

A nosso ver com a inclusão do artigo 158-A, § 3º, do Código de Processo Penal, advindo do Pacote Anticrime que estabelece que “Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se



relaciona à infração penal”, temos que a definição mais acertada para tratar elementos probatórios de natureza digital, como vestígio digital.

Partindo deste introito, Dário José Kist<sup>6</sup> (p.105), traz duas questões fundamentais a serem analisadas, a primeira sobre a natureza dos meios de prova dos crimes cibernéticos e, a segunda, sobre o acesso transfronteiriço a dados e sistemas informáticos, assentando que,

[...] a primeira questão demanda o estudo da prova digital, com especial atenção para o desenvolvimento de novas modalidades de investigação, própria para estas formas de prática criminosa; para resolver a segunda tem havido um apelo ao instituto da cooperação internacional, e isso impõe tratar dos mecanismos existentes para tanto, alguns já consensuados. Será visto que, dentre as características da prova digital, está a sua fragilidade e volatilidade, do que decorre a possibilidade de ser alterada ou destruída na mesma velocidade com que foi gerada e, especialmente e por isso, reclama-se por um aprimoramento nas formas de cooperação policial e judicial entre as autoridades de países diversos.

Contudo, há diversas áreas do direito se expandindo, como por exemplo, o direito digital. Deste modo, algumas investigações poderiam utilizar meios de obtenção de provas digitais como, coleta remota de dados, interceptação telemática, coleta por acesso forçado, dentre outros. Todavia, a inexistência de uma legislação regulamentadora específica tende a prejudicar os métodos de colheitas de provas, tendo em vista que, se consideradas ilícitas, observar-se-á a teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruits of the poisonous tree*) e contaminará todas as demais provas decorrentes ou derivadas.

Ainda, Dário José<sup>7</sup> (2018, p. 107) referente ao termo “digital” outro, qual seja “prova”, é intuitivo que se quer significar que esta última tem a

---

6. *Prova digital no processo penal*. Leme-SP: JH Mizuno, ano 2019, p. 105.

7. Op. Cit.

natureza digital, ou seja, é impregnada das notas essenciais dos sistemas digitais, utilizados pelos dispositivos informáticos e por meio dos quais processam e transmitem informações e dados. E quando, transmitido dados, o dispositivo informático é instrumento para a prática de ilícito penal, as evidências deste também terão característica digital.

As evidências digitais para possuir validade, auditabilidade, autenticidade e completude, devem obrigatoriamente seguir o disposto no Código de Processo Penal,<sup>8</sup> bem como as normas correlatas e as diretrizes apresentadas

---

8. Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019):

I – reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

II – isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

III – fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

IV – coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

V – acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

VI – transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

VII – recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

VIII – processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

IX – armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

pela ABNT, devendo ser este o principal cuidado que o operador do direito e/ou órgão investigativo deverá levar em conta para atribuir uma culpa à alguém com supedâneo em uma evidência digital.

A Norma Brasileira ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 que dispõe sobre Tecnologia da informação — Técnicas de segurança — Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital, dispõe acerca da identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital através da cadeia de custódia, define:

O registro de cadeia de custódia é um documento, ou uma série de documentos relacionados, que detalha a cadeia de custódia e os registros de quem foi o responsável pelo manuseio da potencial evidência digital, seja na forma de dado seja na forma de dado digital ou em outros formatos (como notas de papel). O propósito de manter o registro de cadeia de custódia é para possibilitar a identificação do acesso e movimento da potencial evidência digital a qualquer tempo. O registro de cadeia de custódia em si pode compreender mais do que um documento, por exemplo, para a potencial evidência digital é recomendado que exista um documento contemporâneo registrando a aquisição de dados digitais para um determinado dispositivo, o movimento deste dispositivo e a documentação registrando subsequentemente extratos ou cópias da potencial evidência digital para análise ou outros propósitos.

Convém que o registro de cadeia de custódia contenha no mínimo as seguintes informações:

- Identificador único da evidência;
- Quem acessou a evidência e o tempo e local em que ocorreu;
- Quem checou a evidência interna e externamente nas instalações de preservação da evidência e quando isto ocorreu;

---

X – descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

— Motivo de a evidência ter sido verificada (qual caso e propósito) e a autoridade relevante, se aplicável; e

— Quaisquer alterações inevitáveis da potencial evidência digital, assim como o nome do indivíduo responsável para tanto e a justificativa para a introdução da alteração.

Contudo, quando a identificação se dá exclusivamente pela quebra do sigilo telemático, onde através de encontro fortuito encontrou-se elementos que levaram a identificar o acusado, o qual, através de elementos externos ao processo.

Neste ponto, observamos um conflito entre a validade das evidências de natureza digital e a efetividade dos princípios constitucionais, principalmente o da presunção de inocência.

A ação penal que se fundamenta em indícios e supostos elementos probatórios de natureza digital, deve ser analisada sob a ótica da cautelaridade e da precaução. O professor Spencer Toth Sydow<sup>9</sup> inova neste ponto trazendo a seguinte análise:

Buscamos, para tanto, propor um novo axioma denominado “**Princípio da Dupla Presunção de Inocência**”. Não descuidamos do fato de que uma **única lógica de presunção de inocência englobaria todas as prerrogativas necessárias para garantir ao acusado uma prerrogativa** garantista e ao acusador uma posição de obrigação de afastamento da dúvida razoável. A opção por denominar “dupla presunção” é, em verdade, para expor uma nova ótica para se identificar e interpretar os delitos dessa espécie de modo a salientar ainda mais os cuidados sobrados necessários para que uma acusação prospere e seja recebida pelo Poder Judiciário. Poderia, outrossim, ser um desdobramento informático do Princípio da Presunção de Inocência constitucional e da Declaração Interamericana de Direitos Humanos.

---

9. *Curso de Direito Penal Informático*. 2. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodivum, 2021, p. 102.

Partindo do conceito “da dupla presunção de inocência”, não basta somente uma suposição sobre a autoria delitiva, mas se faz necessário a comprovação da real identificação do usuário a quem é imputada a prática delitiva. Spencer Toth Sydow<sup>10</sup> exemplifica.

Assim como identificar a arma de fogo não resolve a questão de autoria por ainda ser necessário identificar o responsável do projétil fatal – e a não identificação impede aquela certeza de autoria –, identificar o computador/tecnologia de onde partiram os comandos geradores da violação do bem jurídico (informático ou não) nada representa se não se identificar o usuário responsável por eles. E aqui há elevado grau de incertezas.

Sendo assim, denota-se que há uma disparidade entre quem foi descoberto pelo meio de pesquisa e quem realmente praticou o crime. Um caso simbólico, é o de quebra de sigilo telemático, onde demonstra que o autor X estava usando a linha telefônica registrada em nome de Y mas, após colheita de outras provas, há o conhecimento de que este não é o autor do crime.

Aplaudimos a intenção de criar um peso maior na observância do princípio da presunção de inocência, mas acreditamos não ser necessária a cisão do princípio constitucional, para tratá-lo como “dupla presunção de inocência” para evidências digitais, senão teríamos que concluir que para evidências “off-line” teríamos que aplicar o princípio puro da presunção de inocência, ou seja, a nosso ver são dois pesos para um princípio que é uno e que não deve ter outra definição, uma vez que o que delimitará esta presunção é a qualidade da prova e não o tipo ou a modalidade. Por fim, a nosso ver, com a evolução tecnológica e da natureza das provas, o processo penal enquanto arcabouço processual não traz distinções, assim, entendemos haver uma **presunção de inocência *juris et de jure***, até que haja a validação das provas, através da observância da cadeia de custódia da prova.

---

10. Op. Cit. p. 109.

Ademais a presunção não pode ser dupla, assim como não pode ser *iuris tantum*, pois se colocar em dúvida a inocência ou se adotar critério relativo, estará o acusado em um estado de “semi-inocência”, mas deve-se no caso, com toda cautela de validação de elementos probatórios de origem digital, utilizar-se de presunção de inocência em caráter *juris et de jure*, até a sua validação e confirmação de autenticidade e origem. Assim, com esta cautela e observância, se obedecerá o rito constitucional e processual normal.

Portanto, desse modo, todo fato típico e/ou cena de delito que deixar vestígios deverá ser objeto de perícia ou, caso contrário, a prova colhida será nula, conforme preceitua o artigo 158 do CPP “Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Diante disso, a nosso ver, a evidência digital para possuir validade como elemento probatório deve obedecer duas fases indivisíveis, ou seja, a primeira fase trata da preservação da integridade dos vestígios digitais, observando necessariamente quatro características: completude, autenticidade, auditabilidade e a reprodutibilidade dos métodos de análise (espelhamento). Portanto, a primeira característica requer que o vestígio deve estar completo pois, a alteração do conteúdo do vestígio mediante exclusão total ou parcial de arquivo ou elemento inviabilizará a prova, v.g., em um crime contra a honra cometido na rede social Whatsapp®, se alguma mensagem for apagada a conversa pode ter seu contexto alterado o que inviabilizará a imputação da prática delitiva. A segunda característica é a autenticidade, ou seja, a certeza da sua origem e contexto. A terceira é a auditabilidade que demonstrará a integridade da prova, que deverá comprovar a certeza que a informação que a constitui se mantém intacta, ou seja, inalterada após o seu tratamento. E, por fim, a quarta característica que é a reprodutibilidade dos métodos de análise, ou seja, a possibilidade de espelhamento técnico da prova que garanta a integridade da prova e a sua auditabilidade.

E a segunda fase, é a observância do princípio do Duplo Fator de Autenticação como validador de elementos probatórios de natureza digital, ou seja, não basta o vestígio digital ser autêntico, o mesmo deverá indicar a autoria delitiva, ele deverá estreme de dúvidas, indicar que, de fato, o

responsável pelo elemento informático é a pessoa que, no tempo do crime, estava no comando da operação daquele equipamento informático ou da aplicação de internet.

Um exemplo é o caso de identificação de um cidadão como suposto autor de um delito apenas por este ser o titular de um IP (internet protocol). Portanto, ao não se observar o princípio do Duplo Fator de Autenticação como validador de elementos probatórios de natureza digital, a autoria seria imputada apenas em decorrência da titularidade da conexão de internet. Contudo, tal prova não indica com precisão que aquela pessoa era o usuário responsável pelo fato. Assim o titular da ação penal estaria apontando a culpa através de uma evidência frágil a terceiro inocente.

No mesmo exemplo, aplicando o princípio do Duplo Fator de Autenticação como validador de elementos probatórios de natureza digital, após a preservação da integridade dos vestígios digitais, seria analisado qual era o tipo de conexão disponibilizada através do IP indicado, se era conexão pública ou privada, se havia equipamentos com disponibilização de conexão via wi-fi ou não, se existia conexão aberta ou com senha para acesso, se nos arquivos ou aplicativos disponíveis no equipamento havia infecção por vírus, malware ou spyware, se o equipamento foi acessado remotamente por terceira pessoa, enfim, seria necessário a demonstração que não havia nenhuma possibilidade de uma terceira pessoa ter utilizado a referida conexão pois, se pairar um mínimo de dúvida, deverá absolver o acusado pelo princípio do *in dubio pro reo*.

Deste modo, no nosso entendimento, deverá haver um estudo e uma sistematização total das evidências digitais para conseguir identificar quem realmente praticou o crime, o que deixará o processo mais célere, justamente porque a investigação passará a ser mais incisiva, uma vez que saberá o ponto de partida para as investigações.

Desse modo, as provas obtidas por meios de captura de tela, denominado como “print”, decorre de uma violação da privacidade e intimidade, princípios constitucionais regulamentados no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

Baseado nessa inviolabilidade, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no RHC 133430 que as provas obtidas por meio de “prints” são ilícitas.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. VÍCIOS INEXISTENTES. MERA REDISCUSSÃO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. NOTÍCIA ANÔNIMA DO CRIME APRESENTADA JUNTO COM A CAPTURA DA TELA DAS CONVERSAS DO WHATSAPP. INTERLOCUTOR INTEGRANTE DO GRUPO DE CONVERSAS DO APLICATIVO. ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. NULIDADE VERIFICADA. DEMAIS PROVAS VÁLIDAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS (EDcl no AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 133.430 – PE, Min. Relator Olindo Menezes JULGADO: 01/06/2021).

O posicionamento jurisprudencial demonstra que os tribunais atualmente adotam a sistemática de reconhecimento da primeira fase, na qual deve ser observar a preservação da integridade dos vestígios digitais, haja vista, que sem a comprovação de autenticidade e auditabilidade, não se comprova a materialidade, entretanto, ainda não se discutiu a segunda fase, que é a relaciona a autoria explícita e não por definição implícita.

Seguindo a doutrina de Dário José<sup>11</sup> (2018, p. 343),

[...] nesse contexto de comunicação escrita e falada, há vários regimes de tutela que podem ser mobilizados. Um deles, e aplicável em ambos os casos é o da proteção da privacidade e dos comunicantes, inclusive a informática, pois as informações trocadas podem incluir assuntos e dados particulares dos interlocutores, que têm legítima expectativa de verem-nos preservados e sonogados do conhecimento e alcance de terceiros.

---

11. Op. Cit.



Contumaz, caso haja essa investigação no aparato do indivíduo sem a sua devida autorização, a autoridade violará o direito líquido e certo, sendo este da privacidade e intimidade. Por isso, o indivíduo, segundo Spencer, está protegido pela dupla presunção de inocência. As mensagens encontradas nos dispositivos não podem ter valores absolutos ao ponto de ocorrer decisões condenatórias apenas por estas provas e, em nosso entendimento, a presunção de inocência somente será superada se a evidência digital for validada como elemento probatório através da observância das duas fases indivisíveis, ou seja, da preservação da integridade dos vestígios digitais e da segunda fase, que é a observância do princípio do Duplo Fator de Autenticação como validador de elementos probatórios de natureza digital.

Alexandre Morais da Rosa (Conjur, 2022),<sup>12</sup> discorre se,

[...] o ônus probatório é da acusação, o Estado ou o querelante devem adquirir validamente os dados, motivo pelo qual a não-conformidade significa a ausência de materialidade, pouco importando se a defesa deixa de impugnar o “*print screen*” ou mesmo confessa o envio da mensagem porque a confissão é inválida para o fim de comprovação da materialidade. A exigência é do regime probatório do Processo Penal (CPP, artigo 158; artigo 564, III, “b”). Em consequência, eventual confissão não supre a ausência de aquisição válida da prova.

Portanto, a cadeia de custódia dos vestígios digitais, além de seguir os parâmetros do Código de Processo Penal, deverá seguir a Norma ABNT/NBR ISSO/IEC 27037:2013. Acerca do método de recolha da prova digital a Andressa Olmedo Minto,<sup>13</sup> traz que:

[...] o procedimento de recolha da prova digital mais difundido engloba um modelo quadripartido,

---

12. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-17/limite-penal-print-screen-materialidade-crimes-digitais>. Acesso em: 09 out. 2022.

13. *A prova digital no Processo Penal*. São Paulo: LiberArs, 2021, p. 59s.

proposto pelo National Institute for Standards and Technology (NIST), que sugere quatro etapas na investigação em ambiente digital: a recolha (collection); o exame (examination); a análise (analysis); e o relatório (reporting).

O que corrobora com as decisões judiciais que, um simples print, por não se fazer comprovar a origem, não tem validade.

E, referente à inexistente Cadeia de Custódia de Prova, Margarida Helena Serejo Machado,<sup>14</sup> traz que

[...] cadeia de custódia é procedimento preponderante e de suma importância para a garantia e transparência na apuração criminal quanto à prova material, sendo relato fiel de todas as ocorrências da evidência, vinculando os fatos e criando um lastro de autenticidade jurídica entre o tipo criminal, autor e vítima.

Acerca da importância da perícia, Aline Thaís Bruni<sup>15</sup> sustenta que:

1. A Cadeia de Custódia – A prova pericial deve ser suficientemente precisa, técnica e padronizada para atender de maneira satisfatória os interessados no esclarecimento dos fatos. Para que isso aconteça, deve haver procedimentos consistentes em relação ao gerenciamento de local de crime.

A contrário *sensu*, com a inobservância do rito de extração de prova, sem a comprovação de autenticidade pela auditabilidade, ou ainda, a quebra da cadeia de custódia da prova, a existência de dúvida razoável ou prova inconclusiva da verdade real (do ponto de vista do juiz) obriga o juiz (leigo ou togado) a declarar a absolvição do acusado.

---

14. *A regulamentação da cadeia de custódia na ação penal: uma necessidade premente*. Corpo Delito, n. 1, Brasília, 2009. p. 18-23.

15. *Pacote anticrime: comentários à Lei nº 13.964/2019*. São Paulo: Almedina, ano 2020, p. 124.

É óbvio que a presunção de inocência é em si um princípio que, em seu conteúdo, diz que ninguém pode ser considerado culpado até a condenação definitiva por um crime. Mas também tem o aspecto de que a inocência é um estado inercial que deve, sem dúvida, ser removido pela acusação, geralmente em combinação com o estado de liberdade e no caso de uma acusação baseada em evidências digitais, a presunção de inocência a de ser *juris et de jure*.

## Conclusão

Um processo é composto de um fato antijurídico, partes e elementos indiciários e probatórios, quando a dúvida da autoria se faz necessária à identificação por investigação através das provas.

Com a evolução social e tecnológica os vestígios de natureza digital estão ocupando um grande espaço nas lides e, devido à dificuldade de auditabilidade e autenticidade, se faz necessário obedecer a um rigoroso rito de cadeia de custódia da prova.

Ante a periculosidade da adulteração de provas, defendemos que ao acusado deve ser assegurado, quando a evidência probatória for exclusivamente digital, deve primeiramente se observar a presunção de inocência em caráter *juris et de jure*, ou seja, de forma absoluta, levando-se em conta, conforme apontado neste ensaio, como pressupostos para efetivação da validade da prova, os seguintes requisitos: primeiramente a preservação da integridade dos vestígios digitais, observando necessariamente quatro características: completude, autenticidade, auditabilidade e a reprodutibilidade dos métodos de análise, e em uma segunda fase, a observância do princípio do Duplo Fator de Autenticação como validador de elementos probatórios de natureza digital.

## Referências

BRASIL. Casa Civil. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm).

CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-17/limite-penal-print-screen-materialidade-crimes-digitais>.

KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme – SP: JH Mizuno, 2019.

MARINHO, Girlei Marinho. **A regulamentação da cadeia de custódia na ação penal: uma necessidade premente**. Corpo Delito, n. 1. Brasília, 2009. p. 18-23.

MINTO, Andressa Olmedo. **A prova digital no processo penal**. São Paulo: LiberArs, 2021.

NETTO, Alamiro V. S. et al. **Pacote Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/2019**. São Paulo: Almedina, 2020.

SYDOW, Spencer Toth. **Curso de Direito Penal Informático**. 2. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodivum, 2021.

UFMS – Universidade Federal de Santa Maria. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>.

# 18

## Direito Penal Canônico

José de Ávila Cruz<sup>1</sup>

---

1. Doutor em Direito Canônico pela Pontificia Universitas Lateranensis.

O Direito Canônico surgiu na época em que vigorava o Direito Romano, cujo fundamento da pena era a vingança, ou seja “a justa retribuição pelo crime cometido”. Durante o século I, a perseguição aos cristãos foi violenta. O Imperador Nero praticou um verdadeiro massacre, tendo inclusive executado São Pedro e São Paulo.

A religião de Cristo, com sua mensagem de salvação, a sua pregação de imortalidade e seu apelo sublime à caridade, encontrou ressonância nas almas sedentas de perfeição e decepcionadas com a interrogação que lhes deixavam no espírito as velhas tradições religiosas greco-romanas.<sup>2</sup>

O cristianismo opõe-se ao extremo desregramento de costumes a que havia chegado a sociedade romana. Os cristãos, embora reunidos em catacumbas com fins estritamente religiosos, estavam sujeitos a conflitos de interesses como ocorre em toda sociedade. Tais conflitos eram levados ao pretor romano até que, São Paulo, na Primeira Epístola aos Coríntios, Capítulo VI, proibiu, terminantemente esta forma de proceder, determinando que os conflitos de interesses entre cristãos deveriam ser submetidos somente aos apóstolos, aos bispos (sucessores dos apóstolos) e ao Papa (sucessor de São Pedro) enfim, aos dirigentes da Igreja de Jesus Cristo.

Nas soluções de conflitos predominavam sempre os princípios religiosos, morais e doutrinários do catolicismo surgindo, assim, o instituto da *conciliação*, instituto este desconhecido do direito romano, onde existia apenas a transação. A conciliação é contemplada, também, pelo legislador brasileiro (artigo 334 do Código de Processo Civil) por influência do Direito Canônico.

## O Édito de Milão

Pelo Édito de Milão, expedido pelo imperador Constantino em 13 de junho de 313, a religião passou a ter uma maior influência na legislação romana e o fundamento da pena passou a ser a caridade, e não mais a vingança

---

2. GIORDANI, Mario Curtis. *História de Roma*. São Paulo: Vozes, p. 346.

no sentido de retribuição pelo crime praticado. A pena, que passou a ter como base a caridade cristã, passou a ter um fundamento diametralmente oposto ao fundamento da pena, segundo a concepção romana. Os bispos legislavam e a jurisprudência canônica desenvolveu-se, não obstante, sob a resistência da conceituação romana. A insistente reação do direito romano e a extensão do campo de aplicação do Direito Canônico, de fundo justinianeu, a opor obstáculos.

Concomitantemente, ocorreu a disputa e o predomínio, na doutrina e na prática, entre o direito romano e o direito canônico. Os canonistas como Azzone, Tancredi, Graziano, Inocêncio III, Inocêncio IV, Raimundo de Penna Forte e outros, enriqueceram a legislação canônica com seus tratados, assim como o Abade Panormitano Maranta, e outros, colaboraram para a divulgação e a consolidação do Direito Canônico, tendo grande mérito, também as leis e comentários de grandes Pontífices como Gregório IX e Benedicto XIV.

A pena, como já dissemos, deixou de ter aquela conotação de vingança e passou a ter como fundamento a caridade, o que deu segurança à sociedade, reprimindo o delito com aplicação de pena aos malfeitores. Alguns autores confundem a questão do perdão com a aplicação da pena.

É certo que devemos perdoar, porém isto não significa isentar o infrator da pena pois, se assim fosse, não haveria justiça, a qual faz parte da doutrina cristã. Perdoar significa não guardar rancor contra a pessoa do infrator mas, sim, continuar a dar-lhe proteção espiritual e material. Mas o infrator terá que sofrer a penalidade para não fique prejudicada a segurança da sociedade.<sup>3</sup> Tanto é assim que, Tomás de Aquino foi categórico ao responder a questão sobre o quinto mandamento. O decálogo proíbe matar a outrem, na medida em que este ato tem natureza de indébito. Pois então, este preceito exprime a essência mesma da justiça.

Ora, a lei humana não pode conceder que seja lícito matar alguém indevidamente. Não é, porém, indevido matar malfeitores ou os inimigos

---

3. Avila Cruz, José. Artigo publicado na Revista de Cultura Teológica V. 17, n. 66. Março de 2009. p. 156.

da república. Por isso, tal não contraria ao preceito do decálogo, nem tal morte constitui o homicídio proibido pelo preceito, como diz Agostinho.<sup>4</sup>

O direito penal, como vimos pela sua evolução histórica, surgiu tutelando interesses particulares, admitindo vingança privada, mas com a influência cristã do Direito Canônico. O direito penal passou a ser encarado cientificamente e, conseqüentemente, em defesa da sociedade.

Resguardando os homens que formam a comunidade, as leis penais protegem precipuamente a segurança, a tranquilidade coletiva e a tranquilidade da ordem, como definia Santo Agostinho. Assim, o homicídio, o aborto e o infanticídio devem ser combatidos pelo poder constituído.

Comentário 11:0. Vemos, como diz Santo Tomás de Aquino, que “é salutar a amputação de um membro gangrenado, causa da corrupção dos outros membros. Ora, cada individuo está para toda a comunidade como a parte de um corpo está para o todo”. Portanto, é louvável e salutar, para a conservação do bem comum, por à morte, aquele que se tornar perigoso para a comunidade e causar perdição para ela pois, como dizia Agostinho, “um pouco de fermento corrompe toda a massa”.<sup>5</sup>

É óbvio que o doutor Angélico jamais admitiria a aplicação da pena capital, sem antes apurar sob o ponto de vista psicológico, à pessoa do criminoso. Jamais admitiria esse meio extremo sem a cuidadosa apuração dos fatos através do processo penal.

## Das penas canônicas

Se nos reportarmos ao Código de 1917 que, embora esteja revogado, os autores não negam a sua técnica perfeita, encontraremos no dispositivo 2.216 o seguinte: “são castigados pela Igreja 1. com penas medicinais

---

4. Cf. Santo Tomás de Aquino. *Summa Theologica*. Tratado da Lei. Art. 8 – Se os preceitos do decálogo admitem dispensa.

5. Santo Tomás de Aquino. *Summa Theologica*. Secunda Secundae. Questão 10: Da infidelidade em comum. Art. 9 – Se se pode ter comunhão com os infiéis.



ou censuras; 2. com penas vindicativa; 3. com remédios penais e com penitências”.

O Canonista Francesco Coccopalmerio esclarece a aparente contradição dizendo que, a palavra vindicativa no item 2 não significa vingança, mas sim pena expiatória. Tanto é assim que o legislador canônico atual empregou a palavra expiatória no cânon 1312 do atual Código, excluindo a palavra vindicativa para não confundir com a conceituação romana de pena.

Este abrandamento das penas canônicas é devido ao Direito Canônico ter tomado por base a caridade, passando a investigar cientificamente a pessoa do delinquente. Surgiram, assim, vários estudiosos da matéria como Lombroso, cuja teoria do criminoso nato não vingou, mas teve o mérito de estimular o estudo da pessoa do delinquente, o que deu origem a Psicologia Forense e a Medicina legal.

Graças à visão canônica do crime, a interferência do poder social no domínio da repressão, passou a ter relevância, abandonando a primeira forma de justiça punitiva que foi a vingança executada pelo particular, dando uma conotação de segurança para a sociedade, conceituando a pena como a privação de um bem, imposta pela autoridade competente, a quem transgride uma lei.

Ainda como resultado da conceituação de pena como caridade, segundo o Direito Canônico, encarando o criminoso cientificamente, verifica-se que, pelo conceito vindicativo no caso de furto de um pão por um elemento faminto, o juiz, ainda que indignado com o padeiro que não deu o pão ao faminto, teria que condená-lo sem levar em consideração a sua situação de faminto. Não se cogitava autuá-lo por furto famélico como atualmente.

O mesmo se diga do estado de necessidade. Quando uma pessoa, com um filho prestes a falecer, que necessita de remédio em horário noturno, e encontra a farmácia fechada, arromba o estabelecimento e furta o remédio para salvar a criança está isento de pena, pois se trata de estado de necessidade, o que também é resultado do conceito de pena pela visão canônica,

ou seja, a caridade reconhece que, por justiça, não há o que se falar em aplicação de pena em tal caso.

Além das penas expiatórias previstas pelo cânon 1336, a lei pode estabelecer outras que privem o fiel de algum bem espiritual ou temporal e sejam conformes ao fim sobrenatural da Igreja (cânon 131 2 § 2).

Empregam-se, também, remédios penais e penitenciais, aqueles principalmente para prevenir delitos, estes de preferência para substituir ou aumentar a pena (cânon 1.312 § 3). As penas medicinais têm por objetivo corrigir o delinquente.

## Da pena automática

Importante e eficaz peculiaridade do direito penal canônico é a pena automática, denominada pelo legislador canônico como *latae sententiae*, contida no cânon 1314, assim chamada porque é o próprio delinquente que deve reconhecer a sua aplicabilidade, como por exemplo o apóstata da fé, o herege ou cismático, profanação das espécies consagradas etc. Esta difere da *ferendae sententiae* que só atinge o réu depois de infligida, como por exemplo, a tentativa de celebração de Eucaristia, violação do sigilo sacramental.

A excomunhão é uma censura pela qual se exclui alguém da comunhão dos fieis. As proibições ao excomungado estão previstas no cânon 1331 parágrafo primeiro. Não nos deteremos em cada uma delas para não ultrapassar os limites impostos a este trabalho. Devemos mencionar, ainda, o julgamento dos delitos reservados à Congregação Para a Doutrina da Fé. São eles: delitos contra a Santidade do Sacramento da Eucaristia, delitos contra a Santidade do Sacramento e do sacrifício da Eucaristia e delitos contra a Santidade do Sacramento da Penitência. Para finalizar, devemos dar ênfase ao princípio estabelecido pelo legislador canônico, constante do Código, ou seja, respeitar a equidade canônica e ter, diante dos olhos, a salvação das almas que, na Igreja, deve ser sempre a lei suprema (cânon 1752).

## Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Vol. I. **Revista de Cultura Teológica**, ano XVII, n. 66. Jan./mar. 2009.
- CRETELLA JR., José. **Curso de Direito Romano**. São Paulo: Forense, 1997.
- CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- D'AVACK, Pietro Agostino. **Corso Di Diritto Canonico**. Milano: Dott. A. Giuffré – Editore, 1956.
- GIORDANI, Mario Curtis. **História de Roma: Antiguidade Clássica II**. Petrópolis-RJ: Vozes, 1976.
- GIUDICE, Vincenzo Del. **Manuale di diritto ecclesiastico**. Milano: Dott. A. Giuffré – Editore, 1964.
- MEIRA, Silvio. **Curso de Direito Romano: história e fontes**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Max Limonad, 1965.
- SCHIAVONE, Aldo (Org.). **Storia del diritto romano e linee di diritto privato**. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

# 19

## Bullying, perseguição e ofensa

Umberto Luiz Borges D'Urso<sup>1</sup>

Carlos Alberto Maciel Romagnoli<sup>2</sup>

Clarice Maria de Jesus D'Urso<sup>3</sup>

- 
1. Umberto Luiz Borges D'Urso, Advogado Criminal, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Pós-graduação “Lato Sensu” em Direito Penal pela UNI-FMU. Pós-graduação “Lato Sensu” em Processo Penal pela UNI-FMU. Pós-graduação em Direito pela Universidade de Castilla-La Mancha, Espanha. Conselheiro Efetivo Seccional Diretor de Cultura e Eventos da OAB/SP nas gestões de 2004/2018 e Presidente do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo por quatro gestões.
  2. cursou Estudos Sociais e, posteriormente, Direito, abraçou a advocacia como profissão. Ingressara nos quadros da Sociedade Veteranos de 32 – MMDC, nos anos 1990. Foi um dos responsáveis por inserir a OAB/SP como parceira institucional da entidade. Ao longo dos anos, ocupara diversos cargos no MMDC, dentre eles o de Diretor Jurídico e, em 2019, alcançara a Presidência, sendo o responsável pelas comemorações dos 90 anos da Revolução Constitucionalista de 32, dentre diversas ações comemorativas a esta data.
  3. Bacharel em Ciências Jurídicas. Pós-graduada “Stricto Sensu”. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela UniFMU. Pós-graduada “Lato Sensu” em Direito Penal e Processo Penal pela UniFMU. Pós-graduada “Lato Sensu” em Prevenção e Enfrentamento da Violência para Garantia dos Direitos Humanos pela Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo. Membro da Associação Brasileira das Mulheres de Carreiras Jurídicas – AB-MCJ.

Bullying é a atitude diária e repetida de ações violentas físicas ou emocionais, de intimidação, exclusão e humilhação, que visa a desestabilizar e isolar a vítima. A palavra tem origem inglesa e significa provocação, implicância, assédio moral, coação, perseguição.

Dados divulgados em 2021 pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em pesquisa sobre bullying realizada com 188 mil alunos, de idades entre 13 e 17 anos, em 4.361 escolas de 1.288 municípios de todo o país, mostrou que o bullying transformou-se em um grave problema escolar e, também, de saúde. De acordo com este levantamento, cerca de 25% dos estudantes pesquisados contaram ter sido vítimas de bullying e disseram que haviam recebido provocações de colegas. Outro dado ainda mais preocupante: um em cada cinco entrevistados afirmou que a vida não valia a pena ser vivida. Ou seja, estas crianças e adolescentes pensam em suicídio. Muitas o cometem.

Ainda segundo os entrevistados, os motivos de sofrerem bullying são aparência do corpo (16,5%), aparência do rosto (11,6%) e cor ou raça (4,6%). Os resultados mostram ainda insatisfação física. Menos da metade (49,8%) achava o corpo normal, 28,9% se achavam magros ou muito magros e 20,6% gordos ou muito gordos.

Outra pesquisa, realizada pela Young Minds, apontou que um em cada oito adolescentes e jovens não encontraram apoio psicológico quando procuram. O levantamento descobriu que 78% dos entrevistados (menores de 25 anos) disseram não ter encontrado apoio e tiveram que descobrir como lidar com a situação sem ajuda. Apesar disso, apenas 17% se sentiram confiantes administrando a saúde mental por conta própria.

Já um levantamento feito no Reino Unido indicou que adolescentes entre 12 e 15 anos que sofrem bullying na escola apresentam risco até três vezes maior de tentar o suicídio. Outra pesquisa fortalece a relação entre a prática violenta no ambiente escolar e o pensamento suicida.

Outro levantamento, também realizado no Reino Unido, indica que, na faixa etária de 11 a 16 anos, pelo menos 17% dos adolescentes vítimas de bullying consideram tirar a própria vida para fugir da perseguição. Além disso, 78% disseram que o problema causou ansiedade e 56% afirmaram

que perderam noites de sono. Estes dados mostram ainda que 57% das crianças já sofreram bullying em algum momento da vida escolar e 74% testemunharam alguém sendo intimidado.

Segundo especialistas, as vítimas de bullying podem apresentar depressão, transtornos de ansiedade, síndrome do pânico, transtornos alimentares, mudanças no padrão de sono, pesadelos e, se não tratados, podem levar à violência contra outras pessoas ou contra si mesmas – com o ápice trágico no suicídio. Elas também apresentam outros sintomas, como não querer mais frequentar as aulas, pedir para mudar de turma ou escola, dificuldade de atenção e queda no rendimento escolar e distúrbios físicos, como dor de cabeça, de estômago e suor frio. Em muitos casos, os agressores foram vítimas e, com essa “troca de posições”, o bullying se torna ainda mais viciousamente cíclico. Além dos agressores, as vítimas também sofrem com a plateia, pessoas que assistem calada ou até participam das agressões.

A crueldade existente por traz do bullying é algo imensurável para o ofendido. Por vezes, a vítima desta aterrorizante prática se vê tão aviltado, tão ridicularizado, tão menosprezado que, infelizmente, por vezes toma atitudes não compatíveis com sua personalidade, vejamos como ilustração 2 (dois) recentes casos acontecidos no Brasil.

Mister salientar que, em ambos os casos, as vítimas do bullying/agressores, eram pessoas pacíficas que nunca exteriorizaram ou cometeram qualquer ato de violência contra quem quer que fosse.

Vamos ao primeiro: em 20/10/2017, um adolescente matou a tiros dois colegas de classe. O motivo: o mesmo era consuetudinariamente chamado de fedido por seus colegas. Naquele dia as ofensas atingiram de forma catastrófica seu âmago e o mesmo durante o intervalo de aulas sacara uma pistola e disparara ao léu, levando à morte 2 colegas e ferindo outros 4, matéria esta amplamente divulgada nos noticiários nacionais como por exemplo pela repórter Paula Resende, do portal G1 de Goiás.

Outro caso, e este mais recente, próximo à publicação desta obra, aconteceu no interior de São Paulo, na cidade de Sorocaba, em 06/04/2022, onde um menino de 11 anos de idade ferira uma colega de classe com 9 golpes de canivete. Neste caso, a agressora/vítima diariamente rotulava

o agressor como “gayzão”, ofensa esta inadmitida pelo mesmo. A matéria teve, também, uma grande repercussão, como por exemplo, pelo *Jornal da Manhã* – JM no Instagram: @\_jmonline e também pelo Facebook: @jornaldamanhaonline.

## O que fazer para ajudar a criança que sofre bullying na escola?

Os pais e professores devem demonstrar apoio, levar a sério as queixas e acolher a criança que sofre bullying. É importante que os adultos afirmem que a vítima não está sozinha, devem valorizar as suas qualidades e insistir que ela não é culpada pelas agressões que sofre. Conversar com a criança vai permitir que ela expresse seus sentimentos em relação às agressões e às ameaças que sofre.

A criança precisa ser ouvida. Os pais e responsáveis devem denunciar o bullying a um responsável na escola para que sejam tomadas providências contra os agressores. Nos casos mais graves, quando há perseguição na internet, é necessário reunir provas do conteúdo abusivo. Imprima páginas e mensagens ofensivas à criança para fazer um boletim de ocorrência. Entre em contato com o provedor para retirar do ar essas publicações.

Existem ações, campanhas e iniciativas que ajudam a evitar o bullying com crianças e adolescentes. O trabalho deve ser preventivo: pais, professores e a direção da escola devem atuar em conjunto. É necessário também conscientizar crianças e adolescentes de que o bullying é prejudicial e não pode ser tolerado.

Embora o bullying corresponda, como já vimos, à prática de atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, cometidos por um ou mais agressores contra uma determinada vítima, vemos ainda comentários de pessoas que acham que as vítimas que fazem muito drama, dizendo que é “uma simples brincadeira de criança”. Como pode ser brincadeira uma atitude que envolve tortura física ou verbal que agride o outro ser humano? A tradução do termo em inglês já demonstra, em seu sentido, toda a agressividade: bullying deriva-se de *bully* – tirano, brutal, vocábulo difundido na década de 1970 pelo psicólogo sueco Dan Olweus.

O bullying pode ocorrer em qualquer ambiente onde existe o contato interpessoal, seja no clube, na igreja, na própria família ou na escola. A conscientização desse tipo de crime tem como aliadas a imprensa, a mídia e, principalmente, os meios digitais, e as ONGs, por meio de campanhas de prevenção, conscientização e combate.

A diferença entre bullying e uma suposta brincadeira é o caráter ocasional, sobretudo quando as pessoas estão num mesmo patamar de poder dentro da relação, pois mesmo um ato “maldoso” pode ser considerado como uma brincadeira. Atitude comum entre crianças e jovens é o amigo dar um apelido engraçado para o outro, embora este não goste do apelido, também inventa um ao primeiro. Ambos se divertem, e estão na mesma posição – desde que isso não se estenda nem se torne incômodo para apenas um dos lados.

Por outro lado, o bullying apresenta uma relação de maldade, por ser desigual, entre o agressor e a vítima. Vamos voltar para o mesmo exemplo: um dos amigos dá um apelido engraçado ao outro e o espalha para sala. A sala começa a chamá-lo por esse apelido todos os dias. O apelidado não consegue reagir e passa a ser chamado por algo de que não gosta e o faz mal psicologicamente. Aqui, só uma das partes está se divertindo – e não é nenhum dos dois amigos que começou o que parecia ser apenas uma brincadeira.

## Bullying é crime

O ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – em seu artigo 5, trata da violência contra a criança, o que inclui o bullying. No artigo 17, fala-se da inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente. Violência, castigo físico, tratamento vexatório estão presentes nos artigos 17 e 18. Todos os envolvidos no processo educacional são responsáveis pelo bem-estar da criança e do adolescente,

[...] pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-



-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso.

Na Constituição Federal, o artigo 5, inciso III garante que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Também no Código Penal, em seus artigos 139, 140 e 146, pode abarcar os crimes cometidos por quem pratica o bullying. O artigo 139 trata da ofensa, sempre presente no bullying, que é “[...] difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”. A pena para esse crime é de prisão de três meses a um ano e multa. No artigo 140, temos a injúria, ofensa que atinge a dignidade ou o decoro, cuja punição é detenção de um a seis meses ou multa. Quando há constrangimento, o crime está previsto no artigo 146 e afirma que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”. Pena de detenção de três meses a um ano, ou multa.

O bullying pode ser enquadrado em várias leis, como:

1. A Constituição Federal, que estabelece as normas a serem seguidas pelos cidadãos, sendo eles, crianças, adolescentes ou adultos como transcrito abaixo:

Constituição Federal do Brasil

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;(obs: todas as crenças tais como: católica, evangélica, espírita, candomblé, budista, mulçumana, islâmica, judia, ateia ou satanista etc. Sem exceção de crenças).

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Se o bullying for praticado por pessoa maior de 18 anos, este responderá conforme previsto no Código Penal Brasileiro e, caso o autor seja menor de 18 anos, responderá conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, com base nos artigos abaixo transcritos:

Código do Penal Brasileiro

DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Difamação

Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único – A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria

Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º – O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º – Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena – reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

*Constrangimento ilegal*

Art. 146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

*Aumento de pena*

§ 1º – As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º – Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§ 3º – Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II – a coação exercida para impedir suicídio.

#### *Ameaça*

Art. 147 – Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.

#### *Incitação ao crime*

Art. 286 – Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena – detenção, de três a seis meses, ou multa.

#### *Apologia de crime ou criminoso*

Art. 287 – Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena – detenção, de três a seis meses, ou multa.

#### *Quadrilha ou bando*

Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de um a três anos. (Vide Lei nº 8.072, de 25.07.1990).

Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

*Menores de dezoito anos*

Art. 27 – Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (ECA – ESTABELECE AS PUNIÇÕES EM CASO DE CRIME OU CONTRAVENÇÃO, conforme o artigo 112).

ECA – Lei nº 8069/90, prevê aplicação de medidas disciplinares para a criança ou adolescente que comete crime ou contravenção.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

## DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL

## Capítulo I

## Disposições Gerais

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal

Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

#### Da prestação de serviços à comunidade

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Art. 172. O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente.

Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou,

sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Devemos lembrar que o bullying em alguns casos, como os trotes universitários violentos, pode ser caracterizado como Crime hediondo com base na Lei nº 8072/90.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

No sentido do coibir o preconceito racial, foi criada a seguinte Lei Federal:

Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

Lei Federal nº 7.716/89.

Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Referente à lei acima citada, fica claro ser proibido qualquer tipo de discriminação preconceituosa, seja ela racial – contra negros, índios, pardos, louros, mestiços etc.; xenofóbica – contra descendentes de estrangeiros (ocidentais ou orientais), imigrantes de qualquer nação, migrantes estaduais, tais como nordestinos, sulistas ou brasileiros provenientes de qualquer outra região; se for motivada por condição social favorável ou desfavorável – ricos, pobres, pessoas em estado de miserabilidade; por conta de condição física ou de deficiência – gordos, magros, baixos, ca-deirantes, etc.; devido à sua opção sexual – homossexuais, bissexuais, transexuais, heterossexuais; por escolha religiosa – contra evangélicos, católicos, espíritas, judeus, muçulmanos, entre outros ou baseada em condição cultural ou filantrópica, secreta ou não – maçons, rotarianos, membros da Pró-Vida etc.

Em nosso entendimento, qualquer manifestação de racismo deve ser punível na forma que a lei estabelece, sem exceção. Já a Constituição Federal é categórica no sentido de que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei em questão. Devemos lembrar que alguns dos significados da palavra raça são: conjunto dos ascendentes e descendentes de uma mesma família ou de um mesmo povo; estirpe, geração, origem; categoria, classe.

Outro assunto polêmico, além do racismo, que também pode dar origem à prática de bullying, é o reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar, julgada procedente, de maneira unânime, pelo Supremo Tribunal Federal, em 5 de maio de 2011; ação constitucional, para, com efeito, vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição



da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

Sendo assim, temos um novo grupo de entidade familiar, que não pode ser discriminado e terá a possibilidade de adotar filhos em comum, sendo que estes frequentarão as unidades escolares e estarão presentes em todas as demais esferas da sociedade. Não será possível, portanto, discriminar estes jovens por fazerem parte de uma entidade familiar de homoafetivos. Ainda assim, aquele que insistir na discriminação poderá responder por crime de racismo, cuja definição e penas já foram supracitadas.

Cumprido analisar, ainda, no que diz respeito ao bullying, a necessidade de comprovação do dano sofrido. Por tratar-se de ofensa moral, a qual se dá no íntimo e na consciência da pessoa, o dano dela decorrente é presumido, porém no caso de inclusão indevida em redes de veiculação pública, via internet, geram-se também provas documentais, no desdobramento chamado de cyberbullying.

## Indenização

As vítimas de bullying podem pedir indenização por danos morais, atendendo, assim, uma dupla função: reparar o dano para minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que o fato não se repita. O Código Civil não é específico acerca dos critérios para o cálculo do dano moral. No Artigo 944, estabelece apenas que “a indenização se mede pela extensão do dano”. Porém, diante da impossibilidade de um cálculo objetivo, exato, do dano, cabe ao juiz estabelecer o valor, de acordo com os transtornos efetivamente causados à saúde mental e física da vítima.

O artigo 186 do Código Civil Pátrio, versa sobre o direito de quem sofre alguma forma de dano, senão vejamos:

Art. 186 - “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito

e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ainda:

Art. 927- “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Importante, ainda, colacionar a obra *Derecho a la identidad personal*, p. 99 do douto Fernandez Sessarego. Diz o autor:

[...] o dano à identidade pessoal consiste em que cada pessoa não veja alterada, desnaturada ou negada a projeção externa ou social de sua personalidade. Vale dizer, a que não se discuta, distorça, recorte ou negue o que constitui o essencial patrimônio cultural do sujeito, integrado por uma multiplicidade de variados aspectos como são, entre outros, o ideológico, o intelectual, o político, o social, o religioso e o profissional da pessoa. A tutela, neste caso, é aquela dirigida a impedir o falseamento ou desfiguração do que significa a verdade pessoal. O agravo causado supõe uma lesão ao perfil social da identidade pessoal.

Já o douto Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra *Responsabilidade Civil* (cit., p. 338) assinala que:

[...] na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr na mãos do ofendido uma soma que não é pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material... omissis...o que pode ser obtido “no fato” de saber que

esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança”.

Igualmente tratando do assunto, Maria Helena Diniz observa que, atualmente, a reparação dos danos extrapatrimoniais exerce “[...] uma função de justiça corretiva ou sinalagmática”, conjugando ao mesmo tempo a natureza satisfatória ou compensatória para o lesado, e a natureza penal para o causador do dano.

Por todo sofrimento e constrangimento que passa uma vítima de bullying, entendemos que a condenação em danos morais é uma forma de minimizar o dano causado por atitude tão irresponsável e teratologicamente cruel. É importante salientarmos a posição do douto Dr. Wilson Melo da Silva, que corrobora com este entendimento.

[...] na hipótese dos danos morais, no comum dos casos, é pelos sucedâneos que se promove a indireta reparação das lesões. E como sucedâneo específico, por suas características econômicas próprias e capaz de, mais fácil e rapidamente, permitir a aquisição de outros bens que levem ao ofendido a indireta compensação, apresenta-se o dinheiro. Não se paga o preço da dor. Não se estabelece, dessa forma, o comércio dos bens morais. Entregando-se à vítima uma parcela em dinheiro, proporciona-se-lhe uma indireta reparação pelo prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que se inflige ao culpado uma pena pelo dano que causou.

Não esqueçamos pois as lições que fazemos questão de reiterar, da doutra mestra Maria Helena Diniz, que assim conceitua o ato ilícito: “[...] ato ilícito é o praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual”.

Para finalizarmos nosso entendimento quanto à indenização por quem fora vitimado por bullying fazemos menção ao saudoso Ministro Oscar Dias Correia do STF que, na RTJ nº 108/294, ao abordar o tema do *nom est pretium doloris* ou *pecunia doloris nom datur*, afastou o farisaísmo dos que

provocam o dano e depois não o querem ressarcir, sob o argumento de que ninguém pode lucrar sem causa.

Disse o saudoso Ministro:

Não se trata de *pecunia doloris* ou *pretium doloris*, que se não pode avaliar e pagar, mas a satisfação de ordem moral, que não ressarcir prejuízos e danos e abalos e tribulações irressarcíveis, mas representa a consagração e o reconhecimento pelo direito, do valor e importância desse bem, que se deve proteger tanto quanto, senão mais do que os bens materiais e interesses que a lei protege.

É preciso ter em conta que todas as pessoas, por piores que sejam, têm o direito ao bom nome e ao respeito os quais integralizam a sua personalidade.

Veja-se que os magistrados que se posicionam em sentido oposto, ou seja, que reconhecem o dano moral, mas fixam indenização ínfima provocam mais danos à vítima do que o próprio causador doloso ou culposo do dano. Utilizam-se do judiciário – um órgão do Estado, para afirmar que a dor moral não tem preço e o determinam em preço insignificante e risível, valorando mais o dano material que o próprio dano moral.

Isto é fruto de uma sociedade consumista, materialista sem princípios axiológicos pertinentes com a tradição da raça humana. Para eles é preferível achincalhar a vítima porque esteve no judiciário cobrando o dano moral, do que torná-la mais apta financeiramente, justamente por esta causa de dor do sentimento mais íntimo e valioso do ser humano. O dinheiro realmente não paga o dano moral, pois, às vezes, este abre cicatrizes que já não se fecham, ou as torna mais cruentas com decisões destes quilates.

O dano moral corresponde a um prejuízo provocado por sofrimento injusto, mormente quando provocado por ato de publicidade quase que instantânea. Este ato, culposo ou não, lança o indivíduo na vala dos sem moral, dos que vilipendiam o próprio crédito e retiram a credibilidade de instrumentos criados pela sociedade para tornar a vida mais suave.

Os que entendem de forma diferente, esquecem-se de que o dimensionamento da alma humana é como ela, eviterna na sua duração e, socialmente, corresponde a uma truncada visão da auto-imagem. Este utilitarismo emprestado pelos magistrados tupiniquins deixa de punir os que ofendem, porque a ofensa é considerada pequena. Não concedem uma reparação adequada, porque têm medo do enriquecimento ilícito. Ora ilícito é não punir suficientemente o ofensor. **“Ilícito é avaliar com vista míope a dor alheia. Ilícito é ensejar a responsabilidade desses atos, que afrontam a clientela sob uma dicção de moralidade às avessas”**... (grifo nosso).

## Combate ao bullying

De acordo com especialistas, para evitar que o bullying aconteça, toda a comunidade precisa participar. Em primeiro lugar, dentro de casa, com os pais prestando atenção ao comportamento dos filhos, em relação à escola, ao bairro, aos colegas do prédio ou do condomínio. Esta atenção deve valer tanto para a vítima quanto para o agressor.

No caso das vítimas, os pais devem contatar a escola, ou os responsáveis, no caso de ambiente de convivência social, denunciar e exigir que o problema seja resolvido e o agressor, punido. No que tange ao agressor, os filhos devem ser orientados sobre o comportamento inadequado para que ele não se repita, sem negociar o enfraquecimento ou a retirada de eventuais punições.

A escola também deve fazer a sua parte e criar um ambiente saudável em que as questões problemáticas possam ser resolvidas com diálogo, quando este ainda for possível. É preciso, ainda, que todos os alunos estejam cientes do código de conduta escolar – incluso aí o bullying – e das sanções que poderão sofrer caso o desrespeitem. Ainda é preciso criar campanhas contra o bullying e regras contra a prática. Amigos e colegas de classe devem ajudar a vítima, por meio de apoio e acolhida, e denunciar o agressor para os professores e os pais.

## Referências

- EU, RIO! Setembro Amarelo: bullying pode triplicar risco de suicídio em adolescentes. Rio de Janeiro: **Portal Eu, Rio!**, 13 set. 2022. Disponível em: <https://eurio.com.br/noticia/39804/setembro-amarelo-bullying-pode-triplicar-risco-de-suicidio-em-adolescentes.html>. Acesso em: 10 out. 2022.
- FORCIONI, Giovanna. Qual é a relação entre bullying e suicídio infantil? Especialistas explicam. *In: Educação/Comportamento*. Rio de Janeiro: **Revista Crescer/G1**, 14 set. 2022. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Educacao-Comportamento/noticia/2022/09/bullying-e-suicidio.html>. Acesso em: 10 out. 2022.
- PAULINO, Nicolas. Suicídios de crianças e adolescentes alertam sobre adoecimento e tabus; sinais podem ser sutis. Fortaleza: **Diário do Nordeste**, 28 set. 2022. Disponível em: <https://diarionordeste.verdesmares.com.br/ceara/suicidios-de-criancas-e-adolescentes-alertam-sobre-adoecimento-e-tabus-sinais-podem-ser-sutis-1.3282725>. Acesso em: 10 out. 2022.
- REDAÇÃO. Agressões entre alunos aumentam quase 50% em SP; o que acontece?. *In: Saúde mental*. São Paulo: Portal Dr. Jairo Bauer, 8 abr. 2022. Disponível em: <https://doutorjairo.uol.com.br/leia/sp-agressoes-entre-alunos-aumentaram-quase-50-neste-comeco-de-ano>. Acesso em: 10 out. 2022.
- REDAÇÃO. Bullying: 1 em cada 5 crianças pensa em suicídio depois da agressão. *In: Saúde*. São Paulo: **Veja**, 2 set. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/alerta-1-em-cada-5-criancas-pensa-em-suicidio-por-causa-do-bullying>. Acesso em: 10 out. 2022.
- REDAÇÃO. Risco de suicídio é até 3 vezes maior em adolescente que sofre bullying. Rio de Janeiro: **Portal Vida e Ação**, 15 ago. 2022. Disponível em: <https://www.vidaacao.com.br/risco-de-suicidio-e-ate-3-vezes-maior-em-adolescente-que-sofre-bullying>. Acesso em: 10 out. 2022.
- SOUZA, Sérgio Oliveira de. Bullying é crime e cabe processo por dano moral. São Paulo: **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://sergioliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/431723709/bullying-e-crime-e-cabe-processo-por-dano-moral#:~:text=Bullying%3A%20N%C3%A3o%20%C3%A9%20brincadeira%20%C3%A9,pagar%20indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20danos%20morais>. Acesso em: 10 out. 2022.
- TOKARNIA, Mariana. IBGE: um em cada dez estudantes já foi ofendido nas redes sociais. Rio de Janeiro: **Agência Brasil**, 10 set. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-09/ibge-um-em-cada-dez-estudantes-ja-foi-ofendido-nas-redes-sociais>. Acesso em: 10 out. 2022.



Prezado leitor.

Conseguimos nesta obra reunir os grandes nomes da área do Direito Penal e do Processo Penal de nosso país. O prefácio foi elaborado pelo Professor Doutor Marco Antônio Florêncio Filho.

**Autores:** Ana Paula Trento, Antonio Ap. Belarmino Junior, Carlos Alberto Maciel Romagnoli, Carlos Rocha Lima de Toledo Neto, Clarice Maria de Jesus D’Urso (Organizadora), Eduardo Mauricio, Evandro Fabiani Capano, Fernando David de Melo Gonçalves, Fernando Fabiani Capano, Flávio Filizzola D’Urso, Glauber Guilherme Belarmino, João Ibaixe Jr., José de Ávila Cruz, Luis Eduardo Belarmino, Luis Henrique Lima Pereira, Luiz Augusto Filizzola D’Urso, Luiz Carlos Freitas Magno, Luiz Flávio Borges D’Urso, Marcus Vinicius Lopes Cassawara, Martim de Almeida Sampaio, Maurício Januzzi Santos, Otávio D’Urso Filho, Peter Aparecido de Souza, Ricardo Ribeiro Velloso, Sheyner Yàsbeck Asfóra, Umberto Luiz Borges D’Urso (Organizador), Valdemir Lucena de Araújo e Vanderlei Jacob Junior.

*Um país se faz com homens e livros.*

Monteiro Lobato

Os organizadores



tiradeletra

EDITORA

[www.tiradeletra.com.br](http://www.tiradeletra.com.br)

[contato@freepress.com.br](mailto:contato@freepress.com.br)

(11) 3021-4131 / (11) 98222-1701