

Luiz Flávio Borges D'Urso  
Elias Mattar Assad  
Sheyner Yásbeck Asfóra  
Organizadores

# ADVOCACIA CRIMINAL NA CONTEMPORANEIDADE

Homenagem ao advogado  
Osvaldo de Jesus Serrão

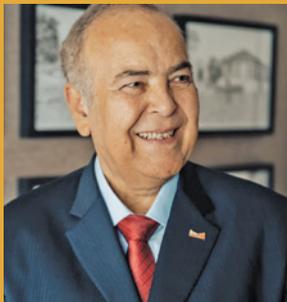


**ABDCRIM**  
Academia Brasileira de  
Direito Criminal



**t!Ra de Letra**  
E D I T O R A





ELIAS MATTAR ASSAD é Advogado Criminalista e Presidente Nacional da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM, tendo sido seu idealizador e fundador. Vice-Presidente da Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas do Conselho Federal da OAB (2019/2022). É membro da Academia Brasileira de Direito Criminal – ABDCRIM. Foi fundador da Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas – APACRIMI.



OSVALDO DE JESUS SERRÃO (*in memoriam*) era vice-presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM. Conselheiro seccional da OAB/PA (1988/97 e de 2001/06) e Conselheiro Federal da OAB na gestão 2016/18. Foi professor da Escola Superior de Advocacia da OAB/PA e da OAB/SP. Era membro da Academia Brasileira de Direito Criminal – ABDCRIM e da Academia Paulista de Júri. Presidiu a Associação dos Advogados Criminalistas do Pará, além de membro do IBCCRIM.



SHEYNER YÀSBECK ASFÓRA é Advogado Criminalista. Vice-presidente (e Presidente interino) da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM. Conselheiro Federal da OAB (2013/2015). Especialista em Ciências Criminais. Professor de Processo Penal da Fundação-Escola do Ministério Público da Paraíba - FESMIP. Membro da Academia Internacional de Letras Jurídicas – AIN-TERLJ e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM.



LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO é 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 – Secção de São Paulo por três gestões (2004/2012). Fundador e Presidente de Honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM e Presidente da Academia Brasileira de Direito Criminal – ABDCRIM.

Luiz Flávio Borges D'Urso

Elias Mattar Assad

Sheyner Yàsbeck Asfóra

Organizadores

# ADVOCACIA CRIMINAL NA CONTEMPORANEIDADE

Homenagem ao advogado

Oswaldo de Jesus Serrão

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

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) e/ou organizador(es).

**Editor**

J. A. Tiradentes

**Revisão**

Ciça Ferraz

**Design**

Fernando Dias

Foto de capa: Freepik

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Advocacia criminal na contemporaneidade :  
homenagem ao Advogado Osvaldo de Jesus Serrão /  
Luiz Flávio Borges D'Urso, Elias Mattar Assad,  
Sheyner Yásbeck Asfóra, organizadores. --  
Barueri, SP : Tira de Letra Editora, 2022.

Vários autores.  
Bibliografia.  
ISBN 978-65-86550-21-4

1. Artigos - Coletâneas 2. Crimes (Direito  
penal) - Leis e legislação 3. Criminalística - Brasil  
4. Direito penal 5. Serrão, Osvaldo de Jesus,  
1952-2020 I. D'Urso, Luiz Flávio Borges. II. Assad,  
Elias Mattar. III. Asfóra, Sheyner Yásbeck.

22-125475

CDU-343(81)

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Direito penal 343(81)

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380

**tira de Letra**  
E D I T O R A

www.tiradeletra.com.br  
contato@freepress.com.br  
(11) 3021-4131 / (11) 98222-1701

*Agradeço ao meu Amor, minha mulher Ancila Dei pela  
compreensão da dedicação que tenho à Advocacia Criminal e às  
nossas entidades.*

*Agradeço aos meus filhos e colegas Adriana, Flávio, Luiz  
Augusto e Luiz Eduardo, pela ajuda constante.*

*Agradeço aos irmãos Elias Mattar Assad e Sheyner Asfóra,  
nossos Presidentes da ABRACRIM pela parceria em tudo,  
especialmente neste livro.*

Luiz Flávio Borges D'Urso

# Sumário

Prefácio	
ADVOCACIA CRIMINAL NA CONTEMPORANEIDADE . . . . .	8
Luiz Flávio Borges D'Urso	
1	
Dia a dia de um criminalista. Casos e causos . . . . .	13
Técio Lins e Silva	
2	
O guerreiro da liberdade . . . . .	17
Elias Mattar Assad	
3	
Prescrição penal. A causa interruptiva é a publicação de acórdão condenatório e não de acórdão que confirma a sentença condenatória.. . . . .	23
Sheyner Yàsbeck Asfóra	
4	
Uma colcha de retalhos com 80 anos e mais um remendo: será que o pacote anticrime vai rasgar o tecido inquisitório?.. . . . .	31
Aury Lopes Jr.	
5	
Evolução histórica e normativa da lavagem de dinheiro no Brasil e no mundo.. . . . .	60
Adriana Filizzola D'Urso	
6	
Justiça e os seus limites constitucionais (iconografia e realidade) . . . . .	78
Roberto Delmanto Jr.	
7	
Violência, segurança pública e sistema prisional: uma visão desde a perspectiva dos direitos humanos . . . . .	89
César Barros Leal	
8	
O princípio da insignificância . . . . .	107
Luiz Flávio Borges D'Urso, Flávio Filizzola D'Urso	
9	
O grave problema da importação da <i>plea bargaining</i> no Brasil. . . . .	111
Fabiano Pimentel	
10	
Princípio da Legalidade, o escudo do cidadão.. . . . .	137
Luiz Eduardo Filizzola D'Urso	

11		
	<b>Caráter excepcional das cautelares penais</b> .....	140
	Fernando Capez	
12		
	<b>O poder das redes sociais, as fake news e a coleta de dados pessoais</b> .....	146
	Luiz Augusto Filizzola D'Urso, Luiz Flávio Borges D'Urso	
13		
	<b>Teoria da cegueira deliberada no crime de lavagem de bens</b> .....	157
	Fernando José da Costa	
14		
	<b>Os desafios do uso de drogas pela população carcerária</b> .....	164
	Umberto Luiz Borges D'Urso	
15		
	<b>Dr. Osvaldo Serrão. Advogado raiz e inspiração para todo criminalista</b> .....	170
	Roberto Parentoni	
16		
	<b>A questão disciplinar e a execução penal</b> .....	175
	Mauricio Kuehne	
17		
	<b>Sociedade, violência e segurança pública: investigações criminais e vieses cognitivos</b> .....	186
	Claudio José Langroiva Pereira, Otavio Moraes Alves de Souza Oliveira e Furtado	
18		
	<b>Honra mutilada: flagrante ilegal preparado com cobertura da mídia</b> .....	204
	Marjori Ferrari Alves, Luiz Flávio Borges D'Urso	
19		
	<b>Quanto ao bem jurídico protegido no crime de lavagem de dinheiro</b> .....	209
	Ricardo Ribeiro Velloso	
20		
	<b>A regulamentação da delação premiada no Brasil</b> .....	215
	Emanuel Messias Oliveira Cacho, Manoela Andrade Cacho	
21		
	<b>Direito penal econômico: especificidades, diferenças em relação ao direito penal clássico e a prevenção dos crimes de colarinho branco</b> .....	223
	Tatiana Socoloski Perazzo Paz de Melo, Aquiles Perazzo Paz de Melo	
22		
	<b>Pirataria é crime organizado, sim, senhor</b> .....	247
	Ricardo Bandle Filizzola	
23		
	<b>O delito tributário como antecedente do crime de lavagem de dinheiro: pontos contraditórios e polêmicos a partir da alteração da Lei nº 9.613/1998 pela Lei nº 12.683/2012</b> .....	250
	Antonio Aparecido Belarmino Junior, Leticia de Mello	

# Prefácio

## ADVOCACIA CRIMINAL NA CONTEMPORANEIDADE

Em homenagem ao advogado Osvaldo de Jesus Serrão

Luiz Flávio Borges D'Urso

No dia 9 de outubro de 2020 perdemos para a COVID-19, em Belém do Pará, o advogado criminalista Dr. Osvaldo de Jesus Serrão, um dos fundadores da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM e acadêmico da Academia Brasileira de Direito Criminal – ABDCRIM.

Dentre as inúmeras homenagens dedicadas ao nosso querido colega, tivemos, juntamente com o presidente em exercício da ABRACRIM, Dr. Sheyner Yásbeck Asfóra e com nosso presidente Dr. Elias Mattar Assad, a ideia de produzir um livro com contribuições intelectuais dos colegas que desejassem homenagear o Dr. Serrão. Assim, nós três, organizadores da obra, passamos a trabalhar para que, no próximo Encontro Nacional da Advocacia Criminal, tivéssemos o presente livro.

Minha amizade e admiração pelo Dr. Osvaldo Serrão é antiga. Começou em Curitiba, no Paraná, em 1993, quando nos reunimos, a convite do Dr. Elias Mattar Assad, para fundar a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM. O Dr. Elias havia convidado os presidentes das associações estaduais de Advogados Criminalistas, para um Congresso de Direito Criminal, no qual se pretendia fundar a Associação Nacional dos Advogados Criminalistas.

Eu presidia a entidade paulista, a Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo – ACRIMESP, o Dr. Elias a coirmã paranaense e o Dr. Serrão, a associação paraense, além de muitos outros colegas, presidentes e demais dirigentes, que puderam celebrar a Advocacia Criminal, palestrar, debater e sonhar com a nossa entidade nacional.

Ajustes foram feitos e a entidade nacional foi fundada congregando as associações estaduais contando, também, com o prestígio dos maiores criminalistas do Brasil. O Dr. Serrão muito contribuiu e foi decisivo para que nossa entidade pudesse ser fundada naquela oportunidade.

O Dr. Elias, que nos fez sonhar o seu sonho, foi o primeiro presidente e eu, seu vice-presidente, depois o sucedendo na presidência nacional. Atualmente o Dr. Serrão era o vice-presidente, sob comando de nosso colega presidente Dr. Sheyner Yásbeck Asfóra, da Paraíba.

Durante todos esses anos, o Dr. Serrão se revelou um grande companheiro de lutas pela classe, além de brilhante criminalista e impecável orador, sendo o responsável pela estruturação da Escola de Oratória de Júri, em Belém do Pará.

Quando fundei, em 1994, a Academia Brasileira de Direito Criminal – ABDCRIM, tive no Dr. Serrão um dos maiores incentivadores, que logo veio a se tornar um de nossos confrades.

Nestas décadas, até hoje, estivemos juntos em muitas oportunidades festivas. Todavia, predominavam as oportunidades culturais, nas quais debatíamos sobre a nossa paixão: a Advocacia Criminal.

Os vários Encontros Brasileiros de Advogados Criminalistas que realizei em São Paulo, todos tiveram a presença infalível do colega criminalista paraense, que palestrava com cultura e brilho, especialmente empolgando os mais jovens.

Posteriormente, quando presidi a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, nas três gestões para as quais fui eleito, mesmo à distância, o Dr. Serrão acompanhava o pleito e fazia questão de comparecer às posses, gesto que repetiu durante as minhas três gestões em diversos outros eventos.

Muitas das vezes, se fazia acompanhar de outro estimado colega, também fundador da ABRACRIM, o confrade Dr. Emanuel Cacho, que presidia a associação coirmã de Sergipe, amigo também que sempre nos prestigiou em São Paulo.

O Tribunal do Júri foi um ponto de interesse comum e sempre reclamou nosso empenho e dedicação, pois o Dr. Serrão trabalhou, incansavelmente, pelo aperfeiçoamento desta instituição que se traduz pela “justiça mais justa”. Pouco antes de sua morte, juntos resistimos à absurda tese – felizmente vencida – da implantação do júri virtual. Fui designado pelo IASP e pelo CESA para liderar esta resistência.

O Dr. Serrão fez muito pela classe, inclusive dividindo comigo as bancadas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quando éramos Conselheiros Federais, eu por São Paulo e ele pelo Pará.

Seu falecimento nos pegou a todos de surpresa. Ele morreu precocemente, com apenas 68 anos. Tinha muito ainda a contribuir com a Advocacia Criminal. Quando foi internado, no ápice da pandemia no Brasil, todos os colegas oraram pela sua melhora, com a mesma fé que ele dedicava à Virgem de Nazaré. A imagem da Virgem que me presenteou, está em destaque no meu escritório, trazendo a lembrança permanente do Dr. Serrão, de sua amizade, de seu carinho e de sua fé.

Por todas estas razões, é que a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM e a Academia Brasileira de Direito Criminal – ABDCRIM, se irmanaram e decidiram realizar esta obra, publicada em homenagem à memória do advogado criminalista Dr. Osvaldo de Jesus Serrão, reunindo artigos elaborados pelos presidentes estaduais da ABRACRIM, pelos acadêmicos da ABDCRIM e por outros ilustres convidados.

Foi constituída uma comissão científica para ajudar na análise dos artigos, composta pelos advogados Dr. Elias Mattar Assad, Dr. Marcus Valério Saavedra Guimarães de Souza, Dr. Sheyner Yásbeck Asfóra, Dr. Técio Lins e Silva, Dr. Thiago Miranda Minagé e por mim.

Assim, com o sentimento do dever cumprido, escrevo este prefácio do livro *Advocacia criminal na contemporaneidade*, em homenagem ao Dr. Serrão, que era formado pela Universidade Federal do Estado do Pará, reconhecido pela seriedade ética no exercício da profissão.

Sua contribuição jamais será esquecida, pois além de atual vice-presidente da ABRACRIM, já havia exercido os cargos de conselheiro seccional da OAB do Pará de 1988 a 1997 e de 2001 a 2006 e de Conselheiro Federal na gestão 2016/18. Também foi professor da Escola Superior de Advocacia da OAB/PA e professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Era membro da Academia Brasileira de Direito Criminal – ABDCRIM e da Academia Paulista de Júri.

Foi ainda responsável pela fundação e tornou-se professor da Academia Paraense de Júri, também foi presidente da Associação dos Advogados Criminalistas do Pará, fundador e professor da Academia Amapaense de Júri, membro fundador do Instituto Paraense do Direito de

Defesa – IPDD, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Instituto Brasileiro do Direito de Defesa.

Por fim, perpetuando a memória do amigo, que hoje descansa no Oriente Eterno, e do companheiro de trincheira da Advocacia Criminal, Dr. Serrão, é que esta obra tem lugar no cenário cultural nacional, reconhecendo e agradecendo toda a sua dedicação e a sua contribuição na luta pelo direito de defesa e pela união da Advocacia Criminal Brasileira.

Dr. Osvaldo de Jesus Serrão, um ser humano extraordinário, é imortal em nossos corações!

**Prof. Luiz Flávio Borges D'Urso**

Presidente de Honra da ABRACRIM e Presidente da ABDCRIM

# 1

## Dia a dia de um criminalista. Casos e causos

Técio Lins e Silva<sup>1</sup>

- 
1. Técio Lins e Silva é um advogado criminal brasileiro, especializado em Direito Penal e em Direito Político. Formou-se em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da antiga Universidade do Brasil (atual UFRJ) em 1968. De 1975 a 1981, foi conselheiro da OAB-RJ e do Conselho Federal da mesma entidade, cargo que voltou a exercer de 1983 a 1985 e de 2007 a 2010, quando também participou do Conselho Nacional de Justiça. De 1985 a 1987, presidiu o Conselho Federal de Entorpecentes do Ministério da Justiça. Foi eleito vice-presidente da OAB-RJ para o biênio 1987-1989. Foi secretário estadual de Justiça do Rio de Janeiro e também procurador-geral da Defensoria Pública fluminense. Doutor na área do Direito Político pela mesma UFRJ e foi professor de Direito Penal na Universidade Cândido Mendes. De 2014 a 2018, foi presidente do Instituto dos Advogados do Brasil. É membro da Academia Brasileira de Direito Criminal - ABDCRIM.

Um belo dia, o nosso inesquecível amigo Oswaldo Serrão me ligou para dizer que escrevera um livro, reunindo os artigos que publicava semanalmente nos jornais de Belém do Pará e que me escolhera para fazer o Prefácio.

Vejam só quanta honra!

Agradei muito aquela surpresa amorosa e pedi que me mandasse o livro, pois trataria de escrever imediatamente.

Eram artigos interessantíssimos, todos eles dizendo respeito ao dia a dia de um criminalista. Aliás, este era exatamente o título do livro.

A primeira curiosidade, quando se tem um livro desconhecido em mãos, é saber o que nele possa nos interessar.

Aliás, o substantivo masculino **prefácio** que dizer apenas que se trata de um **prólogo**, isto é “texto introdutório que pretende apresentar ou introduzir o conteúdo de uma obra literária, normalmente conciso e escrito pelo autor ou por outra pessoa”. Vem do latim *praefatio, onis*, tendo como sinônimos **prelúdio**, **preâmbulo**, **proêmio**, **pródomo**, **prólogo**.

Portanto, é preciso ser conciso e dar uma ideia do que o leitor encontrará nas páginas seguintes.

Ali escrevi para quem já conhecia o nosso Autor – **Oswaldo Serrão** – que o prefácio serviria apenas para retardar a chegada ao texto principal. Mas para quem não é do ramo, saber dos “Casos e causos” retirados do “Dia a dia de um criminalista”, com quase 50 anos de riquíssima experiência na vida profissional, vale dizer um pouco da emoção que foi ler o livro.

Era um texto limpo, em linguagem perfeita, tudo escrito num português impecável e com curiosidades interessantíssimas.

Serrão, como todos nós o chamamos, era um advogado apaixonado pela Advocacia Criminal. Não é apaixonado como uma expressão corriqueira para dizer sobre a ligação de alguém com o seu ofício. Serrão é simplesmente um oficial de um ofício que para ser bem exercido tem que o ser como paixão absoluta, com dedicação passional em todos os momentos de sua prática.

Dá gosto ver como o Serrão descreveu as causas que lhe chegaram às mãos, ou melhor, ao coração. Não se exerce a Advocacia Criminal com frieza ou com racionalidade. O advogado se é um bom advogado, exerce o seu ministério sempre com muito afinco, dedicação e entusiasmo. Mesmo nos ramos que têm menos a ver com os dramas humanos e as paixões que envolvem as relações humanas. O advogado é um obsessivo na causa e não se aquieta enquanto não obtém o êxito de sua atuação. Quer sempre falar na causa e procurar convencer qualquer que seja seu interlocutor a respeito de sua procedência.

Na Advocacia Criminal, entretanto, estes sentimentos são elevados a potências inimagináveis. O Advogado Criminal vive os dramas e as paixões que sempre acompanham os episódios que deságuam no processo penal.

Adverti aos eventuais leitores daquele projeto de Livro que iriam encontrar histórias deliciosas do dia a dia de um Advogado Criminal. Especialmente, se este Advogado fosse Osvaldo Serrão, cuja inteligência, capacidade de observar o que se passa em nossa volta e é um perfeito perito na arte de dizer.

A oratória, sobre a qual Serrão se refere muitas vezes nos seus relatos, com certeza é o seu dom mais visível e impressionante. Sua escrita, com seu estilo coloquial, muitas vezes nos leva a ver com total nitidez o cenário que descreve.

Serrão era um Advogado Criminal que amava a Tribuna do Júri, palco permanente dos grandes dramas e sofrimentos no cotidiano. Seu amor pela vida era tanto, que ele nos revelou que acordava diariamente às 4 horas da manhã!

Suas peripécias nos revelam ter sido vereador nos últimos anos do século passado... Dito assim coloca esse “desvio” da Advocacia mais longe dos dias atuais. Mas é o próprio Serrão quem nos revelou (sem revelar) um sentimento forte de ingratidão que viveu nessa atividade política.

Tendo lecionado por 30 anos, Serrão explicava ali um pouco a sua insuperável capacidade de dizer. Deve ter o Magistério ajudado a construir esse *monstro* da Advocacia Criminal do Brasil.

Suas crônicas foram todas escritas com habilidade e, muitas vezes, valendo-se do humor, recurso fantástico nesse nosso exercício profissional.

Aprendi muito naquela leitura que os leitores iriam se deliciar. Por exemplo, fiquei comovido com a forma com que se referia e homenageava Paulo Klautal, que conheci e aprendi a admirar há muitos anos passados. Não sabia da amizade e ligação estreita que ambos tiveram na vida. Comovente a sua referência feita ao amigo e oficial do mesmo ofício, assim como a homenagem prestada a outra figura igualmente admirável, Antonio Maria de Freitas Leite, que não tive o privilégio da convivência, mas que me comoveu pela admiração expressa declarada com tanta delicadeza.

Oswaldo Serrão era um mestre da arte de advogar, especialmente nessa especialidade que me levou a admirá-lo com tanto vigor. Fomos irmãos de fé na liberdade e no direito de defesa! Os meus 53 anos de formado e toda a vida dedicada ao ofício da defesa criminal me fez de Serrão uma espécie de irmão por afeto, identidade e admiração.

A história deste gênio da raça, contada em tantos escritos que deixou sobre a profissão e a vida, com tanta sua generosidade e inteligência, acrescenta muito para a história da Advocacia Criminal no Brasil, atividade que nós dois fomos irremediavelmente viciados, dependentes e apaixonados!

Mandei um esboço de prefácio para que Serrão me dissesse se aprovava o escrito. Nenhuma resposta me foi dada.

Estranhei o silêncio, pois ele me pareceu apressado para a publicação de seus “Causos e casos”. Deixei passar uma semana e nada. Foi então que tomei a liberdade de telefonar e cobrar a resposta ao que havia escrito a ele e sobre ele com tanto amor.

Foi quando recebi a trágica notícia de que ele estava internado, vítima da COVID-19. Acompanhei através de sua fiel companheira Kelem o agravamento do caso até o seu óbito.

Pena que o nosso Oswaldo Serrão não tenha podido ler o quanto ele era importante para todos nós. Mas a homenagem à sua vida fértil e amorosa estará em nossos corações e sempre nos lembraremos dele quando subirmos à Tribuna do Júri que ele tanto amou!

## 2

# O guerreiro da liberdade

Elias Mattar Assad<sup>1</sup>

- 
1. Elias Mattar Assad é advogado criminalista e Presidente Nacional da ABRACRIM-Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. Fundador da APACRIMI – Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas. Vice-Presidente da Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas do Conselho Federal da OAB (2019/2022). Titular do Escritório Jurídico Elias Mattar Assad & Advogados Associados.

Conheci Osvaldo de Jesus Serrão de Aquino, em setembro de 1993, por ocasião do Primeiro Encontro Brasileiro dos Advogados Criminalistas e fundação da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas.

Naquele histórico evento, fizeram-se presentes, representando suas Associações [estaduais] de Criminalistas: Luiz Flávio Borges D'Úrso (SP); Emanuel Messias de Oliveira Cacho (SE); Evaldo Sebastião Teixeira (SC); Flávio Teixeira de Abreu (PI); José Américo Petroneto (ES); Osvaldo de Jesus Serrão de Aquino (PA) e Antonio Bento Maia da Silva (RS). Na ocasião, como palestrantes: José Roberto Batochio, Evaristo de Moraes Filho, Márcio Thomaz Bastos, José Carlos Dias, Paulo Ramalho, Antonio Acir Breda, Jacinto Coutinho, Osmann de Oliveira, Rene Ariel Dotti, Francisco Accyoli Neto, entre mais 800 participantes de todo o Brasil.

Nos idos de 2016, Serrão me convidou para prefaciar seu livro *40 Anos de Advocacia Criminal – Relembrações*. Quando do evento de lançamento, de forma comovente, disse:

Quando a gente gosta da profissão, tudo é gostoso. Tem que renunciar a alguns prazeres da vida, porque é absolutamente inconciliável o estudo permanente com o dia a dia da nossa vida de cidadão. É muito difícil conciliar, é verdade. Mas o advogado vive em permanente aprimoramento(...).

Seu livro de memórias da atuação, assim como esta declaração, traz sentimentos comuns aos criminalistas combatentes, que entendem a força do amor pela profissão, e da luta pela liberdade – fazendo com que aqueles que o leem se identifiquem e, acima de tudo, nele se inspirem.

Quando Serrão me fez o convite, senti enorme emoção de significado quase inexplicável – ser chamado por um amigo querido, grande criminalista, que transcreveu naquelas páginas toda sua paixão pela profissão, rememorando as suas histórias de 40 anos de advocacia, foi uma honra inenarrável. Senti-me como se o amigo me dissesse: “Elias, aqui está a coisa mais preciosa, minha história, as linhas em que coloco tudo o que vivi e me orgulha, tome: prefacie”. A importância e a complexidade de prefaciar esta obra, a gentileza do convite... lembranças, agora, minhas. Fiz parte das memórias por ele registradas, testemunhei seus passos – um paradigmático

humanista, que fazia da profissão um sacerdócio e da ciência do direito, o seu altar.

Como disse outrora, os inscientes afirmam, constantemente, que os advogados criminalistas defendem bandidos, confundindo-nos com delinquentes. Neste delírio, fruto da desinformação, chegam a acenar com a contribuição da classe para a impunidade. Esta massa ignara apregoa que as leis protegem os marginais. Antes da formatura, quando da opção por um ramo do Direito, assim como Osvaldo Serrão de Aquino, refleti muito sobre o papel do criminalista, debruçando-me sobre biografias de grandes advogados, consultando até a Bíblia. Convenci-me de que a mais nobre das tarefas que um advogado pode desempenhar é a criminal. Nela, trabalha-se com seres humanos e não se busca a defesa do patrimônio, do contrato, da herança, da dívida, do tributo e, sim, da liberdade e da honra – bens infinitamente mais preciosos. Sem estes, de que valerão os outros?

Quanto àqueles que pretendem o endurecimento do sistema, recordemo-nos que a mesma lei que vier a não proteger bandidos, igualmente não protegerá as “pessoas de bem”. Se a lei é para todos, admitir, por exemplo, que a polícia possa livremente invadir a casa de alguém que se supõe bandido, permitirá o mesmo com os demais. É uma equação difícilíssima de manejar. Daí as cautelas constitucionais e processuais penais, das quais não se pode abrir mão sob pena de desertarmos do Estado de Direito, onde vigorariam imposições de vontades pessoais. Trouxe, quando prefaciei o livro de Serrão, um trecho da obra norte-americana *The Supreme Court palladium of freedom*, de Alpheus Thomas Mason, em que o autor inicia com uma reflexão de Edmund Burke:

Para criar um governo não é necessário grande prudência. Estabeleça-se a sede do poder, ensine-se a obedecer e a tarefa estará concluída. Outorgar liberdade é ainda mais fácil, não exige guias, basta deixar as rédeas soltas. Para formar, contudo, um governo com liberdade, isto é, fundir estes dois elementos opostos – liberdade e restrição – em um conjunto consistente, exige meditação, profunda reflexão e uma mentalidade sagaz, poderosa e acomodaticia.

Também na ocasião do prefácio, propus um exercício ao leitor – tentar resolver isto que todos os estudiosos das leis, da verdadeira política e advogados vocacionados como foi Osvaldo Serrão de Aquino, tentam. Contudo, para aquele que não consegue equacionar: não critique. Na Bíblia, encontrei esta pérola da filosofia cristã: “Não vim chamar os justos, mas os pecadores ao arrependimento...”

E foi na tentativa de ajudar a nação a encontrar esse novo ovo de Colombo, que Serrão eternamente será lembrado.

Posto isto, ao observar um combativo advogado criminalista, como Osvaldo Serrão de Aquino, trabalhando, bem sabíamos o que ele indiretamente defendia: a liberdade; e sua cliente: a sociedade – ante prepotentes investidas contra o cidadão.

Pela Constituição Federal, essa partida, no dizer do saudoso Luiz Flávio Gomes, felizmente, começaria sempre 1 x 0 para a defesa, ou seja, todos são considerados inocentes até decisão judicial contrária (enunciado hoje em crise). Muitas pessoas parecem anestesiadas, escudadas na falsa premissa: “sou uma pessoa de bem, não vou precisar disto nunca...”, desconhecendo a triste realidade de que 90% das pessoas que procuram advogados criminalistas iniciam a conversa indignadas, com esta mesma frase em seus lábios. Hoje é o outro, e amanhã?

Temos que tolerar os inscientes insensíveis, que inclusive se dizem “cristãos”, mas ainda que ouvissem da boca de Cristo o Sermão da Montanha, bocejariam e cochilariam. Trouxe, também no prefácio, as palavras de Luiz Flávio Borges D’Urso, segundo o qual a mais linda e mais humana das profissões é a advocacia. Outra feita, tentei descrever o indescritível: o que ouvimos do cliente e sentimos quando estamos em ação: “(...) o delegado falou que se eu assinasse todos aqueles papéis, seria melhor para mim... Agora que exibiram minhas imagens e noticiaram a história imaginada, já posso ir embora doutor?”; “Meu carro vai ficar no pátio da delegacia?”; “Minhas outras coisas vão ficar apreendidas?”; “A conta bancária bloqueada?”; “O que as testemunhas disseram a meu respeito?”; “Quais os dias que meus familiares poderão vir aqui me visitar?”; “Qual o tempo de duração da visita?”; “O que eles podem trazer para mim?”; “Meus pais, irmãs, filhas

e cônjuge terão que ficar nus em revistas íntimas para poderem me ver?"; "Vou ficar neste espaço pequeno com mais de quinze pessoas se revezando para dormir no chão?"; "Vou resolver o problema e logo estarei em casa... Digam aos amigos que o papai não é isso que estão dizendo...".

Não raro, a pessoa aprisionada é abandonada, perdendo a credibilidade social junto com a liberdade e, de roldão, seu meio de subsistência. Aqueles que banalizam os cárceres e seus reflexos, não os conhecem. É uma solitária escuridão psicológica, a pessoa acusada, ao ajoelhar-se, eleva as mãos descrente da falível justiça humana, dirigindo-se a Deus, num quase "por que me abandonaste...", os rogos são interrompidos pelo carcereiro que o chama dizendo: "acompanhe-me!". Naquele lugar cheio de grades, correntes e cadeados, depara-se com algo que ele considera uma primeira resposta às suas súplicas: "Sou o advogado que sua família pediu que viesse".

Para outros, um mero profissional. Mas, para o acusado, uma figura sagrada, uma luz divina em resposta aos seus pedidos, um porta-voz da esperança, a mão amiga que se estende em um gesto de solidariedade – somente sentido por ambos, uma indescritível linguagem gestual que não se expressa em moedas ou palavras. Com olhares e mãos sôfregas sobrepostas na do defensor, vem a primeira pergunta: "o meu caso tem solução?"

Tenho grande admiração por aqueles que cultuam os princípios da legalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, o caráter ressocializador das penas, a amplitude e a inviolabilidade do direito de defesa, acima de tudo a magnitude da profissão de advogado pela sua relevantíssima função humana e social. É ela uma confiança que se entrega a uma consciência. Teve fortes razões o legislador constitucional, no enunciado do artigo 133 da Constituição Federal: "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (enunciado também em crise) e, identicamente, o legislador ordinário na edição da Lei nº 8906/94, que disciplina o exercício da advocacia. Quando verberamos contra excessos, queremos impedir que o Estado Democrático de Direito se transforme em terrorismo contra cidadãos indefesos.

E, em meio a esta nova Idade Média, nós criminalistas indagamos aos templários do caos: se mesmo a pena definitiva tem utópico caráter ressocializador, em nome de que, ou de quem, as prisões preventivas ou temporárias têm esse incontido poder destrutivo na pessoa dos acusados? Trago, novamente, Batochio em discurso de abertura da XV Conferência Nacional da OAB em Foz do Iguaçu (1994).

O novo Estatuto, reafirma-se, é uma conquista. Não assegura ele privilégios, mas elimina privilégios porque estabelece a igualdade entre os que são responsáveis pela administração da justiça. Nada obstante, por ele temos sido alvo de raivosas críticas e até de aleivosias. Por elas não nos deixamos abater, quando constatamos que nossos obstinados críticos são aqueles de sempre, que se dizem democratas na democracia, legalistas na legalidade, libertários quando se vive em regime de liberdade, não ostentando as cicatrizes cívicas exibidas pelos heroicos advogados do Brasil, que sempre foram democratas no autoritarismo, legalistas durante a ilegalidade e libertários sob as ditaduras. Estivemos sempre na vanguarda e à vanguarda cabe o primeiro embate e cabe receber os primeiros golpes. Não nos importa: da liberdade somos guerreiros e gostamos disso (Anais da XV Conf. p. 52).

Nós, criminalistas, a exemplo de Osvaldo Serrão de Aquino, não fazemos questão de sermos citados em acórdãos ou estudos acadêmicos. Ficamos extremamente satisfeitos e felizes quando simplesmente abraçados por uma pessoa defendida e que se reintegrou à sociedade.

Finalizo com Antoine de Saint-Exupéry: “só se vê bem com o coração. O essencial é invisível aos olhos...”. Osvaldo Serrão de Aquino, sua vida, seus passos e sua exemplar carreira honra seus amigos, alunos, a Ordem dos Advogados do Brasil e nosso país.

*Ex toto corde.*

### 3

## Prescrição penal. A causa interruptiva é a publicação de acórdão condenatório e não de acórdão que confirma a sentença condenatória

Sheyner Yàsbeck Asfóra<sup>1</sup>

Em todas as organizações, políticas ou judiciais, há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade.

(Rui Barbosa)

---

1. Advogado Criminalista. Vice-presidente (e Presidente interino) da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM. Conselheiro Federal da OAB (2013/2015). Especialista em Ciências Criminais. Professor de Processo Penal da Fundação-Escola do Ministério Público da Paraíba – FESMIP. Membro da Academia Internacional de Letras Jurídicas – AINTERLJ e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

É com imensa emoção que inauguro o presente trabalho acadêmico/profissional fazendo menção e reverenciando a memória do amigo Osvaldo de Jesus Serrão Aquino que – em vida e por toda a sua vida – fez por merecer todos os reconhecimentos e homenagens que lhes são prestadas. O seu preparo técnico, talento, dedicação, coragem e destemor, foram alguns dos seus muitos e tantos atributos que lhe fez ser alçado ao panteão da advocacia criminal brasileira.

Ao longo dos 44 anos da sua *fantástica viagem pela estrada profissional de pura emoção*, como o próprio se referia à sua trajetória na advocacia criminal, fez da profissão um sacerdócio e a ciência do direito o seu altar, como bem retratou o seu amigo Elias Mattar Assad ao prefaciá-lo o livro *40 anos de advocacia criminal – lembranças* de autoria de Osvaldo Serrão e lançado no ano de 2016.

Registro importante e marcante na sua vida, foi o dia 17 de setembro de 1993 na cidade de Curitiba/PR quando ele, representando o Estado do Pará, e ao lado de outras lideranças associativas de todo o país, participou ativamente da fundação da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim) tendo, ainda, durante toda a sua existência, dado o seu relevante contributo para o fortalecimento e aperfeiçoamento desta importante entidade associativa na qual chegou a figurar como vice-presidente nacional.

Com a lamentável notícia do seu falecimento no dia 09 de outubro de 2020, mesmo dia em que celebro aniversário, registro essa infeliz coincidência exaltando a vida do amigo Serrão, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim), em reunião com a presença de toda a diretoria nacional e das presidências estaduais, aprovou, à unanimidade, a criação da comenda “Advogado Criminalista Osvaldo Serrão” a fim de homenagear anualmente profissionais do direito que se destacarem na defesa das prerrogativas profissionais e na valorização da advocacia criminal.

Desta forma, o amigo Osvaldo Serrão e expoente da advocacia criminal brasileira, será sempre lembrado por todos os que o conheciam e admiravam, tendo ele marcado o seu tempo e a história do direito e da advocacia. Deixo nestas linhas o registro da minha saudade e a dedicação do presente

artigo a ele que não fugia do bom debate por ser afeito a dialética de ideias e argumentos jurídicos expostos por colegas de profissão.

Tratarei, portanto, da temática prescrição penal e, mais especificamente, acerca de ser (ou não) causa interruptiva da prescrição o acórdão confirmatório da sentença condenatória. Esta é a controvérsia a ser debatida no presente estudo interpretando a legislação penal vigente que se aplica à hipótese ora ventilada.

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>2</sup>(1), a maioria do colegiado, acompanhando o voto do ministro Alexandre de Moraes – que deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal – 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>3</sup>

Versa 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 renovada a partir do acórdão condenatório, qualquer que seja a pena fixada pelo tribunal.

A prescrição, 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 (CP), estando as hipóteses de interrupção da

---

2. <https://www.conjur.com.br/2019-dez-02/stf-afasta-reconhecimento-prescricao-pena>

3. <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431405&ori=1>

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 arripio 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, este 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)

Ora, 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 inc. 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 recorríveis**”, 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, desta forma, que o **acórdão confirmatório da condenação não constitui novo marco interruptivo prescricional**. E é exatamente nesse sentido o posicionamento pacífico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Neste particular, o jurista alemão Claus Roxin (1997, pp. 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.

Para corroborar o que se alega e, ainda, com a devida *vênia*, como forma de demonstrar o equívoco que a Primeira Turma do STF vem incorrendo por estar se posicionando *contra legem*, segue aresto que retrata o já pacificado entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que é a corte de justiça responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil:

**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 trilha a jurisprudência dos Egrégios Tribunais de Justiça do país, a exemplo da recentíssima jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que se posiciona no mesmo sentido dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que entende que o acórdão que confirma condenação não interrompe o prazo prescricional da pretensão executória:

**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 INTERRUPTÃO 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, apresentam entendimento que o acórdão confirmatório da condenação não constitui novo marco interruptivo prescricional, sendo tal entendimento acompanhado por parte dos Tribunais de Justiça do país.

Esta é a conclusão a que se chega. Assim, diante da decisão concretizada nos autos do RE 1.237.572 AgR / RO, fica o sentimento de que a máxima de Rui Barbosa, ao proclamar que “o Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar”, foi concretizada!

Convicto do posicionamento externado neste artigo em reverência ao saudoso Osvaldo Serrão, encerro 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) Acessível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI316303,11049-STF+Acordao+condenatorio+que+confirma+sentenca+interrompe+prazo+da>.
- (2) Acessível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431405-&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.

## 4

Uma colcha de retalhos com 80 anos e mais um remendo: será que o pacote anticrime vai rasgar o tecido inquisitório?<sup>1</sup>

Aury Lopes Jr.<sup>2</sup>

- 
1. O presente texto é, em grande parte, uma reprodução daquele contido na obra *Pacote Anticrime: um ano depois*, que publicamos em coautoria com Ana Cláudia Bastos de Pinho e Alexandre Morais da Rosa, Editora Saraiva, 2021, para onde remetemos o leitor que queira uma análise mais aprofundada. Também recomendamos a leitura de nossas obras *Fundamento do Processo Penal* e *Direito Processual Penal*, ambas publicadas pela Editora Saraiva, de onde foram extraídos conceitos e trechos relacionados à temática.
  2. Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid (1999). Professor Titular no Programa de Pós-graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciências Criminais da PUCRS. Professor convidado em diversos cursos de pós-graduação, conferencista, parecerista e advogado criminalista com escritório em Porto Alegre e Brasília. Autor da Editora Saraiva.

## Recordando a genealogia do Código de Processo Penal de 1941

Nosso combalido e ultrapassado CPP completa 80 anos, mais parecendo uma colcha de retalhos ou mesmo um verdadeiro Frankenstein jurídico que vaga em pleno Século XXI com as vestes inquisitórias do Século XVIII (ou até mais velhas...). Ainda que saibamos todos (ou pelo menos deveríamos saber), não custa recordar que o vigente CPP foi elaborado em plena era Vargas, na vigência da Constituição-nada-democrática de 1937 e que sequer foi objeto de debate no parlamento, pois ambas as casas legislativas foram fechadas, dissolvidas, com a imposição da ditadura do Estado Novo. Vem inspirado (assumidamente), no *Codice Procedura Penale* de 1930, do fascista Arturo Rocco, o que agrava ainda mais o quadro da mentalidade autoritária do nosso CPP de Francisco Campos.

Gloeckner<sup>3</sup> utiliza a expressão “pós-acusatório” para definir o fenômeno ocorrido no Brasil após 1988, como se a Constituição, por simples passe de mágica, tivesse sepultado a estrutura inquisitória e resolvido o problema. Durante as décadas posteriores, foi cômodo relegar a discussão sobre os sistemas processuais penais à seara acadêmica, como se fosse uma questão resolvida. Mais do que ingenuidade, tal postura era necessária para manter hígida a estrutura e as práticas autoritárias. A verdade é que o projeto constitucional não se realizou neste campo e acabou por não romper com a cultura vigente (o que era conveniente e continua sendo, basta ver o movimento contra-refomista e a medida liminar concedida pelo Min. Fux).

Este pós-acusatório é, no fundo, um *acusatório cínico*, falso, ilusório. As reformas pontuais que se seguiram, quase nada conseguiram fazer para romper com essa ilusão, basta ver – v. g. – a resistência diante da nova redação do art. 212 trazida pela reforma de 2008. Era um passo bastante simples, rumo ao “cross examination” que é apenas uma nuance do sistema acusatório (gestão da prova nas mãos das partes), e recordem a resistência inquisitória que despertou. Muitos juízes não admitiram abrir mão de fazer

---

3. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 46 e ss.

toda a inquirição e inquisição para só, depois de satisfeitos, deixarem as partes questionar. Cultura tipicamente inquisitória, que relega a atuação das partes a um segundo plano, a um papel simbólico, pois o juiz-ator é o grande protagonista na busca da mitológica “verdade” real (ainda que substituir o adjetivo “real” por “processual” não representa nenhum avanço, como ensina Carnelutti<sup>4</sup>, pois o problema não está no adjetivo, mas no substantivo).

A luta pela efetivação do devido processo e do sistema acusatório desenhado na CF/1988 perdura e, passados 33 anos, avançamos muito pouco. A Lei nº 13.964/2019 veio de forma inesperada, pois sua redação final – felizmente – é completamente diferente da proposta inicial do ex-ministro Sergio Moro, e trouxe grandes avanços na democratização e constitucionalização do CPP (ao contrário da proposta inicial). Mas será que finalmente conseguiremos romper o tecido inquisitório que envolve (e embrulha) o processo penal brasileiro?

Lembrando a clássica afirmação de Alberto Binder<sup>5</sup> sobre o “fetichismo normativista”, sabemos todos que não basta mudar a lei, é preciso mudar “cabeças”, mudar cultura e mentalidade, esse é o maior desafio. A crença de que a lei – por si só - dá conta da transformação, é ingênua, ainda que não seja errada, na medida em que efetivamente a Constituição deveria “constituir” e a Lei ser cogente, compelir, mandar que sejam os atos feitos segundo a sua determinação. Mas sem dúvida a equação não é tão simples e os espaços (muitos impróprios) da discricionariedade judicial acabam conduzindo ao decisionismo. Sem falar que o Brasil possui uma cultura jurídica “interessante”, pois temos leis que “pegam” e leis que “não pegam”,

---

4. CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX (II serie), 1965, pp. 04-09.

5. “Se le ha puesto el nombre de ‘fetichismo normativista’ a la práctica según la cual las autoridades públicas sancionan leyes, muchas veces con propuestas ambiciosas de cambio y, luego, se desprecupan de su puesta en marcha. Tras esta práctica no se encuentra una forma de “pensamiento mágico” –lo que sería una forma de volver superficial el fenómeno con analogías fáciles, sino uno de los mecanismos más profundos de pervivencia de la sociedad de privilegios, es decir, usar la legalidad como una máscara de legitimidad y no como instrumento de realización de políticas efectivas”. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5254/binder-ref-justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 set. 2020.

basta ver o art. 212 do CPP (que deve ressuscitar com a vigência do art. 3-A do CPP e a consagração expressa do sistema acusatório) e tantos outros.

No fundo, o grande responsável pelo “pegar” ou não, são os juízes e tribunais, especialmente (neste ponto) o STJ, a quem compete dar a última palavra acerca da interpretação do CPP. Bastou, retomando o exemplo anterior, o STJ começar a aplicar a famigerada (e errônea) teoria do prejuízo às nulidades decorrentes da violação do art. 212 para que a regra ali contida simplesmente “não pegasse” mais. Ou seja, quando um tribunal superior afirma que violar o art. 212 é uma nulidade relativa, isto passa a ser uma não-nulidade, o que equivale a dizer, que ninguém mais observa o que está na lei (daí porque, na linguagem popular, determinada lei no Brasil “não pega”).

E os exemplos de esvaziamento normativo são inúmeros, especialmente quando se trata de ampliar a esfera da proteção e garantias dos acusados, ou seja, de democratizar e constitucionalizar o processo penal. O movimento da resistência/sabotagem inquisitória<sup>6</sup> é realmente fortíssimo, a exemplo da quantidade de juízes que insistem em “converter de ofício” a prisão em flagrante em prisão preventiva, violando as regras mais comensuradas do sistema acusatório e também da mais óbvia interpretação do art. 311, com aval dos tribunais até então (felizmente isso começa a mudar após a lei, como trataremos a continuação).

Um dia ainda compreenderemos o grande erro que representou a teoria geral do processo, a importação inadequada das categorias do processo civil e, principalmente, levaremos a sério uma regra básica do processo penal: forma é garantia, forma é limite de poder, forma é legalidade. Vale a regra e não vale tudo.

Portanto, mais do que mudar a lei, precisamos mudar as práticas judiciárias, a mentalidade dos atores judiciários, para que efetivamente o novo gere a mudança.

---

6. <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>

Infelizmente, as principais inovações e evoluções trazidas pela Lei nº 13.964/2019 seguem suspensas por conta da Medida Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 concedida pelo Min. Fux no dia 22/01/2020, que suspendeu a eficácia de vários dispositivos e, entre eles, os principais pontos da reforma.

Diante disso, vamos analisar como está a aplicação, após um ano de vigência, das demais alterações trazidas pelo pacote anticrime e que entraram em vigor, especialmente:

- a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia e o impasse gerado pela pandemia da COVID-19;
- a nova redação do art. 311 do CPP e a famigerada “conversão” de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva;
- a vedação da concessão de liberdade provisória em determinados casos, art. 310, § 2º;
- o dever de revisar periodicamente a prisão preventiva, a cada 90 dias, art. 316, parágrafo único;
- implantação das regras da cadeia de custódia da prova, art. 158-A e ss.

Nossa proposta será fazer uma breve análise de cada uma das inovações, verificando após, como foi a sua aplicação e eficácia ao longo do primeiro ano de vigência da Lei nº 13.964/2019.

## A obrigatoriedade da audiência de custódia

Importante conquista civilizatória foi o dever para o Estado e a garantia para o cidadão de, ao ser preso, ser imediatamente conduzido a presença de um juiz para aferição da legalidade desta prisão. Inicialmente prevista na Resolução nº 213 do CNJ, agora consagrada no CPP, a audiência de custódia entrou de forma tardia e tímida no sistema de justiça brasileiro. O primeiro erro foi a implantação *a la carte*, ou seja, não houve uma aplicação linear, em todas as comarcas, senão apenas nas capitais e principais cidades do país, gerando uma absurda distinção no tratamento das pessoas tendo

como critério o lugar onde foram presas. Esta desigualdade de tratamento é inadmissível. Também se questionava acerca da ausência de “lei”, na medida em que não compete(ria) ao CNJ legislar em matéria processual penal, o que, sublinhe-se, era uma crítica bem pertinente. Por mais nobre que fosse o motivo e necessária a implantação, a AC precisava de “lei”, que finalmente agora chega. Inacreditável, porém, que ainda encontre resistência no seio da magistratura, revelando o quanto faz falta, no Brasil, da superação da mentalidade inquisitória e a implantação, não apenas de uma mentalidade acusatória, mas também de uma *cultura de audiência*<sup>7</sup> (consectário lógico) e de *oralidade* (fundamental para o contraditório efetivo).

A realização da audiência de custódia é direito subjetivo da pessoa presa e obrigação para o juiz, sendo imprescindível a sua realização sob pena de ilegalidade da prisão (algo que, como veremos, acabou virando letra morta para os tribunais). Trata-se de imposição que decorre do art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos; do art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Resolução nº 213/2015 do CNJ, e que finalmente vem recepcionada no CPP com o advento da Lei nº 13.964/2019, não podendo o magistrado deixar de realizá-la, ressalvada excepcionalidade idoneamente motivada (Recomendação nº CNJ 62/2020), sob pena de incorrer em tríplice responsabilidade (algo que também costumamos a crer que se efetive).

Dessarte, como afirma o Min. Celso de Mello no HC nº 186.421/SC (17/07/2020), “esta Corte, em diversos precedentes sobre questão idêntica à ora em exame, reconheceu a ocorrência de desrespeito à decisão proferida na ADPF 347-MC/DE, cujo julgamento, impregnado de eficácia vinculante, proclamou a obrigação da autoridade judiciária competente de promover audiência de custódia, tendo em vista o fato – juridicamente relevante – de que a realização desse ato constitui direito subjetivo da pessoa a quem se impôs prisão cautelar.” Destaca ainda que o direito à audiência de custódia em caso de prisão em flagrante (mas nós sempre sustentamos que cabe AC

---

7. Sobre o tema, importante a leitura do artigo que publicamos em coautoria com Thiago Minagé no site <https://www.conjur.com.br/2020-ago-07/limite-penal-oralidade-cultura-audiencias-lei-13942019>.

em qualquer espécie de prisão cautelar) *é exigível em qualquer caso, independente da motivação da prisão, da natureza do ato criminoso, mesmo que se trate de crime hediondo*. O preso tem o direito de ser conduzido “sem demora” à presença da autoridade judiciária, para ser ouvido sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão e ainda, examinar os aspectos de legalidade formal e material do autor de prisão em flagrante, nos termos do art. 310 do CPP. E conclui o Ministro, neste tópico, afirmando **“a essencialidade da audiência de custódia, considerados os fins a que se destina, que a ausência de sua realização provoca, entre outros efeitos, a ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o consequente relaxamento da privação cautelar da liberdade da pessoa sob poder do Estado”** (grifamos).

Importante sublinhar que essa posição do Min. Celso de Mello foi acolhida, a unanimidade, pela 2ª Turma do STF no HC nº 188.888/MG, julgado em 06 de outubro de 2020. Neste julgamento,

[...] a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento unânime, concedeu, de ofício, o Habeas Corpus (HC) nº 188.888/MG, de relatoria do ministro Celso de Mello. Em seu voto, o ministro deixou assentado que qualquer pessoa presa em flagrante tem direito público subjetivo à realização, sem demora, da audiência de custódia, que pode ser efetivada, em situações excepcionais, mediante utilização do sistema de videoconferência, sob pena de não subsistir a prisão em flagrante. O ministro Celso de Mello também firmou o entendimento, em seu voto, de que o magistrado competente não pode converter, ex officio, a prisão em flagrante em prisão preventiva no contexto da audiência de custódia, pois essa medida de conversão depende, necessariamente, de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público. Nesse mesmo julgamento, também por votação unânime, reconheceu-se a impossibilidade jurídica de o magistrado, mesmo fora do contexto da audiência de custódia, decretar, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida a atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial), “tendo em vista as inovações introduzidas nessa matéria pela recentíssima Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), que deu particular destaque ao sistema acusatório adotado pela Constituição, negando ao Juiz competência para a imposição, ex officio, dessa modalidade de privação cautelar da liberdade individual do cidadão (CPP, art. 282, §§ 2º e 4º, c/c art. 311)”, conforme o voto do relator.<sup>8</sup>

---

8. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452951>.

Portanto, na linha do disposto no art. 310, § 4º, o Min. Celso de Mello reafirma categoricamente que a não realização da audiência de custódia, sem motivação idônea, acarreta a ilegalidade da prisão e seu necessário relaxamento. Infelizmente, como veremos ao final, isso não está sendo respeitado por muitos tribunais, que acabaram “relativizando”<sup>9</sup> o dever de realização da AC.

- 
9. No RHC 129.574/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 04/09/2020: VI – Não há que se falar em nulidade em face da não realização da audiência de custódia no caso concreto, pois esta Corte de Justiça tem se posicionado no sentido de que, “tendo sido o auto de prisão em flagrante submetido ao juiz para homologação, e convertido em prisão preventiva, fica superada a falta da audiência de custódia, que tem como finalidade apresentar a pessoa presa em flagrante ao juiz para que este decida sobre a necessidade ou não da prisão processual” (RHC nº 63.199/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 3/12/2015).

No CC 168.522/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019: 1. A audiência de custódia, no caso de mandado de prisão preventiva cumprido fora do âmbito territorial da jurisdição do Juízo que a determinou, deve ser efetivada por meio da condução do preso à autoridade judicial competente na localidade em que ocorreu a prisão. Não se admite, por ausência de previsão legal, a sua realização por meio de videoconferência, ainda que pelo Juízo que decretou a custódia cautelar.

No HC nº 610839 – SP (2020/0228880-2), o Rel.Min.NEFI CORDEIRO acompanhou o entendimento da turma, mas fez a ressalva de seu entendimento pessoal sobre o tema: Em relação à ausência da audiência de custódia, o entendimento majoritário desta Sexta Turma é no sentido de que sua não realização não enseja nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, pois, observadas as outras garantias processuais e constitucionais, resta superado o exame desse tema. A propósito: AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016; RHC 76.906/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016; RHC 63632/PR, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016. Fiquei vencido nos precedentes citados e permaneço com igual compreensão. É a audiência de custódia requisito de proteção para a prisão, que não resta superada pela conversão do flagrante em preventiva. Em temas fundamentais ao processo e a constrição talvez seja aquele que mais diretamente atinja a pessoa do acusado, a forma é instrumento de salvaguarda, inarredável pelos danosos efeitos que provoca, tornando letra morta a garantia de preservação pessoal assumida pelo país em compromissos internacionais e permitindo não somente a proliferação desnecessária da segregação cautelar, mas também impedindo o direito de contato pessoal do preso com seu juiz, assim como a constatação direta pelo magistrado das condições físicas do preso e das circunstâncias de sua prisão. Mais que forma, é defesa da preservação pessoal processualmente estabelecida em favor do cidadão. Não obstante, por segurança jurídica, pois à sociedade merece a compreensão diversa de justiça unipessoal do integrante de colegiado, tão somente ressalvo meu entendimento no tema e acompanho o resultado esperado e acima citado de precedentes desta Sexta Turma.

(...)

É verdade que a Recomendação nº 62 do CNJ acabou sendo o grande curinga hermenêutico ao longo do ano de 2020 para que as audiências de custódia não se realizassem, mas uma vez superada a situação fática que a justificou (pandemia), o cenário terá que mudar e a regra – realização da AC – deverá ser seguida.

Esperamos que esse entendimento (não realização = mera irregularidade) seja radicalmente alterado após a cessação da pandemia, sob pena de completo esvaziamento do avanço que representou a instituição da audiência de custódia.

Mas uma vez superada a pandemia e esvaziada a Recomendação nº 62 CNJ, a Audiência de Custódia obrigatoriamente deve ser realizada (exigindo motivação idônea que justifique a excepcionalidade de sua não realização), e então surgem *novos problemas*:

1. A audiência de custódia não deve(ria) se limitar aos casos de prisão em flagrante, senão que deve(ria) ter aplicação em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção (dicção do art. 7.5 da CADH), sendo portanto exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva (independente do momento em que seja decretada, inclusive na conversão por descumprimento da medidas cautelares diversas). Esse ainda é um ponto de evolução que precisamos, urgentemente atingir. É injustificável a restrição que acabou sendo

---

Na 5ª Turma do STJ (HABEAS CORPUS Nº 597864 – RN (2020/0176044-2, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA) o entendimento foi além da dispensabilidade da AC em razão da pandemia, para afirmar que “(...) De início, quanto à alegação de ilegalidade pela não realização de audiência de custódia, não se ignora que a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19 ao art. 310 do Código de Processo Penal fixou o prazo máximo de 24 horas da prisão para a realização da formalidade, sob pena de tornar a segregação ilegal. Entretanto, a nova redação do § 4º do referido artigo ressalva a possibilidade de que, constatada a ilegalidade da custódia, seja imediatamente decretada nova prisão. A previsão legal converge, portanto, em termos práticos, com o entendimento jurisprudencial pacífico nesta Corte, no sentido de que “a conversão do flagrante em prisão preventiva torna superada a alegação de nulidade relativamente à falta de audiência de custódia” (RHC 117.991/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019). Ademais, convém atentar que a norma foi suspensa por decisão liminar proferida pelo Exmo. Min. Luiz Fux nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.305, do Distrito Federal, prevalecendo, portanto, por ora, entendimento jurisprudencial estabelecido.”

imposta pela práxis forense, de realizar audiência de custódia apenas em caso de prisão em flagrante, para fins de aplicação do art. 310 do CPP.

2. A audiência de custódia precisa ser realizada no prazo de 24h e, portanto, antes da análise do art. 310, e – obviamente – antes de ser decretada a prisão preventiva. É lamentável a prática de alguns juízes – ainda que sob o argumento da celeridade – de fazer a análise do art. 310 em gabinete para, somente após a decretação da prisão preventiva, realizarem a audiência de custódia. Isso é puro golpe de cena que esvazia o objetivo e finalidade da AC.
3. Outro ponto sensível é a forma de condução da entrevista com o preso. Muitos juízes, erroneamente, se limitam a questionar sobre eventual violência policial ou tortura, como se a audiência de custódia se limitasse a isso (verificação de violência policial no ato da prisão). Essa não é a finalidade única da audiência de custódia e sequer deveria ser a principal preocupação (pois a violência policial e a tortura são patologias, ainda que obviamente não possam ser desconsideradas). Ao lado da apuração de eventual violência ou tortura, a AC serve, *essencialmente*, para as finalidades insculpidas no art. 310 do CPP, a saber, dar conta dos três momentos:
  - 1- decidir se realmente existe situação de flagrância, isto é, análise fática e jurídica dos requisitos dos art. 302 e 303 do CPP, para homologação, sob pena de relaxamento da prisão;
  - 2- verificar se os aspectos formais do auto de prisão em flagrante foram devidamente observados, especialmente em relação as exigências contidas nos arts. 304 e 306 do CPP, para homologação do auto de prisão em flagrante, sob pena de relaxamento da prisão por ilegalidade;
  - 3- finalmente, havendo pedido de prisão preventiva por parte do ministério público (jamais, portanto de ofício), conceder liberdade provisória com ou sem fiança e com ou sem medida cautelar diversa (art. 319), e, em último caso, quando as medidas cautelares diversas se revelarem inadequadas e insuficientes,

decretar a prisão preventiva (medida excepcional e *ultima ratio* do sistema cautelar). Aqui são avaliados os requisitos e os princípios que norteiam a prisão preventiva, ou seja, se existe a real e concreta necessidade cautelar<sup>10</sup>.

Eis um ponto crucial da audiência de custódia: o contato pessoal do juiz com o detido. Uma medida fundamental em que, ao mesmo tempo, humaniza-se o ritual judiciário e criam-se as condições de possibilidade de uma análise acerca do *periculum libertatis*, bem como da suficiência e adequação das medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP.

Para dar conta disso, é óbvio que a entrevista com preso não pode se limitar a aferir se houve ou não violência policial, pois o objeto e finalidade da AC são muito mais amplos e esta oitiva do preso deve dar conta de fornecer subsídios para as decisões ali tomadas (os três momentos anteriormente apontados). Uma vez apresentado o preso ao juiz, ele será informado do direito de silêncio e assegurada será a entrevista prévia com defensor (particular ou público). Nesta “entrevista” (que não é um interrogatório, portanto), não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento. Neste sentido, determina o art. 8º, VIII, da Resolução nº 213 do CNJ que o juiz (mas também acusação e defesa) deve se abster de formular perguntas com a finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante. Não se trata de interrogatório e não é uma audiência de instrução e julgamento, mas uma “entrevista” que se destina exclusivamente a discutir a “custódia”, ou seja, a forma e condições em que foi realizada a prisão e, ao final, averiguar a medida cautelar diversa mais adequada ou, em último caso, a decretação da prisão preventiva.

Esta entrevista não deve se prestar para análise do mérito (leia-se, cognição plena sobre autoria e materialidade), reservada para o interrogatório de eventual processo de conhecimento. A rigor, limita-se a verificar a

---

10. Sobre o tema das prisões cautelares, fundamento, requisitos e princípios, remetemos o leitor para nossas obras *Direito Processual Penal e Prisões cautelares*, ambas publicadas pela Editora Saraiva.

legalidade da prisão em flagrante (e a existência da situação de flagrância) e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do art. 319 do CPP, atualmente restrito, na prática, à fiança. Infelizmente, como regra, os juízes não utilizam todo o potencial contido no art. 319 do CPP, muitas vezes até por falta de informação e conhecimento das circunstâncias do fato e do autor.

**Mas isso não significa que, dependendo do caso, não se possa/deva entrar na situação fática.** Todo o oposto. Como saber se é caso de flagrante ou não, sem entrar no caso penal, quando a tese da defesa pessoal seja capaz de infirmar a hipótese flagrancial? Se, por exemplo, o réu nega que estivesse praticando o crime e traz seus argumentos, é preciso ouvi-lo e apurar, ainda que em sede de fumaça (verossimilhança) sua tese, pois se acolhida, afasta o flagrante delito do art. 302, I. Idem em relação a questão temporal dos incisos III e IV, por exemplo. Ou mesmo em relação a permanência do art. 303.

Dessarte, em alguns casos, essa entrevista vai se situar numa **tênue distinção entre forma e conteúdo.** O problema surge quando o preso alegar a falta de *fumus commissi delicti*, ou seja, negar autoria ou existência do fato (inclusive atipicidade). Neste caso, suma cautela deverá ter o juiz para não invadir a seara reservada para o julgamento. Também pensamos que eventual contradição entre a versão apresentada pelo preso neste momento e aquela que futuramente venha a utilizar no interrogatório processual não pode ser usada em seu prejuízo. Em outras palavras, o ideal é que esta entrevista sequer viesse a integrar os autos do processo, para evitar uma errônea (des)valoração.

Enfim, não é tão simples, como querem alguns juízes, que simplesmente se recusam a ouvir, admitir questionamentos e respostas, sobre aquilo que consideram “mérito”. Errado. O que não se pode fazer é pretender ter o mesmo nível de cognição necessário para julgar o imputado, afirmar categoricamente autoria e materialidade, por exemplo. Essa é a diferença da cognição. Ela não pode pretender ser igual àquela feita no processo de conhecimento.

Feita a entrevista pelo juiz, caberá ao Ministério Público e, após, à defesa técnica, formularem reperguntas ao preso, sempre guardando compatibilidade com a natureza do ato e as limitações cognitivas inerentes.

Finalizada a entrevista, poderão, Ministério Público e defesa, requerer:

1. O relaxamento da prisão em flagrante (em caso de ilegalidade);
2. Concessão de liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa (art. 310 c/c art. 319 do CPP);
3. A adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa;
4. Como *ultima ratio* do sistema, poderá o Ministério Público requerer a decretação da prisão preventiva (ou mesmo a prisão temporária, observados seus limites de incidência).

A audiência de custódia representa um grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso, mas ainda assim sofre críticas injustas e infundadas. É também um instrumento importante para aferir a legalidade das prisões e dar eficácia ao art. 319 do CPP e às medidas cautelares diversas.

Por derradeiro, destacamos o disposto no art. 310, § 4º que foi absurdamente suspenso por conta da liminar do Min. Fux e que fortalecia a importância e obrigatoriedade da audiência de custódia. Esperamos que a liminar seja cassada e a obrigatoriedade da audiência de custódia, no prazo de 24h, seja reforçada diante da sanção de ilegalidade da prisão se não realizada no prazo legal.

E a conversão de ofício pelo juiz da prisão em flagrante em prisão preventiva?

É inacreditável que, a essa altura da história, ainda tenhamos que reafirmar o absurdo que constitui uma prisão decretada pelo juiz de ofício, em franca violação do *ne procedat iudex ex officio*, da estrutura

acusatória e também incompatível com o alheamento necessário para assegurar a imparcialidade do juiz (inclusive na perspectiva da aparência de imparcialidade).<sup>11</sup> Mas, no Brasil, a cultura inquisitória possui uma força inacreditável e costumam fazer um contorcionismo jurídico incrível para tentar justificar o injustificável. Seguimos, então, tentando romper com a cultura inquisitória que, como se verá a seguir, não é uma tarefa fácil. Entendemos e reafirmamos que não pode haver conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva (ou temporária). É imprescindível que exista a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público. A “conversão” do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva. Portanto, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório (*ne procedat iudex ex officio*) e da imposição de imparcialidade do juiz (juiz ator = parcial), não lhe incumbe “prender de ofício”.

Além de violenta afronta ao sistema acusatório constitucional e convencional, deve-se atentar para o fato de que a Lei nº 13.964/2019 suprimiu a expressão “de ofício” que constava no art. 282, § 2º e do art. 311. Não há mais espaço para uma interpretação que extraia, da clara redação do artigo, a possibilidade de o juiz prender de ofício, seja na fase pré-processual, seja na fase processual.

Exatamente nesta linha, veio a decisão do Min. Celso de Mello no HC nº 186.421/SC, em 17/07/2020 que, textualmente, afirma que a nova redação,

[...] vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”, não mais sendo lícito, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. E enfatiza o Ministro “a significar que se tornou inviável a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP”.

---

11. Sobre o tema, remetemos o leitor para nossa obra *Fundamentos do Processo Penal*, publicado pela Editora Saraiva, onde aprofundamos esta questão.

E conclui o Min. Celso de Mello de forma acertada e precisa que:

Em suma: tornou-se inadmissível, em face da superveniência da Lei nº 13.964 (Lei Anticrime), a conversão, "ex officio", da prisão em flagrante em preventiva, pois a decretação desta medida cautelar de ordem pessoal dependerá, sempre, do prévio e necessário requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante (se for o caso), ou, ainda, de representação da autoridade policial na fase pré-processual da *persecutio criminis*, sendo certo, por tal razão, que, em tema de privação e/ou de restrição cautelar da liberdade, não mais subsiste, em nosso sistema processual penal, a possibilidade de atuação "ex officio" do magistrado processante.

Esta posição do Min. Celso de Mello foi acolhida, por unanimidade no julgamento do HC nº 188.888/MG, onde a 2ª Turma do STF também firmou o entendimento de

[...] que o magistrado competente não pode converter, *ex officio*, a prisão em flagrante em prisão preventiva no contexto da audiência de custódia, pois essa medida de conversão depende, necessariamente, de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público. Nesse mesmo julgamento, também por votação unânime, reconheceu-se a impossibilidade jurídica de o magistrado, mesmo fora do contexto da audiência de custódia, decretar, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida a atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial), "tendo em vista as inovações introduzidas nessa matéria pela recentíssima Lei nº 13.964/2019 ("Lei Anticrime"), que deu particular destaque ao sistema acusatório adotado pela Constituição, negando ao Juiz competência para a imposição, *ex officio*, dessa modalidade de privação cautelar da liberdade individual do cidadão (CPP, art. 282, §§ 2º e 4º, c/c art. 311)", conforme o voto do relator.<sup>12</sup>

Diante de um cenário tão claro de qual é o standard de legalidade da prisão cautelar, não é exagero considerar que, em tese, comete o crime de abuso de autoridade previsto no art. 9º da Lei nº 13.869/2019, o juiz que "converte de ofício" uma prisão em flagrante em prisão preventiva, na medida em que preenche os elementos do tipo penal: *Decretar medida*

---

12. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452951>.

*de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais.* Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Inobstante tudo isso, a posição ainda encontra resistências, como se pode ver na decisão proferida pela 6ª Turma do STJ no HC nº 583.995<sup>13</sup> onde por maioria de votos – vencidos os Ministros Sebastião Reis Jr. e Néfi Cordeiro – foi reafirmada a possibilidade da conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva. Pensamos que ainda haverá alguma oscilação nas decisões, mas que prevalecerá a compreensão da insustentabilidade do argumento de que “converter” não é o mesmo que “decretar”, pois faticamente o é. Também não se justifica o argumento da urgência, na medida em que a ilegalidade da prisão de ofício não justifica e só agrava a situação. O discurso da urgência sempre serviu exatamente para esse fim utilitarista e punitivista, como argumento coringa para limitação de direitos e garantias fundamentais, ou seja, para violação das regras do devido processo. O problema deste argumento é o risco de o remédio ter efeitos mais gravosos que a própria doença que se propõe a curar.

Por derradeiro, não existe nenhuma falta de clareza nas “inovações legais”. O texto é claro, unívoco e, como se não bastasse, veio como uma resposta a décadas de crítica por parte da doutrina. Enfim, nos resta a esperança de que essa posição não persista, e que se opere – finalmente – uma superação da cultura inquisitória.

## Vedação de concessão de liberdade provisória – art. 310, § 2º

O art. 310, § 2º, inserido na reforma trazida pela Lei nº 13.964/2019 é um grande retrocesso, além de ser – a nosso juízo – inconstitucional. Diz o dispositivo em tela: § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

---

13. <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/SiteAssets/documentos/noticias/16092020%20HC%20583995.pdf>.

Inicialmente é criticável o já conhecido *bis in idem* da reincidência, ou seja, a dupla (ou mais) punição pela mesma circunstância (reincidência) já tão criticada pela doutrina penal. Depois o artigo elege, à *la carte* e sem critério para justificar, determinadas condutas para proibir (inconstitucionalmente) a concessão de liberdade provisória. Inclusive, considerando que se trata de prisão em flagrante, dependendo do caso, é praticamente inviável já se ter uma prova suficiente de que o agente, por exemplo, é membro de uma organização criminosa ou milícia, para aplicar o dispositivo.

Mas o ponto nevrálgico do problema está na vedação de concessão de liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, pelos seguintes fundamentos:

- cria uma prisão em flagrante que se prolonga no tempo, violando a natureza pré-cautelar do flagrante;
- estabelece uma prisão (pré)cautelar obrigatória, sem necessidade cautelar e sem que se demonstre o *periculum libertatis*;
- viola toda a principiologia cautelar, já analisada;
- por fim, é flagrantemente inconstitucional, pois o STF já se manifestou neste sentido em casos análogos (como na declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072 e em casos posteriores).

O STF já afirmou e reafirmou que são inconstitucionais as regras (como a constante na lei de drogas, mas também já o fez em relação a lei dos crimes hediondos e outras) que vedam a concessão de liberdade provisória, inclusive em decisão que teve repercussão geral reconhecida [RE 1.038.925 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, P, j. 18-8-2017, DJE de 19-9-2017, Tema 959].

Como noticiado no site<sup>14</sup> do STF,

[...] o Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou sua jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade de regra prevista na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) que veda a concessão de liberdade provisória a presos acusados

---

14. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354431>.

de tráfico. A decisão foi tomada pelo Plenário Virtual no Recurso Extraordinário (RE) 1038925, com repercussão geral reconhecida.

Em maio de 2012, no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 104.339, o Plenário do STF havia declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “liberdade provisória” do artigo 44 da Lei de Drogas. Com isso, o Supremo passou a admitir prisão cautelar por tráfico apenas se verificado, no caso concreto, a presença de algum dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP). Desde então, essa decisão serve de parâmetro para o STF, mas não vinculava os demais tribunais. Com a reafirmação da jurisprudência com status de repercussão geral, esse entendimento deve ser aplicado pelas demais instâncias em casos análogos.

Portanto, a vedação de concessão de liberdade provisória contida no art. 310 para certos tipos de crimes é claramente inconstitucional. Mas, apenas para esclarecer, isso não impede, obviamente, que uma prisão em flagrante exista e posteriormente seja decretada a prisão preventiva, mediante requerimento do MP ou representação da autoridade policial, desde que presentes os requisitos legais da prisão preventiva, que serão estudados a continuação.

Mas e a jurisprudência, como está lidando com este dispositivo?

Incrivelmente encontramos diversos acórdãos de tribunais de segundo grau aplicando acriticamente o dispositivo e chancelando a manutenção da prisão em flagrante com base no art. 310, §2º. Mas em todos os casos analisados, houve a posterior decretação da prisão preventiva como uma decorrência automática do flagrante homologado e que se encaixavam na situação do § 2º. Então não se manteve a prisão apenas com o título de flagrante, mas se naturalizou a conseqüente prisão preventiva decorrente da prisão em flagrante por esses crimes (quase uma presunção de necessidade cautelar que é incompatível com a presunção de inocência).

Ainda não há – pelo menos até o fechamento deste texto – uma manifestação clara e categórica do STF, sequer de alguma das turmas. Esperamos que o STF mantenha a coerência em relação aos julgados anteriormente citados, que sempre foram no sentido de afirmar a inconstitucionalidade da vedação de concessão de liberdade provisória. Aguardemos.

## O dever de revisar periodicamente a prisão preventiva

Mais uma importante inovação do pacote anticrime foi o art .316, especialmente no parágrafo único, que consagra – finalmente – o dever de revisar periodicamente a prisão preventiva:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

O caput do artigo diz respeito ao Princípio da Provisionalidade, no sentido de que a prisão preventiva é situacional, tutelando uma situação fática de perigo. A inovação diz respeito ao parágrafo único, que finalmente contempla o dever de revisar periodicamente a prisão preventiva, a cada 90 dias. Infelizmente seguimos sem um prazo máximo global de duração da prisão preventiva.

O dever de revisar a medida é imperioso e a sanção está expressamente prevista na lei (a prisão preventiva passa a ser ilegal se não realizada), então é prazo com sanção e obrigatória observância.

Mas e os juízes e tribunais, como estão lidando com o dever de revisar periodicamente a prisão preventiva?

A matéria também foi afetada pela **Recomendação nº 62/CNJ**:

Art. 4º, I, c: Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: (...) c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Com isso, o CNJ não apenas reconhece o dever de revisar periodicamente, mas também recomenda que os juízes considerem a superação do prazo de 90 dias como um dos motivos para concessão da prisão domiciliar.

Mas, infelizmente, há sinais de relativização do dever de revisar periodicamente, especialmente no que se refere à concessão de liberdade pela não observância da exigência legal, o que é lamentável. Nesse sentido são várias as decisões proferidas pelo STJ (por exemplo: *AgRg no HC n. 580.323/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 15/6/2020. AgRg no HC 588.513/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 30/06/2020, DJe 04/08/2020. HC 589993/BA, Min. Jorge Mussi, 01/07/2020*).

O que se percebe é o esvaziamento de uma das grandes inovações trazidas pelo pacote anticrime. Ao relativizar a sanção decorrente da violação do dever legal, o STJ acaba por sepultar o dever de revisar periodicamente a prisão preventiva, pois no Brasil, prazo sem sanção é igual a ineficácia da proteção ao direito fundamental que se pretendia tutelar.

No STF o cenário não é diferente, principalmente após a polêmica estabelecida no midiático caso “André do Rap” (Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 191.836, São Paulo). Com isso, o entendimento passou a ser de flexibilização do dever de revisar (desconsiderando, portanto, a previsão de ilegalidade) ou ainda, reconhecer a violação, **mas determinar que o juiz decretante faça a revisão, isto é, realize a análise sobre a manutenção ou não dos requisitos legais**. Ao final deste julgamento, por maioria, ficou decidido firmar a seguinte tese:

A inobservância do prazo nonagesimal do Artigo 316, do CPP, não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juiz competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade dos seus fundamentos.

Em última análise, tanto o STJ como o STF deram uma interpretação de relativização e flexibilização do dever de revisar a medida (sob pena de ilegalidade) que o dispositivo virou – uma vez mais – letra morta, ou seja, “uma lei que não pegou”. Ainda que se argumente que o dever de revisar persiste, ao tirar a eficácia da sanção (ilegalidade) se operou o completo esvaziamento do dispositivo. Restou, ao final, apenas uma possibilidade de

a defesa requerer, a cada 90 dias, que o juiz profira uma decisão fundamentada no sentido de manter ou não a prisão preventiva, sendo que nenhuma sanção advirá da inobservância desse prazo.

**E quando o processo está em fase recursal**, pois enquanto estiver em primeiro grau compete ao juiz das garantias (até a fase do art. 399) ou ao juiz da instrução, a quem compete a revisão periódica?

O STJ já deu sinais no sentido de que não se aplica o controle de duração da prisão preventiva quando o feito estiver em grau recursal (*AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020*).

Pensamos que esta não é a melhor interpretação, pois os tribunais não estão e nem poderiam estar imunes ao controle do prazo, inclusive do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF). Segue sendo de competência do juiz de primeiro grau, pois ele é o “órgão emissor da decisão” a que se refere o art. 316, parágrafo único. Contudo, é verdade que ele já esgotou sua jurisdição, de modo que o feito está afeto ao respectivo tribunal. Então, como sugere Paulo Queiroz,<sup>15</sup> podemos tratar o tema na seguinte perspectiva:

- a) a revisão dos fundamentos da prisão preventiva é imperiosa enquanto não passar em julgado a condenação;
- b) enquanto não for proferida a sentença, caberá ao juiz (ou relator nas ações penais originárias) fazer o reexame obrigatório;
- c) interposta apelação, competirá ao tribunal reapreciar a prisão;
- d) o tribunal poderá delegar essa função ao juiz que proferiu a sentença condenatória.

Estamos de acordo com a proposta de Queiroz, destacando que o mais importante é: em grau recursal, ou o tribunal faz a revisão (relator) ou

---

15. O artigo de Paulo Queiroz está disponível no site <https://www.pauloqueiroz.net/sobre-a-revisao-obrigatoria-dos-fundamentos-da-preventiva>. Acesso em: 03 jul. 2020.

delega para que o juiz de primeiro grau o faça. O que não se deve admitir é a violação do imperativo legal, deixando de fazer o controle periódico da existência ou não da necessidade cautelar, da situacionalidade que a legitima, o que nos remete sempre para a base principiológica analisada anteriormente.

A (inconstitucional) execução antecipada da pena após a decisão de primeiro grau no Tribunal do Júri

Mais um ponto problemático trazidos pelo pacote anticrime foi a inserção da alínea “e”, no art. 492, com a determinação de execução antecipada da pena, quando for igual ou superior a 15 anos.

Sem dúvida um grande erro do legislador, pois (resumidamente):

- viola a presunção constitucional de inocência, na medida em que trata o réu como culpado, executando antecipadamente a sua pena, sem respeitar o marco constitucional do trânsito em julgado;
- se o STF já reconheceu ser inconstitucional a execução antecipada após a decisão de segundo grau, com muito mais razão é inconstitucional a execução antecipada após uma decisão de primeiro grau (o tribunal do júri é um órgão colegiado, mas integrante do primeiro grau de jurisdição);
- da decisão do júri cabe apelação em que podem ser amplamente discutidas questões formais e de mérito, inclusive com o tribunal avaliando se a decisão dos jurados encontrou ou não abrigo na prova, sendo um erro gigantesco autorizar a execução antecipada após essa primeira decisão;
- tanto a instituição do júri como a soberania dos jurados estão inseridos no rol de direitos e garantias individuais, não podendo servir de argumento para o sacrifício da liberdade do próprio réu;
- ao não se revestir de caráter cautelar, sem, portanto, analisar o *periculum libertatis* e a necessidade efetiva da prisão, se converte em uma prisão irracional, desproporcional e perigosíssima, dada a real

possibilidade de reversão já em segundo grau (sem mencionar ainda a possibilidade de reversão em sede de recurso especial e extraordinário);

- a soberania dos jurados não é um argumento válido para justificar a execução antecipada, pois é um atributo que não serve como legitimador de prisão, mas sim como garantia de independência dos jurados;
- é incompatível com o disposto no art. 313, § 2º, que expressamente prevê que “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena”.

Na mesma linha, trazendo ainda outros argumentos, Paulo Queiroz<sup>16</sup> afirma que,

[...] além de incoerente e ilógica, é claramente inconstitucional, visto que: 1) ofende o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII), razão pela qual toda medida cautelar há de exigir cautelaridade, especialmente a prisão preventiva; 2) viola o princípio da isonomia, já que condenações por crimes análogos e mais graves (v.g., condenação a 30 anos de reclusão por latrocínio) não admitem tal exceção, razão pela qual a prisão preventiva exige sempre cautelaridade; 3) estabelece critérios facilmente manipuláveis e incompatíveis com o princípio da legalidade penal, notadamente a pena aplicada pelo juiz-presidente; 4) o só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado; 5) a gravidade do crime é sempre uma condição necessária, mas nunca uma condição suficiente para a decretação e manutenção de prisão preventiva. Como é óbvio, a exceção está em manifesta contradição com o novo art. 313, § 2º, que diz: Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena.

---

16. O excelente texto de Paulo Queiroz, de onde extraímos apenas um trecho, é bem mais amplo, e traz, ainda, uma análise importante da prisão preventiva. Recomendamos a leitura no site: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019>.

Felizmente o STJ tem sinalizado pela não aplicação acrítica e automática deste dispositivo, como muito bem leciona a seguinte decisão, da relatoria do Min. Néfi Cordeiro:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CUMPRIMENTO IMEDIATO DE SENTENÇA. TRIBUNAL DO JÚRI. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. SENTENÇA ANTERIOR À VIGÊNCIA DO ATUAL ART. 492, I, E, DO CPP. PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE DA NORMA PROCESSUAL. NÃO APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de ser ilegal a decisão que nega o direito de recorrer em liberdade sem a indicação de elementos concretos, fundada apenas na premissa de que deve ser executada prontamente a condenação preferida pelo Tribunal de Júri. 2. Não apresentada motivação concreta para a custódia cautelar na sentença, que apenas faz referência genérica ao fato de ter o paciente respondido preso ao processo e à pena aplicada ao paciente pelo Tribunal de Júri, há manifesta ilegalidade. 3. O art. 492, I, e, do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019, embora violador ao constitucional princípio da presunção de inocência, não pode de todo modo ser retroativamente aplicado, incidindo em sentença prolatada em data anterior a sua vigência. 4. Recurso em Habeas corpus provido para determinar a soltura do recorrente ELIZEU JOSE DOS SANTOS, o que não impede a fixação de medida cautelar diversa da prisão, por decisão fundamentada. (RHC 124.377/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 16/06/2020).

Além de afirmar a inaplicabilidade da prisão automática e sem necessidade cautelar concreta, ainda destaca a impossibilidade e dar efeito retroativo a tal dispositivo.

Percebemos, assim, uma acertada resistência por parte de alguns tribunais e também por parte do STJ em fazer uma aplicação automática e acrítica da execução antecipada da pena, aplicada em primeiro grau pelo tribunal do júri, até por conta da recente decisão do STF no sentido da inconstitucionalidade da execução antecipada após a decisão de 2º grau. A matéria é bastante sensível e graves suas consequências, ainda que nos pareça elementar e flagrante a inconstitucionalidade do dispositivo, como explicamos no início desse tópico. Mas é preciso esperar o que dirá o STF, pois a matéria será a ele submetida, antevendo-se um julgamento extremamente preocupante pois, com a aposentadoria do Min. Celso de Mello e as

declarações favoráveis feitas pelo Min. Dias Toffoli no passado, há sinais de que o STF pode – absurda e paradoxalmente – afirmar ser constitucional a execução antecipada em primeiro grau, mesmo tendo declarado inconstitucional a execução da pena após a decisão de segundo grau.

## Cadeia de custódia da prova e as consequências da quebra

Mais uma importante inovação legislativa (pois doutrinariamente a matéria já era por todos conhecida) trazida pelo pacote anticrime foi a regulamentação da cadeia de custódia da prova, nos arts. 158-A e ss. A Cadeia de custódia da prova nos remete ao conjunto de procedimentos, concatenados, como elos de uma corrente, que se destina a preservar a integridade da prova, sua legalidade e confiabilidade. Uma corrente que liga duas pontas, que vai da identificação dos vestígios até o seu descarte. A quebra equivale ao rompimento de um dos elos da corrente.

É preciso considerar que *haverão diferentes morfologias da cadeia de custódia conforme o tipo de prova* que estamos tratando. Uma prova pericial de exame de DNA, por exemplo, possui especificidades que obrigam ao estabelecimento de determinada rotina de coleta, transporte, armazenagem, análise, etc. que será completamente diferente da perícia sobre o material obtido em uma interceptação telefônica, por exemplo.

Dados como local do crime, temperatura, condições meteorológicas, condições específicas de transporte e armazenagem, nada dizem quando se trata de uma interceptação telefônica, mas são absolutamente cruciais em se tratando de coleta de DNA. Essa especificidade também irá se refletir no tema da “quebra da cadeia de custódia”, como explicaremos a continuação. Como explica Prado,<sup>17</sup> a alteração das fontes contamina os meios e sua não preservação afeta a credibilidade desses meios. De nada adianta

---

17. O que segue é uma síntese de vários pontos tratados na magistral obra de Geraldo Prado, intitulada Prova Penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos, São Paulo, Marcial Pons, 2014. Também consultamos o artigo “Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas”, in Boletim do IBCCrim, n. 262, setembro de 2014, p. 16-17, do mesmo autor.

argumentar em torno do “livre convencimento motivado”, pois existem standards de validade não disponíveis, que asseguram o caráter racional-legal da decisão e a imuniza dos espaços impróprios da discricionariedade e do decisionismo (o absurdo “decido conforme a minha consciência”, exaustivamente denunciado por Lenio Streck). Para essa preservação das fontes de prova, através da manutenção da cadeia de custódia, exige a prática de uma série de atos, um verdadeiro protocolo de custódia, cujo passo a passo vem dado pelo art. 158-B e ss.

Mas sem dúvida a questão mais tormentosa, especialmente diante da omissão do legislador, é **a definição das consequências da quebra da cadeia de custódia** (*break on the chain of custody*).

Como explicamos em outra oportunidade,<sup>18</sup> preferimos pensar a quebra da cadeia de custódia como temática diretamente vinculada as regras do devido processo penal, na medida em que significa o descumprimento de uma forma-garantia. Portanto, como regra, deve conduzir ao campo da **ilicitude probatória**, devendo esbarrar no filtro da admissibilidade/inadmissibilidade. Utilizando o mesmo raciocínio desenvolvido ao tratar das invalidades processuais, em que a violação da forma traz atrelada a lesão a um direito fundamental, é preciso compreender que a disciplina da cadeia de custódia é um meio para o cumprimento de regras probatórias diretamente vinculadas à concepção de devido processo penal. Dessarte, quebrar a cadeia de custódia é violar as regras que a definem e, portanto, é violar o devido processo.

**A quebra da cadeia de custódia faz com que ela seja considerada uma prova ilícita, na medida em que, na dicção do art. 157 do CPP, viola normas legais (CPP).** Sendo prova ilícita, não deve ser admitida (esbarra no filtro de admissibilidade que é o segundo momento da prova), mas se já estiver incorporada ao processo (quando a quebra é detectada posteriormente ao ingresso, por exemplo, ou se produz no curso do próprio processo), deve ser declarada ilícita, desentranhada e proibida a valoração probatória.

---

18. Em nossa obra *Direito Processual Penal*, a partir da 17ª edição onde incluímos esse tema, publicada pela Editora Saraiva.

Não se desconhece, entretanto, *posição doutrinária diversa, que situa a quebra da cadeia de custódia no campo da “valoração”*, ou seja, superado o filtro da admissibilidade, avalia-se a violação das regras na valoração probatória feita na decisão final. Para tanto, argumenta-se que as regras da cadeia de custódia servem para acreditação da prova, para assegurar sua credibilidade e confiabilidade, de modo que a inobservância vai afetar essa dimensão. Caberia ao juiz, quando da decisão final, valorar ou desvalorar aquela prova em que houve o rompimento de um elo da cadeia de custódia. Afeta, assim, a credibilidade da prova produzida, que terá maior ou menor valor conforme a gravidade da quebra da cadeia de custódia.

Não se descarta a aplicação desse raciocínio quando a violação da forma for irrelevante diante daquele específico meio de prova, pois como dissemos no início, existem diferentes morfologias da cadeia de custódia conforme o tipo de prova que estamos tutelando. Logo, excepcionalmente, a questão poderá se resolver no filtro de valoração e não no de admissão da prova.

Mas essa posição não pode ser aplicada de forma geral, na medida em que comete o grave erro de desconectar a problemática das regras do devido processo e de uma premissa básica: forma é legalidade, forma é garantia. Portanto, a quebra situa-se na perspectiva de violação mais ampla das regras probatórias. Também conduz a um terreno perigosíssimo do decisionismo, dos espaços impróprios da discricionariedade judicial, na ingênua “crença na bondade dos bons”. Desloca para uma crença excessiva na valoração dos juízes, desconsiderando que existe uma violação prévia da legalidade que deveria ter conduzido para a inadmissibilidade. Em outras palavras, as regras probatórias servem para interditar o conhecimento do juiz, na medida em que houve a violação da legalidade.

**Diante de tão importante instituto, como têm se manifestado os tribunais, especialmente no que tange à quebra da cadeia de custódia da prova?**

Infelizmente, uma vez mais, os tribunais sinalizam – como regra geral, sempre ressalvando a existência de meritórias exceções, em todos os temas, por elementar – uma imensa dificuldade em aceitar o “novo”, romper

com a concepção utilitarista e punitivista, para efetivamente fazer valer as regras do devido processo penal constitucional.

De início já se percebe um rigor de que a defesa comprove efetivamente a quebra da cadeia de custódia, o que não está errado. O problema inicia quando se exige que a defesa comprove a ocorrência de interferência na prova, e, o que é mais grave, quando associam o instituto com a demonstração de prejuízo.

Verificamos uma tendência de aplicação restritiva por parte dos tribunais em relação ao instituto e às consequências da quebra da cadeia de custódia. Em geral tem predominado a visão consequencialista da prova com a relativização da forma e, por consequência, admissão da prova obtida com a quebra da cadeia de custódia, ainda que usando recursos argumentativos como “não foi a única prova”, não foi “decisiva”, ou – o que é pior e mais grave – invocando a ausência de demonstração de prejuízo. Não se pode confundir ilicitude probatória com nulidade. Ambas se situam, é verdade, no campo da ilicitude processual, mas com matrizes diversas. A teoria do prejuízo, como já explicamos,<sup>19</sup> é uma equivocada importação do processo civil, absolutamente inadequada para o processo penal, onde forma é legalidade, é limite de poder. Ademais, inviável sua aplicação para admitir uma prova ilícita, pois quebrada a cadeia de custódia. O prejuízo é a própria ilegalidade.

Enfim, a efetivação da garantia da preservação da cadeia de custódia da prova vai encontrar ainda muita resistência com base no argumento da “falta”, ou seja, na “falta” de condições materiais e pessoais dos órgãos estatais encarregados da preservação. Já existem manifestações no sentido de que o CPP foi excessivamente minucioso e que é inviável efetivar a garantia com a precariedade dos órgãos encarregados da realização das perícias. Com isso, uma vez mais vamos transformar em normal o anormal funcionamento das agências estatais, em franco detrimento dos indivíduos, neste caso, dos acusados, desconsiderando que o caminho civilizatório é outro: incumbe

---

19. Em capítulo próprio de nossa obra *Direito Processual Penal*, publicado pela Editora Saraiva, para onde remetemos o leitor para evitar longa repetição.

aos Estados se aparelharem para dar conta da qualidade dos serviços necessários para a correta prestação jurisdicional e redução do erro judiciário, e não aos réus serem novamente sacrificados pelas falhas, faltas e precariedades dos agentes públicos.

No fundo de todas as questões trazidas está, uma vez mais, a imensa dificuldade em romper com a cultura inquisitória, para a efetivação do projeto democrático da Constituição, de fortalecimento do sistema de garantias individuais, com a implantação de um processo penal acusatório, que assegure a imparcialidade do juiz e o real e efetivo contraditório (inclusive na perspectiva da igualdade cognitiva).

Ainda teremos um longo caminho pela frente, sempre temendo que os tribunais “relativizem” a gravidade da violação da forma-garantia, fazendo com que mudanças importantes virem letra morta, com que dispositivos legais cogentes “não peguem”, enfim, sepultando a reforma e fazendo com que tudo continue como sempre foi, mantendo o processo penal brasileiro como o mais atrasado, inquisitório e autoritário da América Latina. Esperamos que não.

## 5

# 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 consequente 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 1980, 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

---

2. LILLEY, Peter. *Lavagem de Dinheiro*. Trad.: Eduardo Lasserre. Editora Futura, São Paulo, 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.

sua devida compreensão sem que, primeiro, se estude um pouco de sua 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. São Paulo: Malheiros, 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. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 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 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>

Assim, apesar de já ser um problema antigo, como pudemos observar, a questão da lavagem de dinheiro surge ao final dos anos oitenta como um

---

9. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 2.

10. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis 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.

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 oitenta, 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 iniciam 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 criminal no circuito econômico, foi a primeira reação formal conhecida no âmbito da Comunidade Europeia.<sup>14</sup>

---

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.

14. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. “Lei de Lavagem de Capitais”. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 110-111.

## 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>

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

---

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.

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 da Basiléia”, em 20 de dezembro de 1988, 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 da “Convenção de Viena”, mas este diploma legal foi instituído também por conta do problema urgente da lavagem de dinheiro 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

---

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.

20. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 5.

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 mencionar, neste capítulo, 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, criou 40 Recomendações que regulam 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

---

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.

24. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19.

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, é 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 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,

---

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: Aranzadi, 1998, p. 68-69.

27. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 5-6.

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, 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

---

28. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 7.

29. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 21.

30. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*. cit., p. 7-8.

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 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

---

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.

34. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. cit., p. 118.

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 Basiléia” e das “Recomendações do GAFI”, a Diretiva 91/308/CE é de cumprimento obrigatório para todos os Estados membros<sup>36</sup> e seu objetivo foi harmonizar as legislações europeias em relação a medidas mínimas de prevenção da lavagem de dinheiro<sup>37</sup>, ou seja, se buscava 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”, se propõe a um objetivo mais amplo, que é estabelecer uma efetiva e adequada disciplina parcial do exercício da atividade econômica e financeira, para evitar sua utilização com fins ilícitos.<sup>38</sup>

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>

---

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.

39. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática*. cit., p. 8.

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>

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”,

---

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.

42. MOUGENOT BONFIM, Marcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 24.

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 oitenta 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. Neste sentido, as legislações nacionais dos países representam, cada vez mais, um reflexo das regras das normas internacionais, como ocorre no Brasil.

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 nº

---

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.

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 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

---

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.

47. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. cit., p. 316.

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 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

---

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.

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.

---

49. CONSERINO, Cassio Roberto. *Lavagem de dinheiro*. cit., p. 2.

# 6

## Justiça e os seus limites constitucionais (iconografia e realidade)

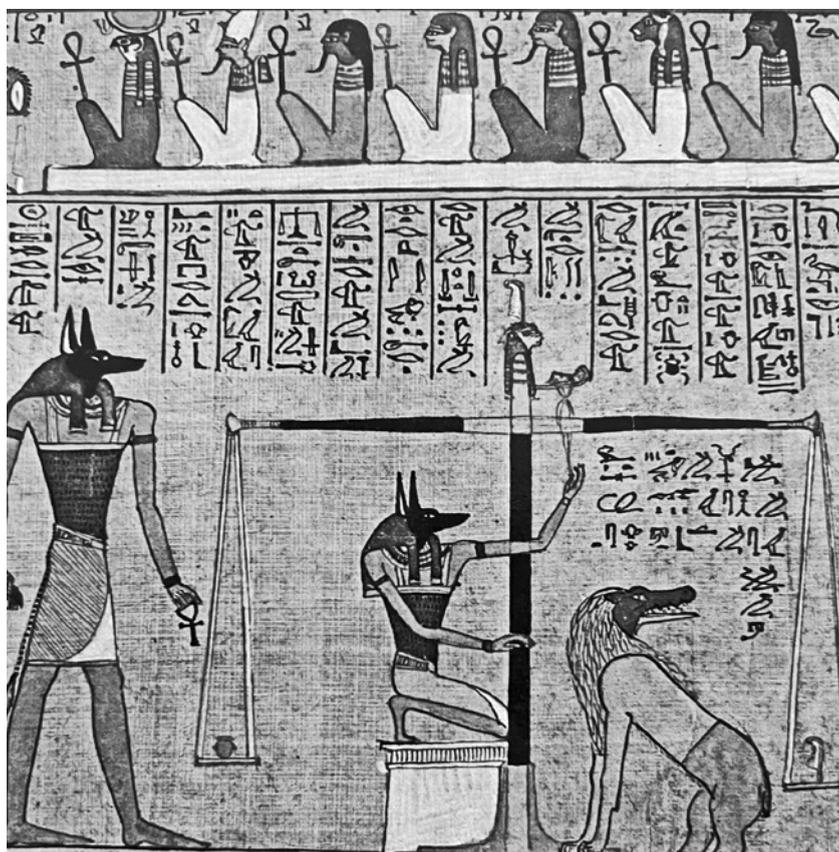
Roberto Delmanto Jr.<sup>1</sup>

---

1. Advogado Criminalista, Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), foi Conselheiro Seccional da OAB/SP, coautor do *Código Penal Comentado*, 10. ed. Editora Saraiva, e de outras obras.

Comprei por US\$ 1,00 (um dólar) na livraria da Universidade da Califórnia de Los Angeles (UCLA) – pelo visto poucos se interessam pelo tema – um belíssimo livro de 667 páginas, publicado pela Yale University Press, de autoria de Judith Resnik e Dennis Curtis, intitulado *Representing justice*. Os autores trazem um alentado estudo sobre a iconografia da justiça, em diversos locais e épocas.

Desde o Egito, no famoso “Julgamento dos mortos” da V Dinastia (2.510 a 2.370 a.C.), a deusa Ma”at decidia se a alma do falecido, cujo coração deveria estar leve como uma pluma, iria para o paraíso ou seria devorada pela demônia, Ammit (apud DELMANTO, 1. ed. do *Código Penal comentado*, Renovar, 1980, foto da capa do livro):



Passados milênios, e por influência da mitologia grega com a deusa Têmis, já se teve a clássica venda nos olhos (símbolo de que os juízes devem ouvir a todos, independentemente da posição social), como na obra de Cornelis Maysys (aproximadamente 1538, apud RESNIK; CURTIS, obra citada, p. 9):



Curiosamente, a justiça já foi associada à figura de um avestruz (que tudo digere) na pintura *Justice*, de Giulio Romano, da escola de Raphael, de 1520, que se encontra no teto da Sala de Constantino, no Palácio do Vaticano (apud RESNIK; CURTIS, obra citada, p. 77):



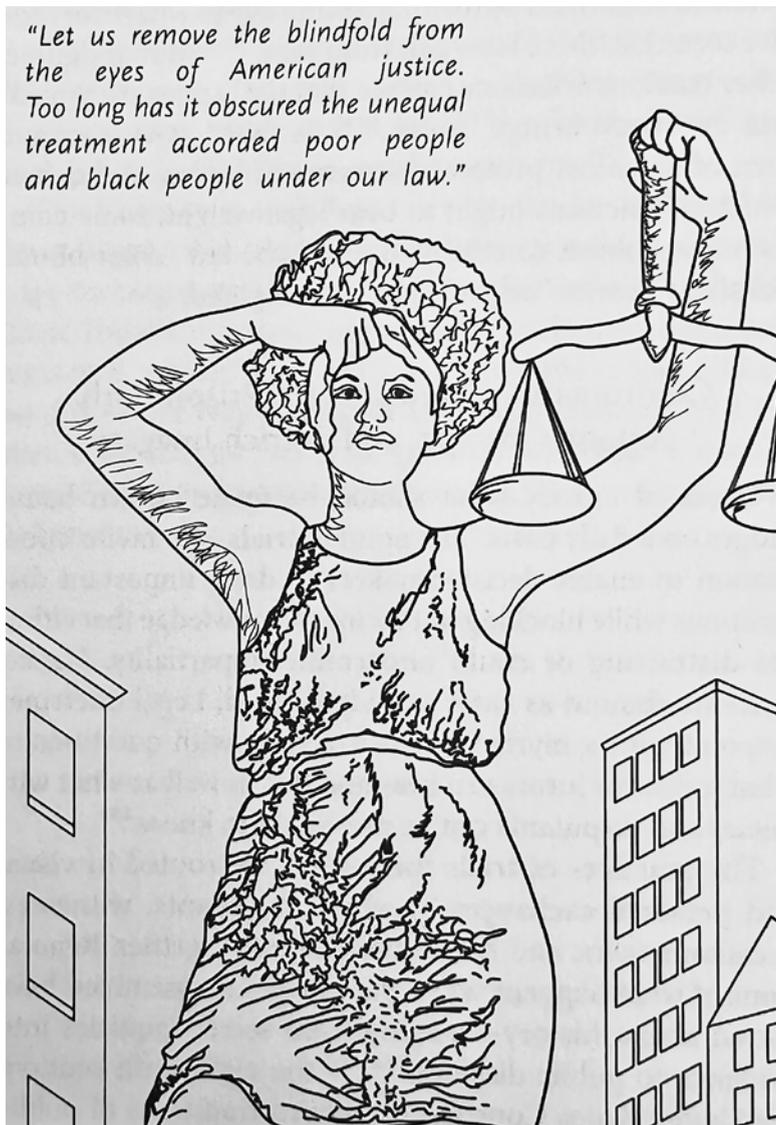
Da mitologia à realidade, é fato que o poder de julgar, em regra atrelado à função de uma deusa, e em grande parte sensual, com roupas transparentes e provocantes, além de poderosa, está sempre presente, como também consta da escultura *Justice*, de Artus Quellinus, de 1665, do Tribunal de Amsterdã (apud RESNIK; CURTIS, obra citada, p. 73):



A imagem de uma justiça cega foi criticada por muitos. Primeiro pelo fato de não ter a coragem de ver a crueldade das punições infligidas aos condenados, como na escultura do Tribunal de Amsterdã, do ano de 1652, *Zaleucus, Artus Quellinus* (apud RESNIK; CURTIS, obra citada, p. 59):



Em 1971, nos EUA, o protesto diante do fato do judiciário não enxergar as injustiças sociais é exuberante no logo do *Judicial Council of the National Bar Association*, com a justiça como uma mulher negra e sem vendas, e o texto: “Vamos tirar a venda dos olhos da justiça americana. Por muito tempo obscureceu o tratamento injusto dado aos pobres e aos negros por nossa lei” (apud RESNIK; CURTIS, obra citada, p. 103):



Mais recentemente, desmistificando a figura endeusada da justiça, a escultura *Lady of justice*, de Jan R. Mitchell, de 1993, que se encontra no *Federal Building* de St. Croix, nas Ilhas Virgens dos EUA, no Caribe, com figura de uma mulher trabalhadora e sem vendas (apud RESNIK; CURTIS, obra citada, p. 121):



Com vendas ou sem, o poder de julgar e infligir punições, se de um lado é penoso, demandando prudência e enorme responsabilidade e, por outro, como a maioria das representações artísticas demonstra, é sedutor. Salvo exceções, foi e continua sendo comum o emprego de vestes transparentes e sexualizadas, ou a exposição de um dos seios e do ventre desnudos. Seria a exibição dos seios uma referência ao fato da justiça trazer à sociedade o alimento da paz nas relações humanas, como quem amamenta e acalenta um filho? Como explicar os ventres desnudos? A interpretação é subjetiva.

Mas quanta contradição e hipocrisia!

O feminino é símbolo ideal da justiça na cultura ocidental, ao passo que na realidade as mulheres sofrem há milênios todo tipo de injustiças e violências, sendo terrivelmente subjugadas diante do machismo e do sexismo da sociedade patriarcal que ainda prevalece. E só recentemente as mulheres passaram a assumir a função de magistradas, alterando-se essa situação nos países civilizados.

Basta lembrar que foi há pouco tempo que no mundo ocidental as mulheres conquistaram o elementar direito de votar, como na Inglaterra (1918), EUA (1919/1920), Brasil (1932) e França (1944). No Judiciário, a primeira mulher, verdadeira heroína, a assumir a judicatura no Brasil foi Auri Moura Costa, em 1939, no Ceará, galgando o cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça daquele Estado. Já a primeira mulher negra a ser empossada como juíza, outra grande heroína que venceu um duplo preconceito, foi Mary de Aguiar Silva, em 1962, no Estado da Bahia.

Feitas estas reflexões da iconografia da justiça como uma deusa, fato é que, na realidade atual, há alguns homens e mulheres que assumem a função da magistratura, com o poder de julgar e fazer valer à força as suas decisões, que dificilmente admitem rever as limitações desse seu poder idealizado em Têmis, impostas pela Constituição de 1988.

Isso porque, no Brasil de hoje, ainda que a Carta Magna tenha assegurado a *colegialidade dos tribunais, a garantia do juiz natural e imparcial, o sistema acusatório*, a realidade se mostra desafiadora.

São várias as situações na vida forense que geram grande inconformismo, e que denotam que *algo está profundamente errado*.

A primeira delas são as *liminares monocráticas* das cortes superiores, que tornam um único juiz maior do que o colegiado do tribunal. Em uma *decisão monocrática* suspende-se a eficácia de artigos de uma lei aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República. Os exemplos são vários, como a decisão *monocrática* do Ministro Fux, atual Presidente do STF que, em Medida Cautelar proferida na ADI 6299/DF, liminarmente suspendeu a implantação do Juiz das Garantias, que é mecanismo fundamental

para a defesa de um processo penal democrático. Decisão monocrática essa, que não é levada para o colegiado *por anos*, perpetuando-se a decisão individual em prejuízo da colegialidade do próprio tribunal.

Outra situação perturbadora é a figura das(os) *juízas(zes) inquisidores*, sem vocação para julgar imparcialmente. Atuação dois em um: acusam e julgam.

Ouso afirmar que não há um único advogado criminalista neste país que não tenha se deparado com julgadores que extrapolam o seu dever de imparcialidade, que é a essência da Justiça democrática. São situações que fazem a gente pensar: com um juiz desse não precisa de Promotor de Justiça ou de Procurador da República.

À revelia da *garantia constitucional do juiz natural e imparcial*, e em nome “da busca da verdade real”, há juízas(zes) que se portam como verdadeira parte acusadora. Raras são as situações em que assim atuam para buscar a inocência do réu diante da ineficácia da defesa. Em um caso, foram nada mais nada menos do que 800 (!) perguntas feitas pela autoridade judiciária aos acusados e testemunhas, com o Ministério Público silente na audiência (não precisou perguntar nada); noutro, as perguntas, sempre com tom acusatório foram mais de 300. Fato é que, com juízes que protagonizam a função acusatória, há grave comprometimento da justiça.

Presenciamos, também, um caso em que o juiz decidiu ouvir uma testemunha *de ofício* simplesmente porque a defesa que a havia arrolado dela desistiu, sendo que essa desistência já havia sido homologada. Mesmo sem saber *sequer quem era essa pessoa*, pois não havia uma referência a ela nos autos, determinou-se a sua oitiva. Afinal, deve ter pensado: se o advogado pediu para ouvir essa pessoa, e dela desistiu, algo existe aí...

Arguida a exceção de suspeição, na maioria esmagadora dos casos os tribunais referendam essas condutas. Graças a grandes juízes, como o Desembargador Paulo Fontes, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, posturas como essas, de protagonismo acusatório do Juiz, têm levado ao reconhecimento da suspeição do magistrado (exceção 5006087-69.2021.4.03.6000, julgada em 14/12/2021). No Superior Tribunal de

Justiça, o Ministro Sebastião Reis Júnior, também assim decidiu em acórdão que relatou (HC nº 212.618, julgado em 17/09/2012). No Tribunal de Justiça de São Paulo, o Desembargador Marcelo Semer relatou decisão em que se extirpou dos autos prova decorrente de quebra de sigilo telefônico feita pelo juiz *de ofício*, ou seja, não foi o Ministério Público quem pediu (HC nº 2200070-67.2021.8.26.0000, julgado em 7 de fevereiro de 2022).

Há outra situação que traz perplexidade, tratada como se fosse algo normal. São comuns até hoje condenações mesmo havendo pedido de absolvição do Ministério Público. Isso porque existe um velho, antidemocrático e vergonhoso art. 385 do Código de Processo Penal, da década de 1940, que *absurdamente* prevê que o juiz pode fazê-lo com base em seu livre convencimento. É isso mesmo leitor: o Promotor de Justiça ou o Procurador da República diz que o acusado é inocente, e o Juiz condena.

Ora, mas a Constituição não diz que é o Ministério Público o titular da ação penal? Ao pedir a absolvição, não se está literalmente retirando a acusação? Não existe a preclusão lógica ao ter acusado na denúncia e depois da instrução ter pedido a absolvição? Pelo jeito não; é o juiz o verdadeiro acusador já que condena com pedido de absolvição.

Apesar do absurdo, os Tribunais têm entendido, com *esprit de corps*, que está tudo bem, de forma praticamente pacífica: pode-se condenar mesmo que o Promotor diga que o acusado é inocente... afinal o juiz é dotado de “livre convencimento”, pouco importando a Constituição quando diz no art. 129, I, que a titularidade da ação penal é do Ministério Público, nada significando o seu pedido de absolvição.

Mas não é tudo tristeza; felizmente, como demonstramos, existem valorosos juízes que não se deixam inebriar pelo poder, trazendo racionalidade na defesa do processo democrático, com a sabedoria, independência e coragem. De qualquer forma, uma coisa é certa: o arquétipo da deusa Têmis continua presente, bastando ir aos tribunais de todo o Brasil.

# 7

## Violência, segurança pública e sistema prisional: uma visão desde a perspectiva dos direitos humanos

César Barros Leal<sup>1</sup>

- 
1. Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México; Pós-doutor em Estudos Latino-americanos (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da UNAM). Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Estado do Ceará. Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) e Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

## Introdução

O crime consabidamente não pode ser explicado senão pela conjugação de diferentes fatores, descabendo cogitar-se de teses que apontem para uma predisposição absoluta ou um fator exclusivo apto a gerar a criminalidade (o que não invalida o estudo, sempre atual, das teorias psicológicas, tanto da psicanálise de Sigmund Freud quanto da psicologia individual de Adler, da teoria biotipológica, da lombrosiana, da endocrinológica, assim como das anomalias cromossômicas, dos gêmeos e das famílias criminosas). Tal como costumava afiançar Freda Adler, criminóloga e educadora estadunidense, referindo-se aos EUA, onde a explicação do comportamento criminoso tem sido dominada por teorias sociológicas, como a da anomia de Émile Durkheim, da subcultura de Albert Cohen, da associação diferencial de Sutherland, da oportunidade diferencial de Richard A. Cloward e Lloyd E. Ohlin, da sociedade criminógena de Pinatel ou da conduta desviada de Merton (e muitas outras que busquei entender e ensinar enquanto professor de Criminologia<sup>2</sup>), nenhuma teoria sociológica esclarece, já foi dito, por que uma pessoa, nascida numa favela, pertencente a uma família destruturada, vítima de abusos sexuais e tendo delinquentes como companhia regular, resiste à sedução do crime, enquanto outra, de classe média, moradora de um condomínio de luxo, dispara contra o presidente de seu país.

É incontroversa a necessidade de um vasto estudo sobre os fatores exógenos, uma temática que interessa a todos nós, submetidos a uma violência inominada, que nos força a viver em permanente tensão (reféns do medo – desse medo do qual precisamente devemos ter medo, na lição de Franklin Delano Roosevelt, em sua posse como 32º Presidente dos Estados Unidos, em 1933 – ante um perigo cada vez mais próximo e assustador),

---

2. Ensina Antonio Sánchez Galindo, um dos mais respeitados penitenciaristas latino-americanos: “A maneira de síntese podemos dizer que a criminologia é a ciência sintética, causal, explicativa, natural e cultural, das condutas antissociais. Ou, inspirando-se nas ideias de Casanova em sua Antropología Jurídica, diremos que a criminologia é a ciência que tem por objeto o estudo da criminalidade e do homem antissocial, em todos seus aspectos, através do tempo e do espaço, de forma comparativa, com o fim de evitar ou intentar diminuir, atenuar ou prevenir o número e a importância das condutas socialmente nocivas” (*Luces y sombras de la prisión*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017, p. 233).

instalando em nossos lares, quando a condição econômica nos autoriza, apetrechos os mais diversos de segurança. Com isso se nutre um negócio milionário, em permanente ascensão, que emprega hoje um contingente superior ao das forças policiais.

Houve um tempo em que podíamos caminhar despreocupados, pelos espaços públicos, no avançado da noite, sem receio de sermos vítimas de um agressor/ladrão. E quando isso se dava, raras vezes resultava em morte, o que se tornou corriqueiro e banal nos tempos atuais, tiranizados pela violência, pela insegurança.

Em Porto, onde ministrei aulas em janeiro deste ano de 2019, na Universidade Portucalense, no Pós-doutorado em Segurança, Políticas Públicas e Sistema Carcerário, fiz uma homenagem à segurança perdida, neste século que pode ser qualificado como século do terror, potencializado pelo atentado de 11 de setembro de 2011. Em minhas aulas, assinei também que a criminalidade, serpente de muitas cabeças, como a Hidra de Lerna, da mitologia grega (cujas cabeças se regeneravam sempre quando eram cortadas), é particularmente agravada pelo domínio das drogas, o mais letal dos males (posto que “os elevados lucros e o poder derivado de sua obtenção lhe proporcionam a mais firme plataforma de apoio ao crime organizado”<sup>3</sup>). Da maconha ao crack e às anfetaminas, para citar algumas de um leque que se renova com incrível rapidez, as drogas se disseminam por todos os segmentos da sociedade, enquanto os assaltos, os estupros e os assassinatos se multiplicam. E as balas perdidas ceifam inocentes, numa espiral que parece não ter limites.

## Os múltiplos rostos da violência

A violência, que na América Latina está entre as mais altas do mundo, com índices inferiores somente aos da África subsaariana, e que se banaliza com a coisificação do homem, é multifacetada e se traduz, verbigrácia, na

---

3. SANTELICES, Armando Campos. *Violencia Social*. San José, Costa Rica: EUNED – Universidade Estatal à Distância e ILANUD, p. 78.

agressão da mulher por seu esposo ou companheiro; no padrasto que estupra a enteada de tenra idade; no latrocida que destrói uma vida em troca de um celular; no jovem que sofre *bullying* na escola; no assédio do atleta pelo médico da equipe de ginástica; nos filhos que permanecem anos em cárcere privado; no policial que espanca, tortura, simula autodefesa e integra grupos de extermínio. Infundáveis, com certeza, são as formas de violência física, moral, psicológica, sexual, racial, econômica e religiosa; é como se o mal se despisse por inteiro, sem qualquer pudor, revelando-se em sua obscenidade e crueza infinitas.

Ubíqua, a violência se manifesta às escâncaras, a céu aberto, livre, ou entre paredes (do recesso familiar às fábricas e universidades), nas avenidas, nas praças, nas estradas (onde o trânsito aniquila milhares de vidas), nos estádios de futebol, nos presídios (operando acima de sua capacidade), nas instituições que acolhem adolescentes infratores, nas creches e nos abrigos de idosos, em todas as partes enfim, máxime nas grandes metrópoles, à cuja concentração populacional se unem as agruras do contato entre setores profundamente desiguais.

Os índices de violência atualizados, em nosso país, podem ser vistos no “Atlas da Violência”, lançado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), uma fundação pública federal vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. O assassinato brutal da vereadora Marielle Franco, de 38 anos, em março de 2018, expõe essa barbárie que nos deixa atônitos e revoltados. Fazendo uso de suas próprias palavras, a propósito da morte de um jovem, de nome Matheus Melo, trucidado quando saía de uma igreja: “Quantos mais vão precisar morrer para que essa guerra acabe?”

Outra forma de violência/criminalidade, aquela praticada por criminosos de terno e gravata, empresários, governantes e políticos corruptos, agindo de modo isolado em grupo, tomou vulto (ou se fez mais evidente) nas últimas décadas, surpreendendo pelo grau de organização e desfaçatez e pelas pessoas envolvidas.

Ao discorrer sobre “Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça”, no livro sob o mesmo nome, do qual fui coautor e organizador, afirmei:

Na outra ponta, no contexto de uma violência menos visível, silenciosa, responsável por prejuízos incalculáveis ao erário e à sociedade, muito superiores à soma de milhares de pequenos ilícitos, os criminosos de colarinho branco dão desfalques milionários, sonegam impostos, efetuam falências e concordatas arditosas, pactuam licitações fraudulentas, burlam a Previdência Social, branqueiam dinheiro do tráfico de drogas, praticam a grilagem, malversam o dinheiro público com obras inacabadas, superfaturam compras milionárias, enriquecem ilicitamente no exercício de mandatos eletivos e/ou remetem os lucros de sua atividade corrupta para paraísos fiscais.<sup>4</sup>

O que dizer por igual da violência manifestada no aviltamento da vida nas cidades, na concentração fundiária, na marginalização social, na miséria (que não causa, mas potencializa o crime) em que vivem milhões de pessoas (iludidas com programas assistencialistas de cunho político e eleitoral), no desemprego, no subemprego, na ineptidão dos cuidados com a saúde e na falta de educação básica, entre outros tantos males que as afligem?

## A segurança pública e os direitos humanos

Os dramas nascidos da criminalidade e da insegurança são utilizados político-ideologicamente pelos arautos da criação de novas figuras delitivas e da severização das sanções penais, críticos acerbos dos direitos humanos que personalizam de maneira grotesca. Quem não escutou frases, pronunciadas por pessoas de diferentes extratos sociais, como: O que têm a dizer sobre isso os direitos humanos? Onde estão/estavam os direitos humanos? Só existem para bandidos, para marginais? Por que não defendem a pena de morte? Disparates como esses, cometidos em rodas de conversação, com foros de verdade, fomentam a desinformação, o preconceito e o estigma.

Leio mensagens que chegam com regularidade ao site do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), do qual sou presidente. Algumas são

---

4. Em LEAL, César Oliveira de Barros. *Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça: uma visão do presente e do futuro*. Fortaleza: Banco do Nordeste e IBDH, 2006, p. 22.

encaminhadas por quem encara a violência e a segurança pública como temas eminentemente penais e embutem/transbordam intolerância, rancor e revolta contra os direitos humanos e seus defensores (cresce o contingente dos que, nesta condição, são vítimas de crimes de ódio), responsáveis, na visão zarolha e estereotipada de seus remetentes, pela resistência às ondas de mão dura, à detenção massiva (inflação carcerária), à criação de novos tipos penais, à implantação da pena capital e a outras propostas de natureza similar que julgam indispensáveis frente ao delito. Triste engano que se reinventa toda vez que um crime grave, de grande repercussão midiática, desperta a primitiva sede de vingança por parte de uma sociedade descrente em suas instituições e na aplicação da justiça.

Entre meus leitores, acaso algum supõe que a política correta seja a tolerância zero (segundo a qual se deve castigar severamente, sem flexibilidade. qualquer infração legal, grave ou não), assentada na teoria das janelas quebradas?

No ano de 1969, Phillip Zimbardo, um psicólogo da Universidade de Stanford, deixou abandonado um carro sem placas no conflitivo Bronx de Nova Iorque e outro, da mesma cor e modelo, no pacífico bairro de Palo Alto, na Califórnia. Em apenas algumas horas o carro estacionado no Bronx havia perdido pneus, motor, rádio e espelhos. Um dia depois os assentos haviam sido destroçados a navalhadas. O automóvel de Palo Alto, ao contrário, permaneceu intacto uma semana e sua destruição não começou senão quando o próprio Zimbardo lhe quebrou uma janela a marteladas. A partir daí já não era de ninguém e num par de dias teve a mesma sorte que o do Bronx.

James Q. Wilson e George L. Kelling destacaram a moral treze anos depois, em um artigo hoje famoso sobre a importância das janelas quebradas (*Broken Windows*, Atlantic Monthly, março, 1982). Se o vidro da janela de um edifício estiver quebrado e ninguém o reparar, logo estarão quebrados os vidros das demais. A razão, explicam, é que o descuido indica que ninguém se importa. A criminalidade tem em certo sentido uma origem semelhante, já que floresce nos bairros nos quais imperam o desinteresse, a desordem, o lixo, o descuido. Começa por uma janela quebrada e termina em crimes muito sérios.<sup>5</sup>

---

5. HARRELL, Rafael Ruiz. *La Ciudad y el crimen: lo mejor de Rafael Ruiz Harrell*. Seleção de Alejandro Porte Petit. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, p. 231-232.

Ou uma das respostas seria algo semelhante à Lei dos Três Golpes, *Three strike law* (no caso de que o réu tenha duas condenações anteriores, deve, pelo próximo delito, ser condenado a 25 anos de reclusão ou pena perpétua), vigente em grande parte dos Estados Unidos, com suas falsas percepções de segurança e altíssimas cifras de envolvidos com a justiça penal, indicativos de uma política que tem exibido, mais recentemente, sinais de enfraquecimento?

Bastante se escreveu sobre esta questão, sempre atual. Alguns pontos (*doses*) devem ser levados em conta na América Latina não só para os programas de política penitenciária, senão também para os de política criminal, com ênfase na prevenção do delito:

a) doses prudentes de justiça penal de excelência, realmente justa, severa nos casos em que corresponda, transparente e distribuída sem impunidade. Isto inclui um uso prudente da prisão, e uma prisão adequada ao modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas; b) doses prudentes de prevenção situacional do delito (controles dos aeroportos, adequada iluminação em determinados lugares, mapeamento do delito, adequada distribuição de efetivos policiais, etc.); c) doses prudentes de prevenção municipal do delito, com participação das comunidades. Sobre isto há valiosas experiências na América Latina e nos países do Fórum Europeu para a Segurança Urbana; d) controle de variáveis específicas: armas de fogo, drogas; e) doses inesgotáveis de justiça social, até lograr uma equitativa distribuição das rendas e o bem-estar em sociedades sem exclusão social.<sup>6</sup>

Em muitos congressos internacionais, tenho observado uma mudança de atitudes e a procura de consolidar uma atuação proativa (especialmente em relação a grupos vulneráveis e áreas de risco, através do enfrentamento das desigualdades sociais e econômicas) e uma cultura de valorização da prevenção social, além do respeito incondicionado à lei e aos direitos humanos, algo basilar em políticas públicas coerentes com as garantias constitucionais.

---

6. CARRANZA, Elías. *Cárcel y Justicia Penal: el modelo de derechos y deberes de las Naciones Unidas*. Em Seminario: Sistemas Penitenciarios y Derechos Humanos – Memorias del Seminario celebrado en la Ciudad de México en Abril de 2007. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal e Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 2007, p. 34-35.

Na Declaração de Doha (13º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção Criminal e Justiça Penal), assim como na reunião preparatória (Santiago de Chile, 5-7 de fevereiro, onde estive presente, como membro da delegação do ILANUD), do 14º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal (Tóquio, 20-27 de abril de 2020), deu-se destaque ao enfrentamento das desigualdades sociais ante a percepção de sua estreita relação com a violência e de sua influência negativa na eficácia e na acessibilidade das instituições de justiça penal.<sup>7</sup>

Tenha-se em conta que direitos humanos e segurança pública não são palavras discrepantes nem antinômicas, visto que ambas olham o indivíduo, sem importar suas características/circunstâncias particulares. Terêncio, dramaturgo e poeta romano, que viveu antes de Cristo, já alertava: “Sou homem, nada do que é humano me é indiferente.”

Conquanto, nos termos da Carta Magna, a dignidade humana seja um dos fundamentos da República federativa e a segurança pública (art. 14) consista num dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, a ser exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, persistem contrastes sociais que não ensejam a uma imensa parcela da população viver de forma digna e fruir os benefícios do progresso econômico-tecnológico, o que se alia à insegurança urbana, alimentada pelos altos índices de crimes violentos, a par de

---

7. Estive em diversos Congressos das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal (Viena, Bangkok, Doha), uma experiência exuberante para os estudiosos das ciências criminais. Sobre eles: “Os Congressos que têm celebrado as Nações Unidas são fóruns abertos de discussão onde confluem participantes dos Estados Membros, expertos de todo o mundo vinculados a estes temas, assim como organizações civis e instituições educativas. Neles se fazem reflexões, se ministram cursos, se organizam oficinas e se detectam prioridades. Derivados desses congressos, os esforços das Nações Unidas para estabelecer regras e normas têm dado frutos sem precedentes, elaborando ideias e diretrizes e criando padrões.”

Estes Congressos se realizam a cada cinco anos e indubitavelmente têm impactado as políticas públicas de justiça penal, assim como os procedimentos e as práticas profissionais em todo o mundo, incluindo as relativas às vítimas do delito e do abuso do poder. Os congressos se têm realizado sem interrupções faz 55 anos. As Declarações adotadas nos congressos são transmitidas através do EDOSOC à Assembleia Geral para sua aprovação (MALVIDO, María de la Luz Lima. *Buenas Prácticas en prevención del delito y justicia penal de México*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2015, pp. XI y XII).

uma impunidade<sup>8</sup> generalizada que dilata, em todas as camadas sociais, a descrença na lei, na polícia e na justiça<sup>9</sup>, as duas últimas em constante tensão.

Para o constitucionalista José Afonso da Silva, não basta a liberdade formalmente reconhecida, porquanto a dignidade da pessoa humana, “como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, *existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica*. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas e indecentes desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, crianças vivem na inanição, a ponto de milhares morrerem em tenra idade. Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura, pois a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade, pois a igualdade e a dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa.”<sup>10</sup>

- 
8. A demanda social por maior castigo “se baseia na percepção de que os delitos estão aumentando e que a impunidade cresce, somada à sensação de que a ordem social está sendo ameaçada e que não há castigo frente a estas ações. Reaparecem então a penalidade e o controle como instrumentos propícios para manter a responsabilidade nas instituições da justiça criminal, assumindo que é um problema que pertence principalmente a essa órbita de ação” (BASOMBRI, Carlos; DAMMERT, Lucia. *Seguridad y populismo punitivo en América Latina: lecciones corroboradas, constataciones novedosas y temas emergentes*. Wilson Center, Latin American Program, disponível na internet).
  9. A indignação ante os níveis de impunidade, somada a outros fatores como densidade populacional, pobreza, carência de serviços básicos e exacerbação dos conflitos sociais, tem feito crescer, em diferentes países da América Latina, os índices de violência coletiva, de linchamento. No México, onde estive em outubro de 2018, houve uma elevação dos linchamentos na ordem de 512 por cento nos últimos cinco anos, segundo dados do jornal *Excelsior*, de 16.10.2018. Um fato que agudiza o fenômeno: os linchadores dificilmente são punidos.
  10. SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*, nº 222. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, citado no verbete *Dignidade da pessoa humana*, de GOLDSCHMIDT, Rodrigo. In: SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica. *Enciclopédia latino-americana dos Direitos Humanos*. Blumenau/Nova Petrópolis: Edifurb e Nova Harmonia. 2016, p. 178.

É inadmissível pensar num projeto de sociedade que contemple o binômio segurança-direitos humanos sem fazer frente aos desafios impostos pelos fatores que geram desigualdade (os miseráveis são credores de uma enorme dívida social), bem como pela infância abandonada, pelo consumo e tráfico de drogas (sintéticas ou não) e pela lentidão na administração da justiça. Isso nos faz inferir que a violência não se confronta meramente através de medidas de vigilância e repressivas (com o emprego ou não das forças armadas, uma discussão que emerge de vez em quando), de antagonismo à micro e à macro delinquência, mas, por igual, num sistema integrado, com pautas sociais de inclusão, sendo impossível uma comunidade segura, estável, sem que se ofereçam *erga omnes* as condições elementares de vida, bem-estar e paz pública. De outro modo inexistiria sentido para o próprio Estado.

## O papel da polícia e da sociedade

Quando de segurança pública se cuida, há que perquirir também sobre a polícia que temos e queremos nos dias atuais: qual a porcentagem necessária de policiais estaduais (civis e militares) e federais? Qual modelo é o mais conveniente? Quais os limites da atividade policial? Qual a relevância da integração das polícias, de uma legislação adequada e de uma otimização material e humana? Deve a polícia ter, além de uma função repressiva e investigativa (a inteligência haveria de ser aperfeiçoada, à luz da opinião uníssona dos especialistas em segurança pública) ou lhe caberia um papel relevante na prevenção e mediação dos conflitos, como sucede em outras latitudes?

Recordo, por sua pertinência, trecho de uma publicação do Partido Ação Nacional (PAN), um dos três principais partidos mexicanos, do qual provieram os presidentes Vicente Fox (2000-2006) e Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012): Mais do que um policial reativo e repressivo, precisamos de um policial capaz de atuar proativamente no seio da comunidade a que serve: que esteja capacitado não apenas para detectar os problemas senão também para agir como árbitro ou mediador quando assim se requeira.<sup>11</sup>

---

11. *El partido Acción Nacional: frente a la seguridad ciudadana, la justicia y los Derechos Humanos*. México: Assembleia Legislativa do Distrito Federal, 2002, p. 57.

Afinal, tal como afirmei no painel Prevenção e Repressão à Criminalidade, que integrou a agenda do Simpósio Internacional de Combate à Corrupção – Investigação Criminal: eficiência e garantia dos Direitos Fundamentais, realizado em Fortaleza, Ceará, nos dias 5 e 6 de setembro de 2018, organizado pela Polícia Federal, prevenção e repressão são peças essenciais no tabuleiro de xadrez de uma política criminal que, insuficiente ou não, se reclama num território onde predominam a violência e a insegurança.

Lembro-me de um livro imperdível, *El sentimiento de inseguridad: sociología del temor al delito*, de Gabriel Kessler, onde o autor afirma que,

[...] a insegurança é uma seção cotidiana nos noticiários; a profusão de imagens, a câmara no lugar do fato, a atualização constante do delito nos diários *on-line* vão enfiando uma trama sem fim de situações, dados e notícias. A preocupação já não parece ser apenas das grandes urbes; pequenas e médias cidades já não estariam à margem do que é qualificado como um flagelo. A insegurança passou a ser um problema público nacional: cada lugar pode assinalar seus “focos perigosos”, amalgamando, de forma escandalosamente estigmatizante em certos meios de comunicação, determinados assentamentos precários com delinquência.<sup>12</sup>

Neste contexto, a inquietude ante a insegurança sói cobrar a ação da polícia e um rigor maior em sua seleção e treinamento, assim como a oferta de melhores salários; por outro lado, busca-se conter os abusos por ela cometidos em nome de uma política de (super) mão dura.

Já se disse que não queremos policiais a estimularem o conflito ou a prisão, a comemorarem os números de detenção; queremos os que combatam o crime com competência e seriedade, mas que se antecipem igualmente aos criminosos e saibam orientar as comunidades a impedir sua atuação; queremos policiais que sejam receptivos e façam um trabalho eficaz e de proximidade; não queremos os que sintam saudade dos períodos de arbítrio e sejam adeptos da prisão sem ordem judicial ou da conivência com a tortura, física e psicológica; o que almejamos é formar policiais que valorizem a justiça e a democracia (na opinião de Lord Brice, a fórmula que

---

12. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009, p. 13.

compreenda todos os tipos de democracia ainda está por ser encontrada, conforme nos lembrou A. Almeida Júnior em “Os três pilares da Democracia”, discurso pronunciado para advogados em São Paulo, em 1945). Falo da democracia que, embora não alcance os padrões que queiramos, demanda ingredientes essenciais como liberdades fundamentais, inserção, bem-viver, participação e autoridade. Seria muito? Claro que não! A receita é mais extensa, até porque insere um modelo novo de gestão de segurança pública, que atente para a comunidade (com a qual deve manter e avigorar laços), a ordem pública e a paz social.

O envolvimento da sociedade, de diferentes formas (organizações não-governamentais, comitês de vizinhança, cidades mais seguras), se cobra no moderno conceito de segurança pública e cidadania, com responsabilidade social. Não se pode prescindir da presença firme e solidária dos que aspiram a participar da definição e no monitoramento das políticas públicas, na implementação de programas, práticas e estratégias, conscientes de que a omissão tem, a um longo prazo, um custo exorbitante.

Com a palavra os tenentes coronéis Claudete Lehmkuhl e Luis Roberto de Carlos, autores do artigo “Polícia contemporânea: nova forma de se pensar e fazer segurança pública”:

Entendemos que a prevenção da criminalidade e o controle da violência dependem de um conjunto de esforços e de integração de diversos órgãos, devendo estes passar a atuar de forma preventiva. A participação da sociedade é indispensável. Cada cidadão tem papel importante nessa prevenção, devendo, de forma organizada, lutar por políticas públicas que elevem a qualidade de vida, por leis mais consentâneas com a realidade atual e pela recuperação de valores fundamentais, hoje tão esquecidos, devido ao individualismo exacerbado, à banalização da violência, à desagregação familiar e ao consumismo desenfreado.

Algumas linhas depois:

Ter o cidadão como referência para a definição das ações de segurança pública torna as coisas menos simplistas e aumenta o compromisso de todos com a questão. Para tanto, em primeiro lugar, precisamos envolver os cidadãos e suas organizações enquanto sujeitos na definição e construção das ações de segurança pública. Sem o protagonismo da população moradora

das áreas de maior ocorrência da violência – seja como vítimas ou causadores da violência – quaisquer alterações que sejam feitas restam limitadas à materialidade e não produzem as transformações subjetivas, necessárias ao convívio cidadão. Com a participação proativa dos grupos sociais mais vulneráveis como protagonistas nas ações de segurança pública se está investindo na construção do capital social e restabelecendo a confiança do cidadão na capacidade de políticas públicas sustentáveis. Esta estratégia tem o potencial para influir diretamente sobre os problemas de segurança local, assim como para captar maior atenção da comunidade que se sente parte do problema e de suas soluções.

A participação e o compromisso crítico com a Segurança Pública passam longe das manifestações do tipo *basta de violência*, ou *queremos justiça* que estamos – infelizmente – acostumados a ver. Significam um mergulho na raiz da questão, recriando as condições para o desenvolvimento da nova cultura da convivência. O investimento deve incidir nas ameaças à segurança das pessoas provenientes da violência e em particular da violência cotidiana, a que surge no interior da família e do bairro. Os cidadãos e cidadãs, as crianças e adolescentes sofrem com ela, como resultado de situações de risco ou das atividades de organizações criminais associadas a delitos de maior complexidade e que podem ser prevenidos ou enfrentados com políticas integrais.

Para que os grupos sociais mais vulnerabilizados tenham aumentado seu compromisso com a coletividade e, por conseguinte, contribuam com a Segurança Pública é indispensável que o Estado assuma de forma clara e eficiente as políticas públicas garantidoras dos Direitos Sociais estabelecidos na legislação. Sem que isso ocorra permanece a animosidade construída historicamente. Dada a enorme distância entre aqueles que gozam das melhores condições de vida possíveis e a maioria, que está aquém do patamar mínimo estabelecido pelas leis, o Estado, que por muito tempo mostrou-se omissivo a essa defasagem, aparece como adversário desta parcela da população.<sup>13</sup>

---

13. Obtido na internet. Os autores destacam, nas conclusões: “alguns pontos relevantes para a implantação e implementação de estratégias essenciais à construção desta nova visão de segurança pública: atuação proativa em detrimento de uma ação reativa; participação comunitária, principalmente de suas lideranças nas ações desenvolvidas pela corporação; atenção voltada para o cidadão tendo por protagonista as comunidades de maior vulnerabilidade social; capacitação de efetivos policiais sob este novo prisma; visão sistêmica de Segurança Pública; integração dos órgãos governamentais, ao nível federal, estadual e municipal.”

Elías Neuman, eminente criminólogo e vitimólogo argentino, autor de obras de inextinguível valor como *Prisión Abierta* e *El Estado Penal y la Prisión-Muerte*, dizia que não se pode falar de segurança sem redefinir, no campo jurídico e social, a pessoa humana. Ele costumava contar a história do pai que deu a seu filho um quebra-cabeça com o mapa mundi; a criança o montou sem dificuldades e o pai, surpreso, lhe perguntou como o fizera. Ele respondeu que havia percebido a existência no verso do quebra-cabeça da figura de um homem e, por essa razão, a fim de montar o mundo, o que singelamente fez foi montar o homem.

## O encarceramento massivo e seus efeitos adversos

Na América Latina se situam muitas das 50 cidades mais violentas do planeta, sendo os números 1 e 2 deste *ranking* (2017) Los Cabos (México) e Caracas (Venezuela), consoante os relatórios periódicos do Conselho Cidadão para a Segurança Pública e a Justiça Penal (organização mexicana da sociedade civil, surgida em julho de 2002 e que se apresenta como apartidária, laica e independente). O Brasil, por exemplo, está em quarto lugar no nível global de encarceramento, com mais de 650.000 reclusos, conforme o sistema GeoPresídios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atrás dos Estados Unidos, China e Rússia, e seria alçado ao terceiro posto na hipótese de que fossem incluídas nesta conta as prisões domiciliares e, mais, se milhares de mandados de prisão fossem cumpridos (as cifras são tipicamente brasileiras: fala-se de 300, 400 e 500 mil, ou seja, uma cifra não confiável, mas que nos adverte: seu cumprimento abriria as portas do inferno).

Para que se tenha uma ideia da falta de confiabilidade dos números apresentados no país de Jorge Amado, cedo a palavra ao Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador, ao comentar o Atlas da Violência no Brasil – 2018, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública:

Na pesquisa há um tópico dedicado às mortes decorrentes de intervenções policiais. Neste item, os pesquisadores advertem que os dados registrados no Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) acerca de intervenções

legais e operações de guerra “permanecem – como demonstrado nas edições anteriores – com subnotificação significativa quando comparados aos dados policiais”, sendo que a diferença entre as duas fontes supera 67,5%. Assim, enquanto o Sistema de Informações sobre Mortalidade registrou 1.374 casos de pessoas mortas em intervenções policiais, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, feito com base nos registros policiais, apontou, no mínimo, 4.222 vítimas (ano de 2016). Esta discrepância de dados é lamentável, pois “o uso da força pelos agentes estatais é um tema central para a democracia brasileira, já que frequentemente as polícias brasileiras têm sido acusadas de violações de direitos e de serem violentas, o que reforça a necessidade de registros fidedignos para mensuração do fenômeno.”<sup>14</sup>

Os centros carcerários, de ordinário saturados, abrigam milhares de presos não condenados, os quais, sem o usufruto do princípio da presunção da inocência<sup>15</sup>, aguardam um julgamento que pode arrastar-se por anos e terminar por absolvê-los ou condená-los por um tempo inferior ao da custódia provisória.

Nestes porões nauseabundos da justiça criminal em que se transmudou grande parte de nossas prisões, segregacionistas, promíscuas, dominadas por facções, presos em sua quase totalidade pobres, incapazes de pagarem um advogado que faça vivos seus direitos vigentes (a defensoria pública, não obstante sua excelência, é afetada pela insuficiência numérica), são privados de sua segurança (sua vida “é uma luta diária pela sobrevivência”)<sup>16</sup>, de sua identidade social, de sua privacidade, enfim de sua dignidade, um valor histórico-social, um cânone constitucional que jamais deve ser

---

14. Disponível na internet.

15. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 11). Presos condenados têm presunção de inocência e devem ser tratados como inocentes (Regra 111, 2 de Mandela).

16. Em *Uma resposta às metas atuais para os Direitos Humanos dos centros de prisão e detenção das Américas*. Projeto de uma Declaração Interamericana sobre os Direitos e a Atenção das Pessoas Privadas de Liberdade. San José, Costa Rica: Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, PRI – Penal Reform International e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2001, p. 20.

relativizado e que Immanuel Kant assim definiu, na segunda versão de seu imperativo categórico: “Atua de tal maneira que a humanidade em ti e nos outros não seja nunca um meio senão sempre o fim mais elevado.”

Em deplorável coabitação com delinquentes contumazes, reincidentes empedernidos (alguns, há quem o afirme e deles não discordo, seriam irrecuperáveis, terminais), são jogados em ambientes que deveriam proteger sua integridade e promover a sua reabilitação, já que a tarefa de ressocializá-los e/ou reinseri-los na sociedade é um dos fins declarados e primordiais da própria pena.

## Considerações finais

Em diversas ocasiões tenho enfatizado que inexistente uma pedra filosofal, uma solução mágica para a violência, sendo esta refreada não somente por meio de medidas repressivas, senão também de ações e políticas públicas preventivas, entre as quais se incluem as reformas das leis penais, processuais penais e de execução da pena, assim como o fortalecimento das Defensorias Públicas (Capítulo XVI), do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Uma política criminal, com planejamento a curto, médio e longo prazo, não pode ser fragmentada e deve estar atenta a todas as vertentes, assim como aos princípios democráticos e aos direitos humanos. No Estado democrático de direito, “vai dirigida a diminuir até níveis toleráveis as cifras de criminalidade, porém não pretende apagar todo vestígio da presença do delito. Pois seu objetivo não é transcendental como no Estado totalitário (criar seu império, manter a pureza da raça, acabar com todo vestígio da burguesia, alcançar os fins do Corão etc.), que justificava, desde diferentes óticas, a necessidade de esmagar o sujeito delincente. No Estado democrático se persegue que todos os cidadãos (na medida do possível) convivam pacificamente e em liberdade, cobrindo suas necessidades materiais e culturais para que toda pessoa possa gozar de sua própria dignidade humana. A luta contra o crime não pode ser empreendida à custa do sacrifício das

liberdades e garantias do cidadão, pois o respeito aos direitos fundamentais constitui um de seus princípios de caráter irrenunciável. Por isso sua política criminal é mais difícil de levar a cabo, pois tem que se guiar por um cuidadoso equilíbrio entre a necessária manutenção de alguns mínimos em matéria de segurança cidadã e o escrupuloso respeito aos direitos humanos de todos os indivíduos, incluídos os delinquentes.<sup>17</sup>

Uma política criminal não é medida por mais prisões, mais punições, mais policiais e leis mais severas<sup>18</sup>; ela é fundamentalmente uma política social e, para ser de pleno eficaz, deve voltar-se também para a economia, a educação e a saúde. Prioridade e estratégia são palavras chave neste processo, e exigem, para sua concretude, um investimento planejado e massivo, material e humano. No *cas d'espèce*, não há nem deveria haver espaço para amadores, posto que crucial para assegurar os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Uma verdade se impõe quanto aos centros penais: eles tendem a ser indissociáveis de qualquer debate/programa que concerna à segurança pública (em palestra ministrada em Belo Horizonte, na década de 1990, aduzi que “a segurança e o sistema presidial representam desafios únicos da contemporaneidade; são duas questões relacionadas entre si e que, portanto, não podem ser analisadas de modo estanque”), nomeadamente em decorrência da ação contínua e desenvolta das facções, que se digladiam à cata de afirmação de poder (e praticam, nessa luta insana, toda sorte de extorsões e barbaridades), tendo há muito tempo transposto os limites físicos das unidades, transformadas em quartéis gerais do crime, a partir dos quais seus líderes arrecadam mensalidades de seus membros

---

17. JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 24-25.

18. Consoante Blackwell, historiador, “a solução ao problema de insegurança na região não reside em implementar mais medidas de segurança, mais policiais, mais tropas, ou leis mais fortes contra o delito, senão uma segurança mais inteligente e mais eficaz em um sistema que conte com instituições fortes, transparentes, colaborativas, e uma cultura de respeito ao estado de direito.” (BASOMBRIÓ, Carlos; COLÓN-ROSARIO, Verónica; ZAINO, Christine. *Opciones para mejorar la seguridad ciudadana y responder a la violencia juvenil en Centro América*. Latin American Program, Wilson Center. Texto obtido na internet).

(aprisionados ou não), fazem ameaças, ditam ordens que atemorizam a coletividade (com realce a alguns residentes em áreas da periferia obrigados a abandonar suas casas), controlam a mais danosa vertente do crime organizado, o tráfico de drogas (local, nacional e internacional), organizam roubo de cargas, assaltos a caixas eletrônicos (que explodem amiúde, ante a ausência, entre outras coisas, de controle da venda de explosivos) e ordenam o assassinato de policiais.

Há que perseguir um novo paradigma, em que os termos *solidariedade, inclusão, paz e direitos humanos*<sup>19</sup> não sejam empregados por quem está a serviço de causas outras, menos legítimas e menos nobres. É vital ter a compreensão de que esses valores/ideais se conquistam com nossa participação, nosso pacto com o desenvolvimento focado no homem. Só assim estaremos aptos a armar um mundo em que o homem resgate a sua verdadeira dimensão.

---

19. Os direitos humanos “amparam a todos os indivíduos sob o princípio de igualdade e não discriminação. Este princípio figura no fundamento da ordem pública nacional e internacional e forma parte do denominado jus cogens, ou seja, possui caráter imperativo e determina as ações do Estado e o reconhecimento e exercício dos direitos e das liberdades dos indivíduos.” (RAMÍREZ, Sergio García; BREÑA, Laura Martínez. *Presos y prisiones: el sistema penitenciario desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. México: Universidade Nacional Autónoma do México, Porrúa e Programa Universitário de Direitos Humanos – PUDH, 2014, p. 7) O mesmo autor acrescenta adiante: “...o Estado participa no que se denomina a ‘garantia coletiva’ dos direitos humanos. Neste sentido, é garante da observância de tais direitos, ao lado de outros Estados vinculados por acordos dessa matéria. Desde o momento em que a comunidade internacional resolve reconhecer extensamente a condição do indivíduo como titular de direitos que devem ser atendidos por aquela comunidade, à luz de costumes, pactos ou tratados, os Estados ingressam no regime de garantia coletiva... O anterior permite advertir o amplíssimo alcance dos deveres do Estado como garante dos direitos, e justifica o tratamento que damos a este assunto no corpo do presente estudo, ao examinar, sob diversos aspectos, os direitos dos reclusos e os (consequentes) deveres do Estado...” (Idem, p. 16-17)

# 8

## O princípio da insignificância

Luiz Flávio Borges D'Urso<sup>1</sup>

Flávio Filizzola D'Urso<sup>2</sup>

- 
1. Luiz Flávio Borges D'Urso é 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. Flávio Filizzola D'Urso é 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), foi conselheiro estadual da OAB/SP (2016-2018), é coautor da obra “Advocacia 5.0”.

O princípio da insignificância não é uma novidade para os operadores do Direito, e embora a sua criação preste-se a todos os ramos, a origem para o Direito Penal, de iniciativa do jurista alemão Claus Roxin, em 1964, foi eternizada em sua obra *Política criminal y sistema del Derecho Penal*.

Sua ideia nuclear é a de que o juiz não cuida de casos pequenos, sem importância. Tal princípio também recebeu a denominação de princípio da bagatela, cunhada por outro jurista alemão, Klaus Tiedemann.

O princípio da insignificância decorre de vários outros princípios, como o princípio da dignidade humana, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da proporcionalidade.

Ainda hoje, o princípio da insignificância enfrenta diversas questões e desafios. Alguns destes desafios baseiam-se, principalmente, na ausência de uma perfeita delimitação, para que se possa excluir a incidência do Direito Penal em situações que não mereçam reprimenda, em especial dada a insignificante ofensa ao bem jurídico.

Desta forma, não existe uma harmonia ou unificação de sua aplicação pelos tribunais brasileiros, apesar da ampla aceitação em nosso ordenamento jurídico, especialmente porque não há uma expressa previsão legal deste princípio, pois se trata de um princípio criado pela doutrina.

O Prof. Rogerio Greco 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.

Explica ainda que *os fatos praticados sob o manto da insignificância são reconhecidos como de bagatela* (GRECO, Rogerio. *Código Penal: comentado*, 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 22).

Outros desafios encontram-se na correta classificação quanto à sua natureza jurídica, bem como nas efetivas consequências que esta classificação

acarreta, 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 sua incidência.

A bagatela ou delito de bagatela é o crime insignificante. Trata-se, na lição do saudoso Luiz Flávio Gomes, de “ninharia, de pouca relevância. Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal” (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v. 1).

Destaca-se que, mesmo sendo o princípio da insignificância uma causa excludente de tipicidade material, os tribunais têm obstaculizado sua aplicação com base em eventual reincidência do réu.

Também se destaca a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, na qual se estabeleceu os quatro vetores que foram estipulados pelo Ministro Celso de Mello, em 2004 e que até hoje são usados como referência para apreciação da viabilidade da aplicação do princípio da insignificância.

Trata-se do acórdão proferido no julgamento do Habeas Corpus nº 84.412/SP, no qual se buscou estabelecer balizas para a aplicação do princípio da insignificância, e foram apresentados os vetores que passaram a ser uma referência a este e aos demais tribunais para a aplicação da insignificância, que deve ser apreciada à luz do postulado da intervenção mínima do Estado em matéria penal, para afastar a própria tipicidade penal, sendo, assim, necessária a aferição dos seguintes vetores:

- (1) a mínima ofensividade da conduta do agente;
- (2) nenhuma periculosidade social da ação;
- (3) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e;
- (4) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

*A mínima ofensividade da conduta* do agente deve ser entendida como uma mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado, não caracterizando

uma conduta típica, pois a tipicidade requer uma ofensa que não seja insignificante.

Quanto ao vetor da *inexistência de periculosidade social da ação*, este se presta para excluir a aplicação do princípio da insignificância de condutas consideradas socialmente perigosas, as quais colocariam em risco a integridade da própria sociedade. Utiliza-se, muitas vezes, da ausência deste vetor para manter a punição a condutas, mesmo sendo insignificantes.

Quanto ao vetor que estabelece a necessidade do *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*, faz-se uma 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.

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, o que deve ser aferido não apenas visando o bem jurídico atingido, mas o grau de sua intensidade na lesão produzida.

Em suma, conclui-se, a partir da jurisprudência dos tribunais, de que é possível a aplicação do princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro, e ainda há a necessidade de se enfrentar alguns desafios, como a insegurança jurídica com relação ao posicionamento dos tribunais sobre o tema e a necessária superação dos quatro vetores impostos pelo STF, que, por vezes, afastam a incidência deste valoroso princípio em casos nos quais deveria ter inequívoca aplicação, tudo isso, tanto para desafogar os tribunais, como por questão de Justiça.

# 9

## O grave problema da importação da *plea bargaining* no Brasil

Fabiano Pimentel<sup>1</sup>

---

1. Advogado Criminalista, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Ex-presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas da Bahia – ABRA-CRIM-BA.

## Aspectos iniciais

O sistema processual penal brasileiro tem sofrido forte influência das práticas do processo negocial. Baseados na *plea bargaining* americana, diversos institutos surgiram no Brasil nos últimos anos. Desde 1995, com a criação dos Juizados Especiais Criminais, podemos destacar os institutos da composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Mais para frente, a criação e a evolução do instituto da delação premiada e, a partir de 2019, o acordo de não persecução penal.

Em todos estes institutos, podemos perceber a tentativa de negociar o processo penal e suas consequências; dentre elas, a própria pena.<sup>2</sup> Negócios são realizados entre o Ministério Público e o acusado, até mesmo em institutos como a prescrição e o uso do *habeas corpus*. Parece que não há limites na mesa de negociação. Até regimes de cumprimento de penas são criados, ao arrepio da Lei de Execuções Penais. Digo isto, pois, o Supremo Tribunal Federal, em sede de delação premiada, homologou cláusula de suspensão da prescrição pelo prazo de 20 (vinte) anos. Não bastasse isso, em outros acordos, constou cláusula em que réu deveria abrir mão do *habeas corpus*, e que o início do cumprimento da pena seria realizado no regime domiciliar aberto, semiaberto ou fechado, sem previsão na Lei de Execuções Penais.

---

2. Veja a doutrina de Luigi Ferrajoli: “Infelizmente, a prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução de pena de outro sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal, seja da legislação e mais ainda da jurisdição, pela tendência dos juízes, e sobretudo dos inquiridores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter a colaboração dos imputados contra eles mesmos. A única maneira de erradicá-la seria a absoluta vedação legal, o que a longo prazo acabaria por se tornar uma regra de deontologia profissional dos magistrados, de negociar qualquer relevância penal ao comportamento processual do imputado, também aos fins da determinação judiciária da pena dentro dos limites legais. O legislador italiano, suggestionado pelos aspectos decadentes da experiência americana, seguiu, ao invés, a estrada oposta, legitimando a transação primeiro com as leis de emergência sobre os ‘arrepentidos’ e depois, de maneira ainda mais extensa, com a recente reforma do Código de Processo Penal. O resultado, como mostrarei nos parágrafos 45 e 54, é inevitavelmente a corrupção da jurisdição, a contaminação policialesca dos procedimentos e dos estilos de investigação e de juízo, e a consequente perda de legitimação política ou externa do Poder Judiciário”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 487).

Pode o réu abrir mão da prescrição, que é um direito público? As partes podem acordar a criação de regimes não previstos na Lei de Execuções Penais? É possível, através de um negócio jurídico, vedar-se um direito constitucional, como a utilização do *habeas corpus*? Todas estas perguntas referem-se aos limites do processo penal negocial e sua utilização no sistema atual. Para entender melhor estes institutos, devemos compreender, inicialmente, as origens das tradições jurídicas do *commom law* e do *civil law*, bem como do instituto da *plea bargaining* e sua evolução no sistema americano.

### As tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*

O mundo ocidental vê-se dividido em duas grandes tradições jurídicas: o *civil law* e o *common law*. No início da sua formação, o *civil law* era baseado, especificamente, no primado da lei. O juiz devia respeito à lei, não devendo, em nenhuma hipótese, afastar-se dela, por isso, era considerado *bouche de la loi*, ou seja, o juiz “boca da lei”, visto que só poderia decidir de acordo com ela. Era uma forma de controlar a decisão dos juízes, que, após Revolução Francesa, não gozavam de bom conceito e julgavam de acordo com seus interesses particulares. O *common law* evolui de maneira diversa; os juízes eram respeitados e considerados verdadeiros juristas; e, em virtude disso, suas decisões passavam a ser referência para os julgamentos futuros.

Assim, percebe-se que o *civil law* e o *common law*<sup>3</sup> possuem origens históricas distintas, e que isto levou à formação de tradições jurídicas

---

3. Sobre o tema, vale destacar o entendimento de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo: “As diferenças existentes nos sistemas jurídicos refletem o fato de que durante séculos o mundo foi dividido em estados individualizados, sob condições intelectuais que valorizavam a importância da soberania, o que levou a uma ênfase nacionalista nas características e tradições nacionais. Neste sentido, não seria correto dizer que há o sistema da *civil law* ou o sistema da *common law*. Ao contrário, muitos sistemas jurídicos diferentes existem dentro de cada um destes grupos ou famílias. Mas o fato de que muitos sistemas jurídicos são reunidos sob a mesma rubrica como *civil law*, por exemplo, indica que estes têm alguma coisa em comum, algo que os distingue dos sistemas jurídicos classificados como *common law*. É exatamente esta comunhão única – que aqui é tratada como tradição jurídica – que torna possível integrar os sistemas jurídicos da França e da Alemanha a um sistema jurídico mais amplo, o da *civil law*” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris Editor, 2009, p. 22).

diferentes,<sup>4</sup> definidas por institutos e conceitos próprios. O *civil law* carrega dogmas provenientes da Revolução Francesa, que ainda servem para negar conceitos e institutos que se mostram indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes, e da mera declaração judicial da lei.

Das diferenças entre as tradições do *common law* e do *civil law*<sup>5</sup> pode-se destacar que, enquanto o continente considerava necessária a elaboração

- 
4. Vale ressaltar a doutrina de Michele Taruffo: “Continuando con el discurso sobre el plano de la comparación de modelos y viniendo a cuento en la relación entre ordenamientos procesales de civil law y de common law, parece oportuno liberar el tema de algunas contraposiciones tradicionales, que han sido frecuentemente utilizadas para expresar diferencias consideradas fundamentales entre los dos tipos de ordenamientos, pero que aparecen desde hace tiempo superadas e incapaces de proveer conocimientos confiables. En realidad, no se trata de descripciones completamente falsas en sentido descriptivo, sino de imágenes que quizás puedan haber tenido algún significado en el pasado, y quizás estén doradas de alguna eficacia alusiva todavía hoy, empero, que han sido indebidamente consideradas como esenciales al objeto de trazar la distinción entre los dos tipos de ordenamientos procesales. Independientemente de su veracidad representativa, se ha tratado de modelos que han sido contruidos sobre la base de precisos proyectos culturales, vale decir, con el fin de poner en particular evidencia para exaltar el valor o criticar la presencia- algunos aspectos de los varios sistemas procesales que se confrontaban. Hoy la crítica que se puede dirigir al empleo de estos modelos, no se refiere tanto al hecho de que ellos provean de falsas representaciones de la realidad (a pesar de que esto acontezca con bastante frecuencia, sea por ignorancia o falta de actualización de las informaciones), sino a que ellos hayan estado quizás estrechamente conectados con elecciones de valores o de sistemas dirigidos a privilegiar problemas y soluciones que ahora aparecen de menor interés” (TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago do Chile: Metropolitana, 2009, p. 230).
  5. Veja ainda: “Nous avons vu que la règle du précédent pouvait, à première vue, susciter la confiance envers la jurisprudence des tribunaux en droit civil. Examinons maintenant les certitudes et les incertitudes se rattachant au précédent judiciaire et à l’usage qu’en font les tribunaux. Le statut, le rôle et l’autorité de la jurisprudence sont fondamentalement différents en droit civil et en common law. Premièrement, la jurisprudence en droit civil est une source secondaire de droit; deuxièmement, son rôle n’est pas d’assurer la cohérence et la stabilité du droit mais plutôt d’appliquer une loi générale et abstraite à des situations concrètes; troisièmement, sa fonction n’est pas de contraindre les tribunaux mais bien de les guider. La common law repose sur la jurisprudence et obéit à un raisonnement inductif, allant ainsi du particulier au général, c’est-à-dire partant d’un cas particulier pour en tirer une règle applicable (sous forme de jugement). Le droit civil quant à lui repose sur la loi et obéit à un raisonnement déductif, allant ainsi du général au particulier, c’est-à-dire partant d’une règle générale (la loi) pour l’appliquer à un cas particulier. Le statut de la jurisprudence, qui est la première source du droit en common law, est donc hiérarchiquement inférieur en droit civil, où la jurisprudence ne sert officiellement qu’à interpréter le droit et non pas à le créer, ce qui est d’abord le rôle de la loi». (LEMIEUX, Charlotte. *Jurisprudence et sécurité juridique: une perspective civiliste*. Revue de droit de l’Université de SHERBROOKE, n. 29, 1998-1999, p. 234).

de códigos como instrumento da modernidade, a Inglaterra não reconhecía essa necessidade e os dispensava. Importa destacar que, o que essencialmente diferencia as tradições não é a simples adoção ou não de códigos, mas a ideologia que está por trás dessas tradições, o modo como o código é concebido e quais funções deve desempenhar. Ainda pode-se destacar como diferença quem figura como agente principal nas tradições, pois, no *civil law*, o agente que detém maior prestígio é o doutrinador, o jurista acadêmico; ao passo que os legisladores e juízes estão sujeitos à influência desse ator principal. Por sua vez, o agente principal, no *common law*, é o juiz, visto como um “oráculo do Direito”, enquanto os docentes do Direito são vistos como pessoas que ensinam porque não tiveram sucesso na profissão forense.<sup>6</sup>

Por isso, pode-se afirmar que o *common law* se desenvolveu com reduzida influência do Direito Romano, com base, principalmente, nas decisões judiciais. O *common law* se distingue do *civil law* por ser um Direito histórico, que tem como característica um *judge made law*,<sup>7</sup> visto que a jurisprudência é de extrema importância no sistema jurídico, por ser um Direito judiciário não codificado e, por fim, por ter sofrido pouca influência do Direito Romanista.<sup>8</sup>

O *civil law* refere-se diretamente ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental e por outros que foram colonizados por eles, como

- 
6. DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.40-44.
  7. “Os juízes ingleses, mesmo depois da Revolução Gloriosa, continuaram a poder anular as leis emanadas do Parlamento que estivessem em contrariedade com o direito inglês como um todo, ou seja, com o Common Law. Daí a consolidação da doutrina do judge make law, ou a possibilidade do juiz dizer/criar o direito da Common Law”. (ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. Common Law, judicial review e stare decisis: Uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 18).
  8. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

os países da América Latina. O que possuem em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração dos seus códigos,<sup>9</sup> constituições e leis extravagantes. É óbvio que cada um recebeu grande influência do Direito local, mas a origem está diretamente ligada ao Direito Romano e também ao Direito Canônico.<sup>10</sup>

Heron José de Santana Gordilho<sup>11</sup> esclarece:

Em outro sentido, *Common Law* significa o direito criado pelo juiz (judgemade-law) através dos precedentes judiciais (cases law), que se contrapõe ao *Statute Law*, que é o direito criado pelo legislador através dos *enactments of legislature*, consubstanciados em tratados internacionais, constituição federal, constituições estaduais, leis ordinárias federais e estaduais, regulamentos administrativos federais, estaduais e locais, bem como nos diplomas legislativos elaborados pelo Poder Judiciário.

As diferenças históricas, com o passar do tempo, perderam espaço, e um sistema passou a influenciar o outro. Hoje, diversos institutos oriundos de uma determinada tradição jurídica, em virtude da globalização, passaram a integrar a outra, como ocorreu no instituto da *plea bargaining*.

---

9. “Fato marcante da família romano-germânica foi a compilação e codificação do Direito Romano, que cristalizou em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores que, aos poucos, foram, em particular nas universidades medievais dando uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos juriconsultos romanos. Na sua gênese, portanto, nota-se a preocupação com uma ordem racional de conceitos, aparecendo o direito como um sistema: um conjunto de preceitos que deveriam estar agrupados, tal qual um organismo vivo” (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.27).

10. VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 22.

11. GORDILHO, Heron José de Santana. *Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA*. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 29, n. 1, 2009, p. 57.

## Os sistemas inquisitorial e adversarial

Antes de ingressarmos nas características e fundamentos da *plea bargaining* e de como a sua importação ao Processo Penal brasileiro pode ser perigosa, devemos entender as diferenças entre os sistemas adversarial e inquisitorial. O **sistema adversarial** é utilizado nos EUA e é o alicerce da *plea bargaining*, enquanto o **sistema inquisitorial** é utilizado no Brasil. A principal diferença consiste na posição que ocupa a acusação entre os sistemas. Enquanto, no sistema adversarial, a acusação é uma parte; no sistema inquisitorial, ele se torna uma autoridade, um agente oficial que deve zelar pela verdade.

Vejamos o entendimento de Máximo Langer:<sup>12</sup>

Antes de começar a análise concreta destas importações é preciso esclarecer dois pontos. Primeiro, a fim de explicar e rastrear as transformações que o *plea bargaining* estadunidense experimentou antes de ser adotado por estas jurisdições *civil law*, é preciso explicar a diferença histórica entre o processo penal adversarial estadunidense e os processos penais inquisitoriais da tradição *civil law*. Os sistemas adversarial e inquisitorial podem ser compreendidos não apenas como duas formas de distribuição de poderes e responsabilidades entre os diversos atores jurídicos – o julgador (juiz e/ou júri), o acusador e a defesa – mas também como duas diferentes culturas processuais e deste modo, dois conjuntos diversos de compreensões básicas de como os casos penais deveriam ser processados e julgados. A grande diferença entre as culturas processuais, para os propósitos deste artigo, é a de que enquanto o sistema adversarial concebe o processo penal como uma disputa entre duas partes (acusação e defesa) perante um julgador passivo (juiz e/ou júri), o sistema inquisitorial concebe o processo penal como uma investigação oficial, realizada por um ou mais agentes oficiais do Estado, a fim de determinar a verdade.

Outra distinção entre os sistemas inquisitorial e adversarial remonta ao papel do juiz. No primeiro, o juiz tem uma postura ativa na produção da

---

12. LANGER, Máximo. *Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do Processo Penal*. Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017, p. 25-26.

prova, determinando diligências de ofício, a justificar uma falaciosa busca pela “verdade real”; enquanto no sistema adversarial, o juiz tem uma postura passiva, deixando para as partes o protagonismo de sua produção; o que, sem dúvida, festeja o princípio da imparcialidade.

Neste sentido é a doutrina de Marcella Alves Mascarenhas Nardelli:<sup>13</sup>

O sistema inquisitorial apresenta um grande apego à busca da verdade, o que não deixa de ser uma inevitável herança da inquisição canônica. Diante desse fim, ganha relevância o protagonismo do juiz na colheita do material probatório, uma vez que se tem como premissa que a verdade é de domínio público, deve ser buscada pelo juiz, não podendo os fatos serem relegados ao arbítrio das partes. O impulso oficial é a base do sistema inquisitorial. O sistema adversarial, a seu turno, tem as partes como protagonistas, cabendo a elas a escolha do material probatório que será levado ao processo dentro dos critérios de relevância.

George E. Bisharat<sup>14</sup> complementa.

Um sistema adversarial é aquele onde as partes, o acusador e o acusado, são adversários e participam de uma forma de combate ou disputa. As partes são individualmente responsáveis por apresentar evidências perante o tribunal, de modo que neste sistema o juiz é relativamente passivo. O juiz não possui a responsabilidade de investigar ou de trazer fatos ao processo. O juiz atua como um neutro, como um árbitro assegurando que as regras não são violadas durante a produção de evidências. Assim, é uma forma de combate, mas é importante reconhecer que é uma forma de combate regulada, muito mais do que um simples vale-tudo.

Veja, ainda, a doutrina de Marcelo Garcia da Cunha.<sup>15</sup>

---

13. NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law*. Revista eletrônica de Direito Processual, vol. XIV, p. 340.

14. BISHARAT, George E. *The plea bargaining machine*. Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito. Vol. 17, n. 2, 2015. p 100.

15. CUNHA, Marcelo Garcia da. *Notas comparativas entre o sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?* Revista de Processo. São Paulo, n. 249, nov. 2015.

Na sequência, a relação entre as partes assume uma feição muito particular ao sistema adversarial norteamericano, notadamente na fase que antecede a submissão das questões de fato e de direito a julgamento. Na *discovery stage*, há quatro possibilidades de desdobramentos: 1. pedido de admissão, pelo qual uma parte submete uma alegação de fato ao oponente, que deve negá-lo ou admiti-lo. Caso admitida a alegação como verdadeira, o fato passa a ser considerado elemento integrante do processo; 2. pedido de revelação de documentos, no qual as partes podem pedir reciprocamente que lhes sejam dados a conhecimento documentos importantes da causa em poder do adversário; 3. interrogatório acerca dos fatos mediante juramento; 4. depoimentos de testemunhas, que o fazem também sob juramento. A finalidade dessa fase processual é permitir que as partes tenham acesso a informações relevantes para a causa, incluindo informações que dizem respeito à existência, descrição, natureza, custódia, condição e localização de quaisquer documentos ou outras coisas tangíveis, assim como a identidade e a localização de pessoas que tenham conhecimento de aspectos que dizem respeito à causa. Para que o procedimento de *discovery* se desenvolva de modo equilibrado, cabe ao órgão jurisdicional intervir sempre que houver resistência das partes ou de terceiros ao seu fluxo normal.

Com isso, fica evidente que, no sistema adversarial, a acusação não é um agente oficial que deve zelar pela busca da verdade, mas uma parte, que, como a defesa, deve ser tratada de forma igualitária, com as mesmas oportunidades de produção e acesso às provas. Ademais, no sistema adversarial, o juiz não deve ter uma postura ativa, não deve agir para “buscar a verdade”, mas, ao contrário, deve ter uma postura passiva, assegurando que as normas do processo penal não sejam violadas, festejando, assim, o princípio da imparcialidade.

Entretanto, no sistema americano, o julgamento pelo júri quase nunca acontece. Mais de 90% dos casos são resolvidos, não por uma disputa adversarial, num julgamento plenário, mas por uma negociação cooperativa, conhecida como *plea bargaining*, que é uma negociação entre o promotor e a defesa, sobre a resolução do caso penal.<sup>16</sup>

---

16. BISHARAT, George E. *The plea bargaining machine*. Confluências –| Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito. Vol. 17, nº 2, 2015. p 100. Sobre o sistema adversarial, veja a doutrina de Renato Schindler Filho: “Assim, com o passar do tempo, consolidou-se a garantia de um

Vejamos os principais fundamentos deste instituto.

### *A plea bargaining*

A expressão *plea bargaining* consiste em um procedimento negocial entre acusação e defesa, cujo objetivo é a composição das sanções penais e suas forma de execução, através do qual cada parte concorda em transigir em suas pretensões, para o fim de reduzir a pena, reduzir o número de infrações ou desclassificar o crime para outro menos grave, garantindo-se maior celeridade na resposta penal, cuja validade depende de análise e homologação pelo Poder Judiciário.

Hon Phillip Rapoza<sup>17</sup> completa:

Apesar de o Supremo Tribunal não ter definido especificamente o termo *plea bargaining*, descreveu sumariamente o processo como “regulação das acusações criminais por acordo”. O Black’s Law Dictionary, uma obra jurídica de referência, faculta uma definição mais detalhada, descrendo o *plea bargaining* como “[o] processo através do qual o acusado e o Ministério Público num processo criminal procedem a uma regulação mutuamente satisfatória do caso sujeita a aprovação do tribunal. Por regra, envolve a admissão da culpa do arguido relativamente a um crime menos grave ou só um ou alguns de vários crimes de que foi acusado em troca de uma pena mais leve do que aquela que seria possível pela acusação mais grave” (...) No *plea bargain*, o destino tanto da acusação como da defesa está nas mãos das “partes”, que podem escolher exercer os seus direitos processuais ou

---

juízo público, imparcial e oral, rechaçando procedimentos secretos perante órgãos administrativos, garantindo-se direitos básicos que mitigassem a ingerência do Estado no âmbito decisório do indivíduo, tais como o direito ao silêncio, o direito à assistência por advogado, regras claras referente à carga probatória, a presunção de inocência etc. Ademais, em razão da necessidade do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito, como sujeito ativo do processo e não como mero objeto, reconheceu-se a possibilidade de sua ingerência ativa através da inclusão dos institutos das declarações voluntárias de culpabilidade (*guilty pleas*) e da negociação das penas (*plea bargains*). (SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. *As reformas processuais penais na América Latina através de um olhar agnóstico de processo: uma análise real do sistema adversarial na realidade marginal*. 2019. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 37.

17. RAPOSA, Hon. Phillip. *A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra*. Revista Julgar, n. 19. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 211.

prescindir deles em troca de um benefício correspondente. Aquilo que faz da interação uma barganha reside naquilo de que cada parte está preparada para abdicar em troca daquilo que considera ser um resultado satisfatório.

Para Henrique Ribeiro Cardoso e Eliezer Siqueira de Sousa Júnior:<sup>18</sup>

O *plea bargaining* consiste em um procedimento de negociação entre as partes do processo criminal, na qual o acusado confessa a culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou declara que não deseja o prosseguimento do processo (*declaração de nolo contendere*) em troca de uma pena mais branda, fora o fato de encerrar o processo mais rapidamente e também evitar mais custos tanto para o Estado quanto para o acusado.

Assim, após o oferecimento da acusação formal, em sede de audiência preliminar, o acusado deve indicar como se declara (*how do you plea?*), abrindo-se, naquela oportunidade, três caminhos:

- a) declarar-se culpado (*guilty plea*);
- b) declarar que não pretende contestar a ação (*plea of nolo contendere*);  
ou
- c) declarar-se inocente (*plea of not guilty*).

Como bem assevera Heron José de Santana Gordilho:<sup>19</sup>

Segundo Dworkin: Se decidir, porém, pela persecução criminal, a defesa poderá adotar três caminhos: a) tratando-se o direito ao julgamento pelo Grand Jury de um direito disponível, o suspeito pode preferir ser indiciado diretamente pelo promotor, onde terá a possibilidade de negociar a admissão de culpa (*plead guilty on arraignment to a lesser offense than charged*) por uma pena mais reduzida ou pela desqualificação do

---

18. JÚNIOR, Eliezer Siqueira de Sousa; CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os Juizados Especiais Criminais no Brasil: uma análise de Direito Estrangeiro*. Rev. de Pesquisa e Educação Jurídica, v. 3, n. 1, p. 57 – 74. Jul/Dez. 2017, p. 62-63.

19. GORDILHO, Heron José de Santana. *Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA*. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 29, n. 1, 2009, p. 63).

crime para um delito com punibilidade menos grave através de um acordo (*plea bargaining*) que produzirá seus efeitos apenas naquele processo, não servindo de prova para outro processo criminal ou cível, face a garantia contra dupla acusação (*guarantee against double jeopardy*). A *plea bargaining* consiste fundamentalmente numa negociação entre a promotoria e a defesa, em que após definida a prática da infração penal, e superada a fase do *preliminary screen* (a nossa *opinio delicti*), abre-se oportunidade ao suspeito para o *pleading*, onde poderá se pronunciar a respeito da sua culpabilidade: se se declara culpado e confessa o crime (*pleads guilty*) após um processo de negociação com a promotoria para a troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais limitado de crimes, opera-se a *plea*, que é a resposta da defesa, e então pode o juiz fixar a data da sentença, sem necessidade do devido processo legal ou de um veredicto. b) recusa o litígio, alegando o *plea nolo contedere*, que autoriza uma sentença como se fosse culpado, mas que não representa confissão de culpa e nem serve de prova para outros procedimentos criminais ou cíveis, face a proteção contra dupla acusação. c) alega inocência (*not guilty*) por insuficiência jurídica da acusação ou silencia, dando início a segunda fase do processo penal, com a instalação do *trial* e seus procedimentos públicos, que a depender do Estado-membro o juiz julga com ou sem a participação do júri.

Vejamos, ainda, a doutrina de Carlo Velho Masi:<sup>20</sup>

Na *common law*, recebida a acusação, há uma audiência prévia de julgamento.<sup>21</sup> Neste momento, o acusado é chamado a manifestar-se sobre o teor de

---

20. MASI, Carlo Velho. A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano. *Jusbrasil*. 2016. Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>. Acesso em: 22 de mai. 2020.

21. Vejamos o procedimento mais utilizado pelo sistema americano de forma detalhada: “De maneira geral, contudo, pode-se apresentar, com Chemerinsky e Levenson (2008, pp. 5-11), uma espécie de passo-a-passo do procedimento criminal mais comum, que se inicia com a prisão do infrator, seguida do oferecimento de uma acusação (*complaint*) que contenha a demonstração de justa causa (*probable cause*), submetida à apreciação de um magistrado. Posteriormente, é designada uma data para comparecimento do acusado perante o juiz (*first appearance* ou *arraignment on complaint*), para que seja cientificado das acusações a ele feitas e advertido de seu direito a ser assistido por um advogado, bem como possa tentar ser libertado com o pagamento de fiança. Em seguida, a acusação formalizada contra o infrator é submetida à análise pelo Grande Júri (*grand jury*), que ouvirá, em audiência, as provas apresentadas pela acusação e decidirá se há justa causa para que o réu vá a julgamento. Aceitando a acusação, o Grande Júri faz o que, nos Estados Unidos da América, denomina-

uma acusação criminal. A resposta que ele dá ao Juiz é chamada de *plea*. A declaração pode ser de culpado (*guilty plea*), não culpado (*not guilty plea*, que ocorre também nos casos em que o acusado simplesmente silencia) ou pode haver contestação da acusação (*nolo contendere* ou *no contest plea*),

---

-se “indiciamento” (indictment), fixando as acusações que serão levadas a julgamento. Superada essa etapa, o réu é chamado a comparecer a uma nova audiência (arraignment on indictment), na qual será indagado como ele se declara, culpado ou inocente (plea of guilty or not guilty), além de advertido sobre as acusações. A corte, então, agendará uma data para julgamento, dentro de padrões constitucionais de rápido julgamento (speedy trial). Passa-se à fase de confronto da prova (discovery), na qual cada parte procura examinar as evidências que seu adversário pretende utilizar no julgamento. Nessa etapa, é bastante frequente que as partes apresentem petições (pretrial motions) sobre uma variedade de temas, tais como a supressão de provas ilícitamente obtidas, dentre outras possíveis nulidades procedimentais. Antes do julgamento, pode ocorrer a chamada *plea bargaining*, que consiste em um processo de negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender. Costuma-se mencionar que cerca de 90% (noventa por cento) de todos os casos criminais não chegam a ir a julgamento. Por meio da *plea bargaining*, o Estado pode oferecer uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão de culpa por parte do acusado. Se o acusado decide confessar a culpa (*guilty plea*), é agendada uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado. A *guilty plea* é, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. Por isso mesmo, na audiência, o juiz deve advertir o acusado sobre seus direitos à assistência por advogado, à produção de provas, a ir a julgamento e à não-autoincriminação, dentre outros. Também deve ser avaliada a voluntariedade da decisão, bem como a ausência de coerção sobre o acusado. Apenas caso a decisão do réu seja consciente e voluntária é que o juiz aceitará sua confissão de culpa. Por sua vez, o *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, ou seja, o réu será imediatamente sentenciado no âmbito criminal. A única distinção é que, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime. Não havendo confissão de culpa ou *nolo contendere*, o caso vai a julgamento, que pode dar-se perante um magistrado togado (bench trial) ou perante um júri (jury trial). A 6ª Emenda à Constituição norte-americana prevê o direito ao julgamento pelo júri (right to jury trial) para todas as infrações graves, definidas pela Suprema Corte como aquelas passíveis de punição com prisão superior a 6 (seis) meses. As partes, entretanto, podem optar por levar o caso a um juiz singular, renunciando a seu direito constitucional. Se o acusado for condenado pelo júri, ele será sentenciado pelo juiz togado, normalmente em uma audiência própria para a leitura da sentença (sentencing hearing). Contra a sentença de condenação, o acusado pode apresentar apelação (appeal), incumbindo-lhe provar que não teve um julgamento justo (fair trial) ou que a prova era insuficiente para sustentar o veredicto condenatório do júri. Paralelamente, o réu também pode invocar violações constitucionais através de uma petição de habeas corpus” (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queiróz. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. Revista Custos Legis. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, 2012, p. 3-5).

quando o acusado não admite nem nega a culpa. Existe, também, a *Alford ou Kennedy plea* (North Carolina v. Alford, 1970 / Kennedy v. Frazier, 1987), quando o acusado se declara culpado, com protesto simultâneo de inocência; isto é, assume a culpa para não correr o risco de uma condenação a uma pena mais grave. Há, ainda, casos nos quais o acusado simplesmente declara que o julgamento não pode continuar (*peremptory pleas*), como na hipótese de alegar que já foi previamente processado por aquela mesma acusação (*bis in idem*). Segundo a *U. S. Supreme Court*, essa declaração do acusado deve ser consciente, voluntária e inteligente (Johnson v. Zerbst, 1938).

Assim, a *guilty plea* se diferencia do *nolo contendere*, pelo reconhecimento formal da culpa. Na primeira opção, o réu se declara culpado; na segunda, apenas informa que não quer contestar. Logo, na hipótese de *nolo contendere*, que não representa uma confissão de culpa, não será possível a execução da sentença pela vítima, por exemplo, numa posterior ação *civil ex delicto*.

Vejam os entendimentos de João Ozório de Melo:<sup>22</sup>

O instituto do *plea bargain* tem uma variação nos EUA, a do *nolo contendere* (*no contest*). Significa “sem contestação” — isto é, o réu declara que aceita a culpa, tal como no *plea bargain*. Mas o faz após negociar com o promotor e juiz que a confissão judicial não terá efeitos civis. Assim, ao contrário dos efeitos colaterais do *plea bargain*, a vítima de um crime não poderá usar a condenação criminal como admissão de culpa em uma ação civil contra o réu (como de indenização).

Na Itália, podemos destacar o instituto do *patteggiamento*, que se assemelha ao instituto do *nolo contendere*, visto que, no *patteggiamento* italiano, o réu também não confessa o crime. Na Itália, entretanto, os acordos só serão possíveis para crimes cuja pena seja de até 05 (cinco) anos, com redução máxima de 1/3 na aplicação da pena.<sup>23</sup>

---

22. MELO, João Ozório de. *Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA*. Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>, acesso em 22 de mai. 2020.

23. LANGER, Máximo. *Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do Processo Penal*. Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017, p. 93-94.

Sobre o tema, importante é a descrição de Roberto Angelini:<sup>24</sup>

O *patteggiamento* é o nome que se impôs na prática forense italiana para designar o instituto da “aplicação da pena a pedido das partes” (*applicazione della pena su richiesta*), que o CPP prevê nos arts. 444.º ss. Trata-se de um instituto de negociação de penas, por via do qual o juiz aplica, por sentença, uma pena que foi proposta por acordo das partes, isto é pelo *Pubblico Ministero* e pelo arguido; instituto este que é transversal às (outras) várias formas procedimentais especiais (*abbreviato, direttissimo, per decreto e immediato*); abarcando um feixe muito alargado que vai para além da chamada pequena e média criminalidade, sendo gizado, justamente, para atalhar ao volume crescente de processos penais de baixa intensidade, vindo mais tarde a alargar-se o seu campo de aplicação.

Como se vê, o *plea bargaining* é fruto de um sistema adversarial, onde o Ministério Público é parte, e não uma autoridade em busca da verdade; além de ter, o juiz, um papel passivo, deixando todo protagonismo para a acusação e a defesa, que possuem igualdades de condição para a investigação, produção da prova e discussão dos fatos. Neste sistema, existe, ainda, a possibilidade de acordo sem que o acusado venha a assumir a culpa, como no exemplo do *nolo contendere*.

No Brasil, este instituto surge num sistema inquisitorial, com bases totalmente diversas, sem que as partes possam agir de maneira igualitária, sem que haja um verdadeiro sistema adversarial. Eis o problema da importação de institutos sem a preocupação com sua aplicação em sistemas tão díspares.

## A confissão no processo penal negocial

Como dito anteriormente, de acordo com a redação do art. 28-A do CPP, o acordo de não persecução penal – a *plea bargaining* à brasileira – exige do réu a confissão do crime. Ao exigir a confissão, passa a dar a

---

24. ANGELINI, Roberto. *A negociação das penas no Direito Italiano (o chamado patteggiamento)*. Revista Julgar, n. 19. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 222.

esta prova o caráter absoluto que ela não possui. Com isso, a confissão passa a bastar-se em si mesma, como prova a ensejar o cumprimento de uma pena. Entretanto, o legislador esqueceu-se que a confissão não é uma prova plena e que pode estar fundamentada, por exemplo, no receio de enfrentar o risco de uma pena mais alta.

Neste sentido, é a doutrina de Luigi Ferrajoli:<sup>25</sup>

Desse modo a confissão, que no sistema inquisitório é extorquida por qualquer meio, mas vincula legalmente o juízo, é submetida no sistema acusatório e garantista a uma longa série de regras de formação, como a espontaneidade, a não incidência, a univocidade e outras, e é todavia privada de qualquer valor legal decisório. Mais exatamente, ela não pode ter nenhum valor probatório quando não estiver acompanhada por algum outro elemento, sendo inverossímil, se for autêntica, que o assim dito protagonista do crime não esteja em condição de fornecer ulteriores confirmações; e tem valor probatório tanto quanto é apoiada por uma pluralidade de elementos e confirmações segundo o princípio da fecundidade das provas confiáveis...

Máximo Langer<sup>26</sup> assevera que a verdade, no sistema inquisitorial, não pode ser negociada, diante dos fundamentos que o diferencia do sistema adversarial:

No modelo da investigação oficial, que corresponde ao sistema inquisitorial, o processo penal é visto como uma investigação feita por um ou mais representantes do Estado com o propósito de determinar se ocorreu um crime e se o réu o cometeu. (...) O conceito de *guilty plea* não existe neste modelo porque, enquanto a admissão da autoria pelo réu pode ser um elemento de prova muito importante, ela não necessariamente fornece uma versão completa da verdade, que caberá ao juiz decidir. Além disso, não há o *plea bargaining*, não apenas porque não existe o *guilty plea*, mas também porque a verdade não pode ser negociada nem comprometida. Por fim, o processo é estruturado e compreendido como uma investigação unitária.

---

25. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 489-490.

26. LANGER, Máximo. *Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do Processo Penal*. Revista Delictae, vol. 2, n. 3, jul-dez, 2017, p. 53-54.

Sendo assim, existe apenas uma investigação preliminar, aquela feita pelo Estado; no julgamento não há um caso para a acusação e outro para a defesa, apenas o caso do tribunal, e o tribunal decide em que ordem as provas serão apresentadas no julgamento; as testemunhas e os peritos não são das partes e sim do tribunal e os interrogatórios são iniciados e direcionados pelo tribunal e não pelas partes.

Para o autor, o modelo de *guilty plea* não deve existir no sistema inquisitorial, visto que não é possível negociar a verdade, ou aceitá-la, convenientemente, apenas em seu aspecto formal, sem se preocupar efetivamente com o seu conteúdo. Em assim agindo, o legislador retorna a considerar a confissão “a rainha das provas”, como prova absoluta, dispensando a análise da sua essência pelo juiz.

Neste sentido, é a doutrina de Aury Lopes Jr e Vitor Paczek:<sup>27</sup>

A confissão volta a ser a rainha das provas no modelo negocial, como uma recusa a toda a evolução da epistemologia da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores (*proof beyond a reasonable doubt*). Bastam os meros atos de investigação, realizados de forma inquisitória na fase pré-processual, sem (ou com muita restrição) de defesa e contraditório, seguidos de uma confissão. Assim como na delação premiada, é preciso considerar que o acordo sobre a pena – calçado que está na confissão – representa um atalho cognitivo sedutor. Não é preciso produzir prova de qualidade, basta a confissão. Obviamente essa confissão nem sempre é fácil de ser obtida. Então, lançar mão de algum tipo de pressão (ou no mínimo, blefe) é uma técnica natural e muito mais fácil do que investigar profundamente com tempo e meios adequados, obtendo-se elementos probatórios consistentes e submetê-los ao processo. Inclusive, uma pergunta surge de forma cristalina: se o Estado investiga bem, produz prova suficiente da culpabilidade de alguém, por que ele iria “negociar” a pena com um criminoso? Deveria punir. É um paradoxo negociar nesse caso.

---

27. LOPES JR, Aury; PACZEK, Vitor. *O plea bargaining no Projeto “Anticrime”: remédio ou veneno? Plea bargaining in the “anti-crime” project: medicine or poison?* Revista *Duc In Altum* – Cadernos de Direito, v. 11, n° 23, jan-abr. 2019, p. 343.

Máximo Langer,<sup>28</sup> ao tratar do *Absprachen* alemão, adverte que o Tribunal não pode fundamentar a sua decisão apenas com base na confissão:

Ademais, o Tribunal de Justiça Federal Alemão, em sua decisão de 28 de agosto de 1997, analisou detalhadamente, pela primeira vez, os requisitos que estes acordos devem obedecer a fim de serem admissíveis. Entre estes requisitos não deve haver violação ao dever judicial de buscar a verdade. Isso significa, por exemplo, que o tribunal não pode fundamentar sua decisão apenas em uma confissão obtida através de um acordo; o tribunal deve examinar a credibilidade da tal confissão e, eventualmente, ordenar a produção de novas provas no processo.

Na *plea bargaining brasiliis* a confissão basta em si mesma. Vejamos a nossa forma de aplicação: a investigação ocorre de forma sigilosa e sem a participação da defesa, visto que é realizada por uma autoridade e não pela parte. Para os inquisidores, a defesa não pode investigar, pois a investigação defensiva não tem previsão em legislação ordinária. Aqui, a investigação ocorre em “dose dupla”, a polícia e o Ministério Público investigam. A defesa não foi convidada. Após a conclusão da “dupla investigação”, sem participação da defesa, e com todas as provas produzidas sem contraditório e de forma unilateral, com desconhecimento do investigado, em virtude do sigilo, é oportunizado ao réu um “acordo de adesão”, bastando, para isso, que ele confesse o crime. Esta confissão volta a ser uma prova plena (*the return of the queen*) e absoluta. Ela se basta em si mesma. O juiz não pode absolver, não pode analisar a veracidade dos fatos, cabendo-lhe apenas uma análise formal dos requisitos do acordo. Todos os poderes aos inquisidores, e a conta está fechada, com a homologação do acordo pelo juiz.

Paulo Gustavo Rodrigues<sup>29</sup> esclarece:

---

28. LANGER, Máximo. *Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do Processo Penal*. Revista Delictae, v. 2, n. 3, jul-dez, 2017, p. 84.

29. RODRIGUES, Paulo Gustavo. *A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 3, n. 1, 2017, p. 122-123.

Surge, portanto, um *plea bargain* à brasileira, em que a acusação e a defesa podem fazer um acordo – com base apenas na confissão do acusado e eventuais elementos de informação pré-processuais – o qual, após homologado pelo Juiz, servirá de prova para instruir processo contra os outros integrantes da organização criminosa e fixará prematuramente as sanções impostas ao delator. Criou-se uma hipótese em que a verdade de fatos típicos é objeto de negócio jurídico extraprocessual, na medida em que as partes acordam a aceitabilidade jurídica de determinada premissa relacionada ao crime sem que seja produzida judicialmente nenhuma prova, nos casos em que a colaboração ocorre ainda na fase inquisitorial.

Isso não é *plea bargaining*. Isso não é negociação, não se trata de um sistema adversarial, é apenas, e exclusivamente, um reflexo de poder estatal que apenas quer antecipar penas, aplicando-as de forma mais célere e sem contraditório. É um verdadeiro contrato de adesão, onde só o inquiridor dita as regras do jogo. O contraditório desaparece no negócio penal brasileiro, não há ampla defesa, não há presunção de inocência, não há preocupação com a verdade, pois o objetivo não é garantir os princípios constitucionais, mas apenas economizar com a redução dos custos do processo e punir com mais velocidade. Nada mais importa.

Vejamos o entendimento de Marcella Alves Mascarenhas Nardelli:<sup>30</sup>

Apenas para que fique claro, o *guilty plea* norte-americano diferencia-se sobremaneira do instituto da confissão da *civil law*. O primeiro, como se viu, autoriza imediatamente a aplicação da pena, mostra-se como alternativa ao processo, já que tem a condenação como consequência direta, desde que desprovida de qualquer vício. Já a confissão no sistema romano-germânico se insere no devido processo legal, tendo valor como elemento de prova a ser apreciada livremente pelo julgador e contrastada com as demais existentes.

Soma-se a isso, o fato do legislador brasileiro, no acordo de não persecução penal, exigir a confissão como requisito para o acordo, sem previsão de uma saída alternativa, como ocorre na hipótese do *nolo contendere*. No

---

30. NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law*. Revista eletrônica de Direito Processual, vol. XIV, 2014, p. 342.

Brasil, parte-se de um sistema inquisitivo, sem contraditório e ampla defesa, sem as garantias do sistema adversarial, e ainda se exige a confissão como prova plena e requisito para o acordo de não persecução penal, sem que o réu tenha a opção de “não contestar” (*nolo contendere*), sem assumir a culpa, para que se garanta minimamente a presunção de inocência. Não, no sistema inquisitorial brasileiro, nada disso importa.

### *A plea bargaining desleal*

Toda relação que envolve o investigado e o Estado é uma relação de poder. No sistema inquisitorial esta relação é ainda mais desigual, considerando a existência de distorções em seus fundamentos, que impedem o uso dos princípios garantistas do sistema acusatório. Logo, todo sistema se fundamenta numa relação de autoridade em que o investigador é o agente da verdade e o investigado é um empecilho a esta verdade.

Isso pode gerar a sensação de que o mal do crime pode ser combatido a qualquer custo, pouco importando os ditames constitucionais, pois, para combater o mal, tudo vale. Com isso, surgem deturpações no sistema, condutas antiéticas e desleais, que muitas vezes são indevidamente toleradas, quando, em verdade, deveriam ser rechaçadas, diante das nulidades geradas pelos vícios de essência que os fundamentam.

Veja-se que, até mesmo no sistema adversarial dos EUA, percebe-se, na prática, o poder estatal diante do temor que o risco de uma condenação pode causar, com a aplicação da pena de morte, o que leva o inocente a aceitar acordo apenas pelo instinto de sobrevivência. Se lá, que preza pelo sistema adversarial, já existem deturpações, com a possibilidade de inocentes assumirem culpa para evitar a morte, aqui, isso será muito pior, em virtude da existência de um sistema desigual e inquisitivo, que não preza pelas garantias constitucionais.

Salah Hassan Khaled<sup>31</sup> adverte:

---

31. KHALED JR., Salah Hassan. *O sistema processual penal brasileiro*. Revista Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2001, p. 302.

Diante desse contexto, tomar o sistema penal americano como exemplo pode ser extremamente perigoso, uma vez que a sujeição criminal decorrente dessa abordagem – chamada de econômica – é mais do que evidente. Os processos de incriminação são deixados de lado a partir de uma negociação que configura evidente violência simbólica por parte dos promotores americanos. São rotineiros os casos de aceitação de penas de décadas de duração diante da ameaça de prisão perpétua ou pena de morte caso o acusado opte pelo processo penal. Portanto, parece claro que em ambos os casos etapas consideradas preliminares estão perpassadas por relações de poder que fazem com que os traços inquisitórios acabem sendo predominantes.

No mesmo sentido é o entendimento de João Ozório de Melo.<sup>32</sup>

Indiscutivelmente, a grande desvantagem do *plea bargain* é o mal que pode causar a réus inocentes. Se o réu sabe que é inocente e acredita na absolvição, corre o risco de ser condenado e receber uma pena maior do que a razoável. Ele pode ser penalizado por não fazer o acordo. Em outras palavras, não há complacência para o réu inocente. Há para o criminoso confesso. E ao contrário do criminoso, que obtém propostas de redução de acusações, o promotor tende a relacionar todas as acusações que estão a seu dispor. Pode incluir até a acusação de que o réu (inocente) não mostrou qualquer remorso. Como pode um réu mostrar remorso por um crime que não cometeu? (...) Não é raro que réus inocentes aceitem fazer o acordo por medo. Se forem a julgamento, poderão pegar uma pena dura, em vez de uma leve. O sentimento de que o resultado de um julgamento pode ser muito pior do que o do *plea bargain* é uma espécie de “custo da inocência”, segundo a Associação Europeia de Direito e Economia. Estudos mostraram que, nos EUA, 56% dos réus inocentes aceitam o acordo de *plea bargaining* para não serem afastados por muito tempo de suas famílias e da sociedade em geral. A “penalidade por julgamento” foi inventada para estimular criminosos a fazer o acordo. Mas, ironicamente, penaliza os inocentes.

Nas investigações dos EUA vem sendo divulgado o chamado “Método Reid”, que consiste na utilização de técnicas desleais, cujo objetivo é obter

---

32. MELO, João Ozório de. *Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA*. Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua#author>. Acesso em: 30 mai. 2020.

confissões a qualquer custo, que, mais das vezes, não correspondem à verdade. Livia Yuen Ngan Moscatelli<sup>33</sup> esclarece as fases do método Reid:

Para a obtenção de uma confissão, são descritos nove passos a serem seguidos: 1) confrontação direta, 2) introdução e desenvolvimento do tema de interrogatório, 3) a reversão das negações, 4) a reversão das objeções, 5) a busca pela retenção da atenção, 6) o reconhecimento da resignação, 7) a apresentação da questão alternativa, 8) a obtenção da confissão oral e, por fim, a 9) conversão para a confissão escrita.

Trata-se de método inquisitorial, com a utilização de falsas promessas, constrangimento e blefes, como bem adverte a autora:<sup>34</sup>

Feitas as considerações detalhadas sobre o procedimento ensinado por John Reid e a sua utilização nas investigações criminais, é evidente que este método possui traços característicos de natureza inquisitorial. Pressões psicológicas, blefes, falsas promessas, constrangimento emocional, consistem em alguns dos instrumentos são utilizados em prol do prêmio final, que é a confissão.

Este método investigativo, altamente criticado, vem sendo utilizado para a obtenção de confissões falaciosas, cujo objetivo dos investigados é, exclusivamente, livrar-se das pressões, e não explicar, com veracidade, como os fatos efetivamente aconteceram. Trata-se de mais uma prática desleal, gerando acordos que envolvem pessoas inocentes.

Além de penas serem impostas aos inocentes, outras deturpações podem ocorrer no sistema que utiliza a *plea bargaining*. Dentre elas, podemos destacar, a “sobreimputação” (*overcharging*), que consiste no excesso de acusação, geralmente sem amparo nos autos, ou seja, sem justa causa. Um único fato é transformado em diversos crimes, com várias imputa-

---

33. MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. *Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 361-394, jan.-abr. 2020, p. 377.

34. MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. *Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 361-394, jan.-abr. 2020, p. 381.

ções, com violações desproporcionais dos tipos penais, gerando um excesso acusatório de crimes imaginários, cujo objetivo é gerar no investigado o temor de enfrentar a ação penal. Exagera-se na acusação, pede o mais, para, com este blefe, conseguir uma pena imediata.

Mathaus Agacci<sup>35</sup> esclarece:

Veja: imputa-se ao acusado uma quantidade absurda de delitos, visando amedrontá-lo para aceitar o acordo, evitando-se uma persecução penal com a possibilidade da ampla defesa e do contraditório.

Vejamos a doutrina de Marcella Alves Mascarenhas Nardelli:<sup>36</sup>

Seguindo essa lógica, a situação se mostra problemática justamente nos casos mais fracos para a acusação do ponto de vista probatório, ou naqueles em que a defesa não se apresenta aberta a negociar, momento em que o promotor precisa ser mais incisivo na barganha para obter o acordo. E é aí que entram em cena algumas práticas censuráveis de constrangimento e ameaça de sobreimputação (*overcharging*), seja sobrecarregando a imputação com uma pluralidade de condutas (horizontal *overcharging*), seja pela elevação do *quantum* da pena pretendida (vertical *overcharging*) ou, até mesmo, ameaçando pleitear a aplicação de pena capital, nos estados em que é admitida.

Isso se torna ainda mais grave quando o blefe da acusação está baseado em provas frágeis, quando a ameaça acusatória surge sem nenhum respaldo jurídico, sem qualquer justa causa, em casos que, em verdade, deveriam ser arquivados, como bem descreve João Ozório de Melo:<sup>37</sup>

---

35. AGACCI, Mathaus. *O overcharging e o direito de ser bem acusado no processo penal brasileiro*. Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-24/mathaus-agacci-overcharging-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 13 jul. 2020.

36. NARDELLI, Marcela Alves Mascarenhas. *A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law*. Revista eletrônica de Direito Processual, v. XIV, p. 345.

37. MELO, João Ozório de. *Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA*. Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua#author>. Acesso em: 30 mai. 2020.

Muitas vezes, a negociação entre promotores e réus/advogados é séria e bem-intencionada. Mas em todos os ambientes há cobras criadas. Um promotor pode blefar sobre seu poder de fogo para obter um acordo, sabendo que seu caso, na verdade, é fraco. As provas podem não ser incontestáveis, as testemunhas podem não ser dignas de crédito, a prova forense pode não ser convincente e o réu pode ter a simpatia dos jurados. Assim, ao aceitar o *plea bargain*, o réu pode aceitar uma condenação que o promotor dificilmente conseguira em um julgamento.

Outra distorção muito comum na *plea bargaining* é a utilização da prisão para obrigar o preso ao acordo. De início, já se percebe que o preso não tem voluntariedade. O indivíduo é mantido no cárcere, com o fim exclusivo de realizar o acordo. Na realidade brasileira, isso tem sido muito comum nos casos de delação premiada, conforme asseveram Aury Lopes Jr e Vitor Paczek:<sup>38</sup>

Nada muito distante da realidade brasileira experimentada na Operação “lava jato”, com a banalização da prisão cautelar (coação) como técnica para obter a negociação e confissão. Por mais que se negue (ou até que se assuma), há um número altíssimo (e essa cifra é impossível de ser precisamente definida dado o caráter sigiloso dos acordos) de delatores que aceitaram o acordo para não serem presos (mais notório foi o caso Guido Mantega); outros delataram para obter a liberdade (caso Antonio Palocci, por exemplo) e muitos sim estavam em liberdade, mas diante da ameaça real e concreta de prisões longas durante as investigações – constantemente notícias pela mídia – preferiram se antecipar ao perigo. Portanto, é inegável que a prisão cautelar foi usada como importante instrumento de coação para obtenção dos acordos de delação premiada. Tal coerção, no Brasil, é ainda muito mais grave que nos Estados Unidos, na medida em que o acusado ficará preso em um sistema carcerário medieval, violento e dominado por facções, onde o risco de morte é real e concreto. Um dia de prisão cautelar no Brasil pode representar uma pena de morte, sem qualquer exagero, basta conhecer a nossa realidade carcerária.

Tal prática se assemelha à tortura:

---

38. LOPES JR., Aury; PACZEK, Vitor. *O plea bargaining no Projeto “Anticrime”: remédio ou veneno? Plea bargaining in the “anti-crime” project: medicine or poison?* Revista *Duc In Altum* – Cadernos de Direito, vol. 11, nº 23, jan-abr. 2019, p. 344/345.

A experiência dos EUA mostra que a coerção existe — sempre existiu e existirá — na negociação do *plea bargain*. O professor John Langbein, da Faculdade de Direito de Yale, argumenta que o sistema moderno de *plea bargaining* dos EUA é comparável ao sistema medieval de tortura na Europa. “Ninguém vai esmagar os membros de seu corpo se você se recusar a confessar nem exagerar na quantidade de anos extras que vai passar na prisão. Mas o *plea bargain*, como a tortura, é coercitivo. Como os europeus medievais, os americanos estão operando, agora, um sistema processual que envolve condenação sem julgamento.”<sup>39</sup>

Ressalte-se, ainda, a famigerada prática que ficou conhecida como o “dilema do prisioneiro”. Esta prática consiste em colocar dois investigados presos em celas separadas e levar informações falsas ou blefes de um para o outro, sem que haja qualquer contato entre eles, com o objetivo que um deles traga informações relevantes, ou assuma a culpa, para obter benefícios.

Celina Regina Nilander de Sousa<sup>40</sup> assevera:

Portanto, quando se fala em teoria dos jogos não se pode passar despercebido o “dilema do prisioneiro”, no qual, dois indivíduos estão sob a guarda da polícia sob o pretexto das provas para assim mantê-los, porém não há provas para incriminá-los. Desta forma, os dois são postos em salas separadas para que não haja acordos prévios, sem que haja nenhuma comunicação. Este é um típico exemplo de não cooperatividade, isto por não se comunicarem, sem a permissibilidade de obrigatoriedade em acordos. Então oferecem a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir? A

---

39. MELO, João Ozório de. *Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA*. Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua#author>. Acesso em: 30 mai. 2020.

40. SOUSA, Célia Regina Nilander de. *A teoria dos jogos e o Direito Penal*. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo, Vol. 10, n. 2, jul/dez, 2016, p. 37.

posição mais vantajosa para cada acusado, considerando as escolhas dos outros envolvidos é o equilíbrio de Nash, que representa uma situação em que um jogo envolvendo dois ou mais jogadores, nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente.

Por fim, não há como negar o fato de que o réu que não aceita o acordo é visto como alguém que não quer colaborar e, por isso, deve arcar com as piores acusações e penas mais altas. O réu que não aceita “colaborar” para que seu processo seja célere, deve arcar com as consequências da sua negativa; ele se torna um estorvo, ou seja, *persona non grata*.

Vejamos a doutrina de Aury Lopes Jr e Vitor Paczek:<sup>41</sup>

O *plea bargaining* no processo penal pode se constituir em uma técnica que transforma a acusação em um instrumento de coação, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao “negócio” e o acusado que resiste vira um estorvo.

## Conclusão

Por isso, a *plea bargaining* no Brasil deve ser analisada com cautela e prudência, respeitando-se os princípios constitucionais e os direitos humanos, evitando-se, assim, condutas desleais, que visam a aplicação imediata da pena a qualquer custo. Os fundamentos do sistema adversarial devem implementados no Brasil, com total respeito aos direitos humanos, ou a *plea bargaining* se transforma em exercício do poder inquisitivo, sem qualquer chance a produção de um acordo justo para o réu.

---

41. LOPES JR., Aury; PACZEK, Vitor. *O plea bargaining no Projeto “Anticrime”: remédio ou veneno? Plea bargaining in the “anti-crime” project: medicine or poison?* Revista Duc In Altum – Cadernos de Direito, vol. 11, nº 23, jan-abr. 2019, p. 346.

# 10

## Princípio da Legalidade, o escudo do cidadão

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

---

1. Luiz Eduardo Filizzola D'Urso é Acadêmico de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), Membro da Liga Acadêmica Agromack, Diretor Administrativo e Diretor da Comissão de Meio Ambiente do Rotaract Club Universidade Mackenzie, Vice-Presidente da Comissão Nacional do Acadêmico de Direito da ABRACRIM.

Por incrível que pareça, ainda não se compreende o que é, e qual a amplitude, do princípio da legalidade. Este artigo se presta a tentar ajudar nesta compreensão.

De maneira muito simplista, pode-se afirmar que o princípio da legalidade consiste no fato de que alguém só está obrigado a fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa, em virtude de lei.

A ideia que deu origem ao princípio da legalidade já havia sido apontada no Direito Romano, embora somente tenha fixado raízes entre os séculos XVII e XVIII, no período do Iluminismo. À medida que a sociedade se desenvolveu e, junto dela, o próprio Direito, o princípio da legalidade foi ganhando um significado cada vez maior, e logo apareceu em inúmeros documentos disseminados pelo mundo, tais como o Bill of Rights (Inglaterra, 1689) e a Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776).

No Brasil, o princípio revelou-se, pela primeira vez, na Constituição Imperial de 1824, em seguida surgiu no Código Penal do Império de 1830 e, depois de décadas, consolidou-se no Código Penal de 1940, chegando aos nossos dias pela Constituição Federal de 1988.

Dentro do Código Penal vigente, referido princípio está definido no artigo 1º, que estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal. Na Constituição brasileira, sua descrição está no artigo 5º, inciso II, e prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; e, ainda, no inciso XXXIX, do mesmo artigo, que estabelece: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Com esta definição, fixada no Código Penal e na Constituição Federal, é possível sintetizar o princípio da legalidade na frase latina: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que significa: não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina.

Desta forma, não é difícil concluir que o princípio da legalidade é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro e, a partir da sua definição, é possível verificar a primeira consequência deste princípio: a limitação do poder punitivo do Estado. Neste caso, compreendendo o Estado na

concepção de Montesquieu e sua tripartição dos poderes em: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Verifica-se, nesse princípio, o papel de protetor do cidadão contra os poderes constituídos, defendendo os direitos individuais e a autonomia de vontade das pessoas que integram o Estado. Dessa forma, a administração pública só pode fazer aquilo que a lei permite, estabelecendo um limite legal para toda e qualquer ação do Estado. Em outras palavras, suas atitudes devem ser determinadas e estabelecidas em lei e não por vontade daquele que exerce o poder estatal, mesmo que legitimamente.

Isto está expresso na Constituição Federal, em seu artigo 37, quando prevê que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Pelo pacto constitucional, a população brasileira optou por tornar o Brasil um Estado Democrático de Direito. Por esta razão o nosso sistema jurídico é baseado no império da lei, que está acima de todos.

Por fim, conclui-se que o princípio da legalidade é a base da própria democracia e serve de segurança para todos, frente ao imenso poder estatal, revelando-se um verdadeiro escudo de proteção do cidadão.

## Caráter excepcional das cautelares penais

Fernando Capez<sup>1</sup>

- 
1. Graduou-se em Direito pela Universidade de São Paulo – USP no ano de 1986. Mestrado em Direito Penal, na referida universidade, (1998-2001). Possui Doutorado em Direito, na PUC/SP, (2005-2008). Aprovado em primeiro lugar no concurso de ingresso à carreira do Ministério Público, tomou posse em 08 de janeiro de 1988. Atualmente licenciado do cargo de 107 ° Procurador de Justiça da Procuradoria de Justiça Criminal de São Paulo. Deputado Estadual por São Paulo pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, eleito para três legislaturas seguidas, nos anos de 2006, 2010 e 2014. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo durante o biênio de 2015/2017. Autor, coautor e coordenador de obras jurídicas. Diretor Executivo do Procon-SP.

O Estado tem o dever de promover a defesa eficaz dos valores constitucionalmente assegurados ao cidadão, uma vez que a CF consagrou o princípio da proteção eficaz do bem jurídico. O art. 5º, caput e deu § 2º, da Carta Magna asseguram a igualdade de todos perante a lei e garantem a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade e outros congêneres.

A inafastabilidade da tutela jurisdicional confere ao Poder Judiciário a inderrogável prerrogativa de intervir para salvaguarda de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (CF, art. 5º, XXXV), sendo o processo penal meio legítimo para a satisfação da pretensão punitiva do Estado e proteção da sociedade.

O devido processo legal, contudo, com seus consectários da ampla defesa e contraditório, demanda certa duração com o objetivo de buscar a verdade real dos fatos e não a versão que interessa ao acusador. Esta natural demora torna necessária a chamada tutela de urgência ou emergência, evitando-se que o passar do tempo inviabilize a efetividade da prestação jurisdicional. Testemunhas podem morrer ou serem constringidas a mentir, documentos podem ser destruídos, o acusado pode se evadir definitivamente sem deixar rastros, dissipar seu patrimônio ou cometer novos delitos, tudo isso enquanto se aguarda o natural desenrolar dos trâmites processuais.

Por essa razão, o legislador conferiu ao juiz a possibilidade de determinar providências acautelatórias, destinadas a garantir que o processo não venha, ao final, a se tornar inútil. Pode-se assim dizer que, o Direito Penal define os crimes e estabelece as penas a eles correspondentes, ao passo que o processual disciplina o processo e as medidas urgentes destinadas a garantir sua eficácia, ao qual dá-se o nome de poder geral de cautela.

O caráter instrumental das medidas cautelares cumpre o mandamento constitucional de assegurar a efetividade do processo, uma vez que sua duração razoável e celeridade denota a preocupação constitucional com a utilidade final do provimento que se busca (art. 5º, LXXVIII, CF).<sup>2</sup>

---

2. Art. 5º. LXXVIII, CF – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Enquanto no Código de Processo Civil, foi conferida ao juiz um poder geral de cautela, consubstanciado no art. 297 em que “[...] o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória” e no art. 301 “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante qualquer medida idônea para asseguuração do direito”.<sup>3</sup> No processo penal não cabe tal amplitude.

O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa são princípios fundantes do processo penal, tendo por objetivo limitar o poder punitivo do Estado (CF, art. 5º, LIV)<sup>4</sup>. No Estado Democrático de Direito, vigora o princípio da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), segundo o qual o acusado é considerado inocente até que sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado, de modo que a liberdade é a regra e a restrição da liberdade a exceção.

A liberdade é um dos mais valiosos bens da vida da pessoa. Por meio dela o ser humano exerce as suas potencialidades de convivência social, interação interpessoal e deslocamento geográfico (direito de ir e vir), de modo que qualquer mitigação desse direito deve estar expressamente prevista em lei, ficando insuscetível ao arbítrio do julgador (*nulla coactio sine lege*).

Neste sentido, Rodrigo Capez, em alentado trabalho de pesquisa, muito prestigiado nas cortes superiores, ensina que:

O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem o recurso à analogia com o processo civil.<sup>5</sup>

---

3. Art. 297, CPC – o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória.

4. Art. 5º, LIV, CF – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

5. CAPEZ, Rodrigo. *No processo penal não existe poder geral de cautela*. Consultor Jurídico: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-06/rodrigo-capez-processo-penal-nao-existe-poder-geral-cautela>.

As hipóteses legais de limitação da liberdade do cidadão deverão, também, ser específicas, sem margem para criação ou interpretação do juiz. Como bem observa Eugênio Pacelli:

A admissão de medidas cautelares não previstas em lei pode abrir um perigoso leque de alternativas ao magistrado, dificultando, sobremaneira, o controle de sua pertinência e oportunidade, ficando em mãos do magistrado de primeiro grau a escolha de providências cujo controle de pertinência e de adequação (além de proporcionalidade) seria muito difícil (...).<sup>6</sup>

As medidas cautelares pessoais são aquelas que restringem a liberdade do cidadão (prisões processuais). Já as cautelares reais são as de caráter patrimonial (sequestro de bens móveis; sequestro de bens imóveis; hipoteca legal de bens imóveis; arresto prévio de bens imóveis e arresto de bens móveis).

De acordo com o art. 282, I e II, CPP, a decisão cautelar deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, mediante análise dos critérios de necessidade e adequação. Exige-se a demonstração **fundamentada** do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, até mesmo para as medidas cautelares reais, vez que encontram seu elemento conceitual referencial no sistema das medidas cautelares pessoais.<sup>7</sup>

Esporadicamente, de modo contrário à lei, há decisões concedendo medidas cautelares inominadas, dentre as quais a condução coercitiva, antes mesmo da intimação, com violação ao art. 260 do CPP (*se o acusado não atender a intimação para interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença*) e os artigos 201, § 1º e 218 do CPP (*se o ofendido ou testemunha, regularmente intimados, deixarem de comparecer sem motivo justificado a ato designado para sai inquirição, o juiz poderá determinar a sua condução coercitiva*).

6. PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 409.

7. “Cada uma das medidas possui a sua especificidade, exigindo uma certa flexibilização dos conceitos a ponto de, por sua estreita relação com as medidas cautelares do Direito Processual Civil, não constituir uma impropriedade falar-se em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*” (JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 776.

No caso do acusado, mesmo sob a justificativa de perigo à produção de provas, a condução coercitiva, além de inconstitucional, não traz ganhos significativos ao processo, ante o direito ao silêncio e à não autoincriminação.<sup>8</sup>

Excluída a hipótese de recalcitrância em atender ao chamamento da autoridade, não existe previsão legal para a condução coercitiva, ainda que fundada em suposto perigo para a investigação, sendo vedada, como já exposto, a invocação do poder geral de cautela.<sup>9</sup>

Como bem lembra Rodrigo Capez, em sua já citada e festejada obra, devido à sua inadvertida utilização, o STF enfrentou a questão nas medidas cautelares inominadas em recentes decisões, das quais destacam-se as ADPFs nº 395 e 444. Por maioria de votos, o plenário da Corte declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, com base no art. 260, CPP, não foi recepcionada pela CF.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes afirmou que a concessão de medida cautelar de condução coercitiva é forma de limitação da liberdade do cidadão que contraria os direitos à não autoincriminação;<sup>10</sup> tempo necessário à preparação da defesa;<sup>11</sup> devido processo legal; imparcialidade, paridade de armas e ampla defesa; liberdade de locomoção e presunção de não culpabilidade, concluindo que:

As conduções coercitivas para interrogatório têm se disseminado, especialmente no curso da investigação criminal. Representam uma restrição importante a direito individual. Muito embora alegadamente fundada no

---

8. Nesse mesmo sentido, arguiu o Min. Gilmar Mendes em seu voto na ADPF nº 395, págs. 16/17: “A partir da Constituição de 1988, foi consagrado o direito ao réu de deixar de responder às perguntas, sem ser prejudicado – direito ao silêncio. A condução coercitiva para interrogatório foi substituída pelo simples prosseguimento da marcha processual, à revelia do acusado – art. 367, CPP, com redação dada pela Lei nº 9. 271/96”.

9. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 27. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p. 367.

10. Consagrado pelo art. 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, em execução por força do Dec. 592/92, e art. 8, 2, “g”, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Dec. 678/92.

11. Consagrado pelo art. 14, 3, “b”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, em execução por força do Dec. 592/92, e art. 8, 2, “c”, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Dec. 678/92.

interesse da investigação criminal, essa restrição severa da liberdade individual não encontra respaldo no ordenamento jurídico.<sup>12</sup>

Ausentes os requisitos do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, pressupostos da medida cautelar pessoal, e *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, pressuposto das medidas cautelares reais, não poderá o juiz conceder a medida sob risco de agressão aos princípios da legalidade e taxatividade.

O respeito ao devido processo legal exige um desenrolar processual sem atropelos à lei e à CF, pois não há maior ineficácia do que a de um processo nulo.

---

12. ADPF nº 395 MC/DF, voto do relator, Min. Gilmar Mendes, p. 34.

## O poder das redes sociais, as fake news e a coleta de dados pessoais

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

Luiz Flávio Borges D'Urso<sup>2</sup>

- 
1. Luiz Augusto Filizzola D'Urso, advogado especialista em Direito Digital pelo Ibmec-SP e Instituto Damásio Educacional. Presidente da Comissão Nacional de Cibercrimes da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM). Professor de Direito Digital no MBA de Inteligência e Negócios Digitais da FGV. Pós-Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, pela Universidade de Castilla-La Mancha/Espanha e Conselheiro da Digital Law Academy.
  2. Luiz Flávio Borges D'Urso é advogado criminalista, Mestre e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP, pós-doutor pela Faculdade de Direito da 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).

Houve um tempo em que, para levar uma informação a distâncias expressivas usava-se o telégrafo. Mesclando o compasso de sinais sonoros breves, cadenciados, se podia identificar a informação que se pretendia transmitir.

O tempo foi passando e descobriu-se o telefone. Uma grande invenção na qual a voz humana era transmitida por longas distâncias, desde que houvesse um fio para transportá-la. O telefone se popularizou a ponto de, praticamente cada residência possuir um aparelho instalado.

Depois surgiu o computador. No início, usado como uma máquina de escrever sofisticada e nele se armazenava o texto que ali era gravado. Pouco depois, esse texto era armazenado em dispositivo externo. Não demorou muito para que tal armazenamento comportasse também imagens.

Num primeiro momento imagens estáticas e, posteriormente, imagens em movimento, vale dizer, fotos e vídeos que arquivados, poderiam também ser transmitidos a uma grande velocidade.

Os fios foram substituídos ao longo do tempo pelos sinais de rádio e o computador conheceu a revolução da internet. Uma gigantesca conexão mundial se estabeleceu, partilhando informações, agora instantaneamente, em fração de segundos, para dar a volta ao mundo.

Os mais velhos custavam a acreditar que tudo isso era verdade, enquanto os mais novos aprendiam a lidar com esses novos modelos quase que automaticamente. As novas gerações, iniciadas nesse novo tempo da internet, pareciam que já nasciam sabendo lidar com essa nova realidade.

Um grande choque se estabeleceu. Semelhante ao invento do avião, sonhado por seu criador para que pudesse fazer a vida das pessoas melhor, colheu-se a frustração, quando deparou-se com a utilização do avião para bombardear o inimigo nas guerras, levando a morte e o sofrimento em massa.

Também a internet surpreendeu a todos, pois da mesma forma que poderia ser utilizada para o bem, vale dizer, para melhorar a existência das pessoas, dela se utilizavam aqueles que queriam prejudicar pessoas e até delas se aproveitar. Inimagiável hoje admitir-se que a internet possa ser utilizada somente por aqueles bem intencionados, pois ela é utilizada por

todos e neste caso, também pelos mal intencionados, gerando prejuízos e sofrimento a muitos.

Com todos estes recursos, criou-se o computador de mão. Na verdade era ele um aparelho de telefonia celular tão somente. Com a evolução, os aparelhos de telefones celulares foram diminuindo de tamanho e a tecnologia possibilitou que nele fossem acoplados computadores de mão e até máquinas fotográficas.

O impacto da internet provocou muitas mudanças tecnológicas, mais intensas na vida das pessoas e dentre as várias inovações utilizadas diariamente, como os computadores e os smartphones, foi criada uma ferramenta que revolucionou não apenas a forma de interação das pessoas com o mundo, mas, especialmente, as relações interpessoais. Estamos falando das redes sociais.

A primeira rede social utilizada em larga escala e que ficou famosa mundialmente foi o Orkut, que teve sua versão em português lançada há mais de 15 anos. Nesta época, poucos imaginavam como estas empresas poderiam se tornar poderosas e influenciar a vida das pessoas. Muito menos, como os dados pessoais poderiam ser coletados e utilizados para mudar os rumos do mundo.

No engatinhar das recém-nascidas redes sociais, notavam-se os primeiros passos do que viria a ser a massiva exposição virtual, com depoimentos públicos de amigos, postagens de fotos pessoais, comentários em conteúdos e outras ações, tudo realizado dentro daquela plataforma. Inicialmente havia até uma certa resistência na utilização destas plataformas, às vezes por desconfiança e às vezes por pura ignorância, por não se entender o seu funcionamento.

Com o tempo a utilização das redes sociais passou a ser algo que estava na moda, que era moderno se utilizar. Em muito pouco tempo tornou-se uma febre mundial. Imagens de vários países exibiam jovens olhando para a tela do seu próprio celular e com ele interagindo.

Estas imagens mostravam a massificação de um comportamento no qual, predominantemente os jovens, passavam a se comunicar pelas redes

sociais, postando fotos, vídeos e mensagens. Em pouco tempo, esse hábito deu lugar à utilização destas redes sociais, por todas as faixas etárias, para a comunicação profissional e corporativa. Não se tratava mais de lazer, mas de se utilizar de uma plataforma para trabalhar, fazendo a comunicação se tornar algo ainda mais fácil, instantâneo e seguro.

Inegável que, com a utilização das redes sociais, estava se obtendo uma grande economia de tempo, levando a uma grande economia de dinheiro para transitar informação, seja ela escrita ou por imagem e isto tudo gratuitamente.

É curioso notar que, apesar de ser um serviço gratuito e sem produzir nenhum conteúdo, – uma vez que são os próprios usuários que publicam e alimentam estas plataformas –, as redes sociais passaram a ter um alto valor de mercado, como no caso do Facebook que, no ano de 2021, foi avaliada em cerca de 750 bilhões de dólares. Assim, resta a pergunta: afinal, como foi possível a valorização destas redes sociais ao longo dos anos, sem que elas cobrassem nada dos usuários?

A questão é que aos poucos, percebeu-se que o usuário, ao utilizar tais plataformas por tantas horas, interagindo com o conteúdo publicado e com os demais usuários, realizando publicações, check-ins, *likes* e etc., estaria fornecendo uma gigantesca gama de informações pessoais, sociais e até íntimas, e que estes dados relevantes, uma vez coletados, poderiam possuir grande valor no mercado.

Não é novidade o valor de um cadastro de endereços, ou de uma relação de pessoas que gostem de certas coisas específicas, tais como preferências esportivas ou musicais, ou o valor de uma relação de profissionais ou de produtos que se pretende adquirir.

Tudo isso já era conhecido do homem moderno, mas tudo muito superficialmente. Quando percebeu-se que estes cadastros poderiam conter muito mais do que endereços, qualificações pessoais, incluindo preferências de toda espécie, e que poderia conter milhões de informações para se estabelecer o perfil total da pessoa em análise, concluiu-se que isto valia muito mais do que se imaginava.

Para tanto, as plataformas passaram a pedir autorização para coletar certas informações e não se sabe o quanto que se coletava de dados e informações desde o início. Imagina-se que, no começo, estas informações eram armazenadas inclusive sem qualquer autorização ou conhecimento dos usuários.

Depois, as plataformas além de obter estas autorizações, as quais pouco se compreendia, para armazenamento de dados, passou a também a armazenar imagens fotográficas e de vídeos, tempo de utilização das plataformas, preferências, etc., valendo-se, inclusive, da captação da imagem do próprio usuário enquanto utiliza-se da plataforma.

Assim, os milissegundos que o usuário visualiza cada foto, as publicações que são curtidas ou compartilhadas, as *selfies* publicadas, as palavras-chaves escritas/monitoradas ou até a reação corporal (como microexpressões faciais ao olhar e reagir a um conteúdo na tela), passaram a ser coletadas, cadastradas, organizadas e, principalmente, comercializadas.

Maximizando este cenário de evolução das redes sociais, nota-se, também, o crescimento na quantidade de usuários destas ferramentas, bem como, do tempo que se permanece navegando dentro destas plataformas, além de uma verdadeira dependência destas. Para exemplificar esta situação, alguns afirmam que a *timeline* sem fim, equipara-se a uma sopa de prazeres infinitos, levando os usuários a ficar horas e horas, navegando nas redes sociais, sem nunca chegar ao fim.

Este seria um dos objetivos buscados pelas plataformas, ou seja, o maior tempo de navegação. Vale dizer que quanto mais o usuário fica conectado, maior será a captação de seus dados e reações, ajudando a compor estas bases que se formam a partir da utilização das redes sociais.

Assim, em razão desta realidade, que contempla esta enorme utilização pelos internautas, tanto pelo número de usuários, como pelo tempo conectado, bem como pela coleta de dados pessoais realizada, as redes sociais se tornaram gigantes bancos de dados de informações sobre as vidas e preferências dos usuários, transformando-se, desta forma, em plataformas extremamente poderosas e extremamente valiosas.

Desnecessário lembrar que a informação é poder, de modo que dados coletados, são informações que resultam em poder para quem as detém, neste caso, as próprias redes sociais.

Com relação a estes dados coletados, são eles utilizados de incontáveis maneiras, tornando-se importantes ativos de propaganda, para realização de um marketing digital mais assertivo, uma vez que, com eles, é possível fazer o direcionamento para se atingir um maior êxito nas vendas de produtos, induzindo o destinatário desta publicidade (dirigida e pessoalíssima) ao consumo. Isso tudo com base nas informações coletadas, que, como foi dito, possuem todos os detalhes de preferências, gostos e buscas, revelando, desta forma, os interesses dos usuários.

É por tudo isso que, após tantos anos coletando as informações de seus usuários, o Facebook já conta com um banco de dados com informações de, aproximadamente, 1/7 da população mundial, sendo que, este repositório de dados contém informações sobre tudo o que o usuário escreve, sobre suas fotos e vídeos publicados, sobre as “curtidas” na rede, sobre os compartilhamentos, sobre tudo o que consulta e por onde navega, sobre sua identidade, sua geolocalização e uma infinidade de outras informações importantes.

Além disso, o poder das redes sociais não se limita ao estudo, catalogação e distribuição/comercialização de todos estes dados coletados – o que já seria assustador –, mas também, na possível influência da opinião pública pois, munidos destes dados, estas redes sociais podem entregar um conteúdo específico, pessoal e personalíssimo para cada usuário, fazendo com que determinados conteúdos tenham mais engajamento e alcance, podendo, portanto, até mesmo interferir nas escolhas e opiniões da população, inclusive em eleições.

O poder destas redes sociais fica escancarado, especialmente quando observada a recente decisão do Facebook de banir o então presidente dos EUA, Donald Trump, de sua plataforma. Trata-se, nada menos, do que a exclusão do perfil de uma das pessoas mais poderosas e influentes do mundo. Assim, verifica-se também o domínio destas plataformas de remover perfis e engajar conteúdos de quem quer que seja.

O fato do Facebook também se tornar uma plataforma de consumo e divulgação de notícias jornalísticas ou informações não oficiais, fez com que a plataforma se tornasse um campo fértil para a propagação de fake news.

As fake news são notícias falsas ou distorcidas que podem produzir um efeito devastador sobre a verdade. Muitos são os dilemas que cercam as fake news como, por exemplo, quem julgará o que é, e o que não é, fake news e o que é ou não a verdade.

Não é de hoje, ou do tempo da internet, que o homem soube as consequências de uma notícia falsa. Isto vem expressado até em nossa legislação que pune a calúnia, a difamação e a injúria. Sem se deter nos aspectos técnicos destes crimes, na sua essência temos a mentira divulgada que é punida pelo efeito deletério que encerra. O exemplo do que pode fazer uma notícia falsa amplamente divulgada, a literatura já descreve e eternizou em livros preciosos.

Isto muda de figura, quando nos perguntamos o que pode provocar uma notícia falsa ou distorcida que atinge milhões de pessoas. O efeito é inimaginável. É poder distorcido. É propaganda mundial manipulada, manipulando pessoas e suas decisões e vontades, tudo calcado em mentiras.

Isto sem dúvida representa um grande desafio para a humanidade em nosso tempo. Da mesma forma que não se admite a censura, que é a proibição da circulação da informação, efeito semelhante, guardadas as proporções, é produzido quando as informações se proliferam, sendo estas verdadeiras, mescladas com informações falsas ou distorcidas. Se na censura se busca a alienação pela falta de informação, com as fake news, busca-se a alienação por informação falsa ou distorcida. Ambas as hipóteses afligem a população moderna e produzem desastres imensos.

Para se entender melhor estes aspectos, lembrem-se do vídeo que circulou nas redes sociais com o título “Denúncia: deputado marca presença de colegas ausentes”. Este vídeo retratava um suposto deputado relacionando a presença dos colegas faltosos em uma sessão na Câmara Federal. Este vídeo era verdadeiro? Da mesma forma, a notícia que circulou na internet de que o STF autorizou o monitoramento do Whatsapp de todos os

brasileiros. Isto era real? Mais um exemplo, a atriz Paolla Oliveira teve um vídeo seu, com conteúdo pornográfico, vazado recentemente. Este vídeo era verdadeiro?

A resposta para as três perguntas acima é não. No entanto, tais notícias parecem ser verdadeiras e temos a impressão de que já as vimos em algum lugar. Isto se dá pois, que estes boatos são fake news, que circularam nas redes sociais criando intensos debates na internet.

A fúria que se verificou nos comentários sobre o vídeo do suposto deputado flagrado, demonstra o poder de influência das fake news. Ironicamente, o vídeo viralizado não era de um político brasileiro, na verdade tratava-se de um vídeo gravado e publicado na Ucrânia, em 2017. Inegável que esta publicação ajudou a piorar a imagem do político no Brasil.

Tal “denúncia”, que era uma mentira, teve grande repercussão na internet, fazendo com que os internautas publicassem seus posts, destilando sua indignação nas redes sociais, atingindo milhares ou até milhões de pessoas, estimulando ataques genéricos aos políticos brasileiros e a quaisquer parlamentares supostamente apontados como flagrados ou beneficiários daquele ato ilícito presente no vídeo.

As fake news ganharam notoriedade após a campanha para eleição de Donald Trump, nos Estados Unidos, em 2016, quando as pesquisas apontaram que realmente houve uma influência direta das notícias falsas nas eleições norte americanas e que, inclusive, 27% do eleitorado teria acessado, pelo menos, uma fake news nas semanas que antecederam a eleição presidencial.

Na Inglaterra, o termo fake news, foi classificado como a palavra do ano de 2017, pela editora Collins, e receberá menção em um dicionário britânico. Já na Alemanha, em um campo de 27 milhões de tweets publicados, relacionados à campanha eleitoral, 14% eram fake news, ou seja, mais de 3 milhões e 700 mil tweets tratavam de informações falsas. Aliás, existem robôs (bots) que podem publicar mais de mil tweets por segundo, provando, assim, a facilidade de se viralizar algo inverídico nas redes sociais.

No Brasil, temos as fake news em diversos exemplos, um dos mais devastadores foi a disseminação exacerbada de um vídeo pornográfico,

supostamente da atriz Paolla Oliveira, sendo que, na verdade, se tratava de uma atriz pornô que é parecida com Paolla. Aqui se observa que o vídeo era verdadeiro, mas ao se atribuir que a personagem era a referida atriz, o internauta era levado a erro, acreditando tratar-se da atriz e não de uma sócia.

Um dos grandes problemas enfrentados atualmente, é que tais notícias falsas têm se utilizado do compartilhamento irresponsável de muitas pessoas nas redes sociais, que estão disseminando notícias mentirosas, sem verificar previamente sua veracidade. Inclusive, há casos que o compartilhamento é realizado após o indivíduo ler apenas o título, a manchete, desconhecendo por completo o conteúdo compartilhado.

Nota-se, também, que as empresas de tecnologia, as redes sociais, vivem em constante luta para solucionar ou diminuir este problema, contudo não tem obtido sucesso neste combate às fake news disseminadas em suas plataformas.

A preocupação com este tema é mundial e tem provocado mobilização de órgãos públicos e privados para o combate das fake News que se tornaram um produto, porque já há no mercado empresas que vendem serviços de criação e viralização de fake news para campanhas políticas ou para prejudicar pessoas ou empresas concorrentes.

Portanto, o combate às fake news deve ser realizado por todos, mundialmente, tanto pelas empresas de tecnologia, como pelos órgãos governamentais, pelas corporações e até mesmo pelas pessoas físicas, individualmente, pois hoje todos têm voz e vez nas redes sociais e pela simples modificação do papel social e da responsabilidade das pessoas, obrigando-se a conferir a informação antes de publicá-la ou compartilhá-la, muito se obterá nessa batalha constante contra as fake news.

É indispensável um amadurecimento efetivo no combate às notícias falsas, para se avançar, enquanto humanidade, combatendo-se os efeitos devastadores das fake news na vida de todos.

Assim, caso as fake news não sejam objeto de preocupação da humanidade, elas proliferarão em um ambiente no qual o destinatário da informação

falsa ou distorcida, se servirá dos dados coletados, em larga escala, sem controle algum, os quais estarão a serviço da desinformação.

Se o controle e combate das fake news é tarefa das mais difíceis, menos complexo é o controle da coleta de informações em larga escala. Isto precisava ser mudado e regrado.

Foi neste cenário absurdo de ausência de controle, e de grande acúmulo de informações coletadas dos usuários, que se verificou a necessidade de se estabelecer regras que pudessem, no interesse público e dos próprios usuários, limitar a coleta das informações e dados pessoais, a fim de que, caso não fosse autorizada pelo internauta, suas informações não poderiam ser colecionadas e, tampouco, utilizadas especialmente para fins econômicos, tecnológicos ou políticos. Partiu-se, então, para o regramento da coleta e do armazenamento dos dados pessoais.

Em tempos de proteção de dados pessoais, uma afirmação ganha relevo: “Se você não paga pelo serviço ou pelo produto, o produto é você”. Esta frase surge em alusão à gratuidade das redes sociais, que nada cobram de seus usuários, e transformam os usuários no próprio produto de seu interesse. Fica, assim, cristalino que estas redes sociais são “remuneradas” através da coleta de dados de seus usuários e de sua possível comercialização final.

O legislador brasileiro, seguindo a tendência mundial, ocupou-se do tema apresentando um projeto de lei que pudesse proteger os dados pessoais, organizando seu armazenamento e sua utilização.

Daí a importância da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que veio à luz pela Lei nº 13.709/18, promulgada em agosto de 2018, e que teve a sua vigência iniciada em setembro de 2020. Porém, as punições às empresas, aplicadas pela figura criada por esta lei, a da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, em razão do descumprimento das disposições legais nela estabelecidas, passaram a ser efetivadas somente a partir de agosto de 2021.

Desta forma, com o advento da LGPD, um raio de esperança se acendeu, pois em um mundo de absurda e desmedida invasão de privacidade, através da coleta exagerada de dados, bem como de usuários que não se

atentam aos riscos desta situação e sequer observam os termos de usos das redes sociais que utilizam, o advento de uma regulamentação que tenta regradar e diminuir esta exacerbada coleta de dados, é extremamente bem-vinda, especialmente quando tem por objetivo exigir mais transparência e menos exageros.

Portanto, uma nova cultura se avizinha, com o combate às fake news, com o empoderamento dos usuários das redes sociais que devem lutar por seus direitos, especialmente por um regramento claro, de como pode se dar a coleta e a utilização de dados pessoais, desde que autorizadas e realizadas em quantidade mínima necessária para a atividade da empresa que as coleta, sempre com absoluta transparência. Isto certamente decorrerá de leis de proteção de dados e de regramentos, que deverão ser claros, para disciplinar as autorizações dessa captação.

Diante destes novos tempos que estão por vir, reitera-se a necessidade do combate às fake news e da proteção dos dados pessoais como sendo um patrimônio do cidadão, um bem pessoal, que se torna alvo de incontáveis interesses, carecendo de proteção estatal permanente.

# 13

## Teoria da cegueira deliberada no crime de lavagem de bens

Fernando José da Costa<sup>1</sup>

---

1. Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, Doutor em Direito Penal pela Universidade de Estudos de Sassari (ITA), Secretário de Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo, desde outubro de 2020.

Não é de hoje que a humanidade abriu os olhos e passou a combater a lavagem de bens. Com isso, criou-se o crime de lavagem de capitais, com o escopo de tutelar a licitude das movimentações financeiras e criminalizar o agente que legitima bens oriundos de infrações penais.

O Brasil, em 14 de junho de 1991, tornou-se signatário da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 e, em março de 1998, em consonância com tal Convenção, criou a Lei de Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens.

O crime de lavagem de capitais, denominado crime-fim, exige para sua caracterização um crime antecedente, denominado crime-meio ou antecedente. Em síntese, a lavagem busca dar legalidade um bem oriundo de um delito. Isso quer dizer que, se não houver o crime antecedente, não poderá haver crime de lavagem de bens.

Inicialmente, a referida lei elencava um rol reduzido de crimes antecedentes que, se tivessem seus bens lavados, poderiam resultar em delito de lavagem. Caso houvesse uma lavagem de capital oriunda de um ilícito não criminal, ou de um crime diverso daqueles trazidos nesse rol, não poderíamos ter crime de lavagem, mas apenas o crime antecedente.

A partir de 9 de julho de 2012, a Lei nº 12.683 alterou vários dispositivos da Lei de lavagem, dentre eles aquele que trazia um rol de crimes antecedentes. Tal alteração que antes delimitava a possível lavagem para alguns crimes, agora ampliou esse rol. Haverá lavagem de bem oriundo de qualquer infração penal, que abrange além de qualquer crime, a contravenção penal, como por exemplo a do jogo de azar.

Feitas tais colocações, claro está que o crime de lavagem requer a existência de um crime ou de uma contravenção penal antecedente e que o bem em tese lavado seja oriundo deste crime. Tal questão é de suma importância pois, da mesma forma que reconhecemos a importância da criação deste crime, reconhecemos, também, a necessidade de não permitir que alguém seja acusado e condenado por lavagem de capitais, se não for demonstrado que o bem lavado de fato é oriundo de um crime antecedente.

Infelizmente, temos aos montes acusações criminais de lavagem de capitais que não respeitam estas exigibilidades. Imprescindível demonstrar onexo causal entre o crime antecedente e a lavagem, ou ainda que o crime-meio possui data anterior ao crime-fim (lavagem).

Tema em discussão, que será melhor analisado em outro artigo, é se certas condutas são de fato crime de lavagem de bens ou integrante do tipo penal do crime antecedente. Vejamos um caso de corrupção onde se formaliza um contrato simulado para concretizar o pagamento da vantagem indevida.

Após o julgamento da Ação Penal nº 470/MG, denominada “Mensalão”, nota-se que o Supremo Tribunal Federal, com algumas nuances em relação ao momento consumativo de cada um dos delitos, passou a firmar a tese geral de que o sistema jurídico brasileiro admite a autolavagem e, portanto, o afastamento de eventual consunção entre delitos de corrupção e lavagem de capitais, desde que verificados desígnios autônomos – que podem ser concomitantes, inclusive<sup>2</sup> –, que visem, com certo grau de sofisticação, a ocultar ou dissimular a origem dos bens ou valores provenientes de corrupção, extrapolando o mero exaurimento do delito antecedente, com o recebimento indireto de propina.<sup>3</sup>

- 
2. No âmbito da AP 470/MG, entendeu-se que a possibilidade de incriminação da autolavagem “pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado)”. Assim, para que a percepção de vantagem, por interposta pessoa, ultrapassasse a descrição típica do artigo 317, do Código Penal (“Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente [...]), seriam necessários “atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida” (STF, AP 470 EI-sextos, Relator: Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014. Também AP 470 EI-décimos sextos, Relator: Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2014). Os julgados mais recentes, todavia, têm flexibilizado a necessidade de que os atos de ocultação ou dissimulação sejam posteriores à consumação do delito de corrupção. Assim, poderá haver concurso material entre os dois delitos, desde que verificados desígnios autônomos, com aptidão material para se percorrer as ações típicas descritas no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/1998.
  3. Confira-se, a exemplo: STJ: AP 989, Relatora: Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 16/2/2022; STF: AP 1030, Relator: Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/10/2019; HC 165036, Relator: Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 09/04/2019; AP 1003, Relator: Edson Fachin, Relator p/ Acórdão: Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 19/06/2018; AP 996, Relator: Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018; AP 694, Relatora: Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017; Inq 2471, Relator: Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2011.

A lavagem é um crime de ação múltipla, abrangendo várias condutas como a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores oriundos de um crime, e traz uma elevada pena de reclusão de 3 a 10 anos, aumentada de um a dois terços, se o crime for praticado reiteradamente ou por intermédio de organização criminoso.

O delito de lavagem só prevê a modalidade dolosa. Portanto, se o agente praticar a conduta culposamente, por imprudência, negligência ou imperícia, não haverá tal crime.

Certamente esse é um ponto nevrálgico desse delito. O dolo consiste na livre e consciente vontade de praticar a conduta típica de lavagem. O agente deve ter a consciência que o bem é oriundo de uma infração penal e mesmo assim oculta ou dissimula sua origem, com a finalidade de torná-lo lícito.

Na nossa alteração legislativa de 2012 um termo foi excluído da norma, qual seja, a exigência de “saber” que aquele bem é proveniente de infração penal. Com tal alteração parte da doutrina passou a entender possível a configuração do crime de lavagem com a existência do dolo eventual, no qual o agente, mesmo não tendo o dolo direto, ao assumir o risco, é igualmente responsabilizado pelo crime. Isto quer dizer que para essa corrente doutrinária um agente, mesmo não tendo conhecimento da procedência ilícita do bem, ao atuar para torná-lo lícito, existindo indícios de sua procedência ilícita, demonstrando não se preocupar com tal questão, pratica o crime de lavagem, com dolo eventual.

Aqui está um delicado dilema deste delito. A teoria da cegueira deliberada, conhecida internacionalmente como *willful blindness* e inicialmente aplicada em tribunais estrangeiros, defende a configuração do crime de lavagem ao agente que pratica uma conduta omissiva, pois, mesmo não sabendo da ilicitude do bem, poderia e deveria saber da sua natureza ilícita e agir para evitá-la.

Que fique bem claro, não podemos confundir o “poder de polícia de fiscalizar”, destinado aos funcionários públicos atuantes na área da investigação

como delegados, fiscais, promotores de justiça,<sup>4</sup> com os deveres e obrigações do particular, que realiza licitamente sua atividade, sem ter ciência que o bem do terceiro no qual ele, de alguma forma, participa de sua movimentação, é oriundo de um crime. É imprescindível que de fato exista o “poder” de fiscalizar a procedência do bem e o “dever” de agir desta forma.

Vejamos a determinação do Banco Central para as instituições financeiras<sup>5</sup> informarem ao Coaf sobre movimentações financeiras; são elas:

- i) as transferências que superam um determinado valor;
- ii) movimentações consideradas suspeitas, nos termos dos artigos 48 e seguintes, da Circular nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020.

Feita tal colocação, imaginemos um erro sistêmico que redundasse no não envio ao Coaf de movimentações financeiras que superassem determinados valores. Surgem as primeiras dúvidas: quem será o responsável por tal omissão, o gerente regional de determinadas agências bancárias, o gerente geral daquela agência, o funcionário do departamento financeiro, da área de TI, o caixa, etc.? Temos aqui uma negligência ao não enviar tais informações ao Coaf, conduta atípica para o direito penal, podendo, quando muito, ocasionar uma infração administrativa. A situação se torna mais complexa quando enfrentamos o tema de movimentações tidas como “suspeitas”. Entramos em um perigoso critério subjetivo. Como pode um bancário treinado para realizar um serviço financeiro lícito ser acusado pela prática de crime de lavagem, pela teoria da cegueira deliberada, por não ter informado o Coaf de uma movimentação que “um promotor de justiça” entende como suspeita? Como já dito, este funcionário não possui poder de fiscalização, nem treinamento específico para, na maioria das vezes, identificar que os bens ingressados naquela instituição financeira são oriundos de uma infração penal e que sua movimentação poderá redundar em lavagem de capitais.

---

4. A partir das alterações levadas a cabo pela Lei Federal nº 13.964/2019, passaram a contar também com a “utilização da ação controlada e da infiltração de agentes” (art. 1º, §6º).

5. No mesmo sentido, são obrigadas todas as pessoas físicas e jurídicas relacionadas no art. 9º, da Lei Federal nº 9.613/1998.

Não podemos, por exemplo, sob a justificativa da teoria da cegueira deliberada, responsabilizar qualquer um, como funcionários de uma instituição financeira, por crime de lavagem, única e exclusivamente por terem sido, supostamente, omissos ao não detectar que aquele bem movimentado na instituição financeira era oriundo de uma infração criminal e, conseqüentemente, deixaram de informar aos órgãos de fiscalização tal situação.

Em outras palavras: não podemos responsabilizar por crime de lavagem pessoas que não possuem poder ou capacidade técnica para identificar que o dinheiro que elas movimentam a pedido de seus clientes é ilícito, repita-se, até porque elas não têm poder de fiscalização, não podem realizar busca e apreensão, nem têm acesso às movimentações financeiras antecedentes em outras instituições, aos contratos e trabalhos que originaram aqueles recursos financeiros, bem como não têm acesso a investigações, depoimentos, interceptações telefônicas e telemáticas de seus clientes. Portanto, na maioria das vezes, temos que observar com ressalvas a responsabilidade de terceiros por crime de lavagem de capitais, por não terem informado órgãos fiscalizadores como o Coaf, sobre movimentações financeiras tidas como suspeitas, já que, por tal teoria, o agente teria o poder e dever de agir e não agiu, permitindo que a lavagem não fosse descoberta e interrompida.

Não podemos transferir ao terceiro como o bancário, o comerciante dentre outros a obrigação de investigar a procedência dos bens de seus clientes e descobrir sua origem ilícita. Não é razoável exigir que um vendedor de carro analise documentos de seu cliente como Imposto de Renda, antecedentes criminais, extratos bancários, documentos como contratos que justifiquem tal movimentação financeira, capazes de constatar se seus bens são oriundos de atividades lícitas ou ilícitas, até porque, mesmo que o cliente entregue tais documentos, ele não possui capacidade técnica para analisar tal questão. Tal prerrogativa é do Poder Público.

Não estou aqui sustentando que um funcionário de um banco ou um comerciante não possam praticar lavagem, podem sim, naqueles casos que têm ciência da origem ilícita do bem e, mesmo assim, colaboram para torná-lo lícito, ou ainda daqueles casos nos quais há uma quebra de

procedimento daquele funcionário que, exemplificando, recebe uma mala de dinheiro de um novo cliente e não pergunta a sua procedência, nem pesquisa os antecedentes e histórico desse cliente.

Todavia, concluindo, a lavagem exige que o agente conheça a origem criminosa daquele bem e participe da operação para branqueá-la. Não podemos responsabilizá-lo criminalmente por lavagem de capitais, seguindo a teoria da cegueira deliberada, mesmo desconhecendo a origem ilícita do bem, por não ter descoberto e agido para evitar tal conduta.

## Os desafios do uso de drogas pela população carcerária

Umberto Luiz Borges D'Urso<sup>1</sup>

- 
1. Umberto Luiz Borges D'Urso, advogado criminal, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Possui 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. É Conselheiro Efetivo Seccional e Diretor de Cultura e Eventos da OAB/SP nas gestões de 2004/2018. Presidente do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo por quatro gestões. Membro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária da Secretária da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Membro do Comitê Gestor da SAP, Presidente de Honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – Regional São Paulo – ABRACRIM e autor de vários artigos.

O consumo de drogas no âmbito da sociedade brasileira é preocupante. Pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), divulgada no ano passado, aponta que 4,9 milhões de brasileiros consumiram drogas ilícitas em período recente, e o universo abrangeu entrevistados entre 12 e 65 anos em todo o país. O estudo teve parceria com o IBGE, Instituto Nacional de Câncer e Universidade de Princeton (EUA).

A dependência inclui inúmeras substâncias: tabaco, álcool, cocaína, maconha, crack, solventes, heroína, ecstasy, tranquilizantes, benzodiazepínicos, esteroides, anabolizantes, sedativos barbitúricos, estimulantes, anfetamínicos, analgésicos, opiáceos, anticolinérgicos, LSD e drogas injetáveis. As mais usadas são maconha e cocaína.

Se o consumo de substâncias psicoativas na sociedade brasileira é preocupante, torna-se ainda mais grave dentro das unidades prisionais. O Brasil é o terceiro colocado no ranking dos países com maior população carcerária do mundo, com aproximadamente 770 mil apenados, presos em unidades prisionais e delegacias, dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), referentes ao ano de 2019. Somos superados por Estados Unidos e China.

As drogas estão presentes no sistema prisional como forma de os custodiados lidarem com as mazelas do encarceramento, como a superpopulação, condições de insalubridade, exposição à violência, falta de assistência à saúde e o rompimento dos laços familiares.

Em 2017, o Infopen elaborou um relatório nacional de informações penitenciárias. Uma das conclusões foi de que a quantidade total de pessoas presas por tráfico de drogas no Brasil, em número superior a 176 mil, representa quase 30% da população carcerária. Ainda, com a promulgação da Lei nº 11.343/06 – Lei Antidrogas, o número total de presos por tráfico de drogas aumentou.

A situação do nosso sistema prisional é crítica: quase 45% dos presos estão no regime fechado; em segundo lugar, vêm os presos provisórios, são pessoas encarceradas sem uma sentença definitiva, não são inocentes nem culpados, que somam quase 40%. O regime semiaberto atinge 16% e o regime aberto, em torno de 4% do total. Segundo o relatório do

DEPEN, o Brasil tem 461.026 vagas disponíveis, para uma população flutuante de 770 mil presos, ou seja, temos um déficit de aproximadamente 312.130 vagas. São pessoas que estão amontoadas nas vagas e espaços disponíveis.

Importante dizer que a grande maioria dos presos tem entre 18 e 29 anos, 90% do sexo masculino e quase 8% do sexo feminino, porém os dados demonstram que, nos últimos anos, tivemos um crescimento significativo da população carcerária feminina. Os crimes relacionados a estas presas são de entorpecentes, depois contra o patrimônio e, em seguida, contra a pessoa e contra a dignidade sexual.

As condições precárias e desumanas das prisões, com celas úmidas, frias ou muito quentes e sem ventilação adequada propiciam a proliferação das doenças contagiosas, transmitidas pelo ar, como a tuberculose, doenças de pele e, agora a COVID-19, que se alastra no meio carcerário. A situação se agrava quando falamos dos portadores do HIV, diabetes e dependentes de drogas. Estamos vivendo a maior crise sanitária que o país já teve e atinge diretamente o sistema prisional, pelas más condições de higiene e falta de assistência médica.

Já podem ser consideradas folclóricas as histórias da fabricação da chamada droga “Maria Louca”, uma bebida alcoólica artesanal produzida a partir de frutas e cereais dentro dos presídios. Hoje, o crime organizado ingressa, sem cerimônia, no estabelecimento penal com drogas, tendo ou não convivência com a segurança prisional, disseminando todo tipo de substâncias psicoativas e meios de extorsões.

Diz-se que o crack foi banido dos presídios brasileiros por determinação das facções criminosas, pois tal droga deixa a pessoa alucinada e, por isso, sem nenhum controle, atrapalhando assim o maior negócio dos grupos, que é a venda de drogas.

É importante salientar que surgiu uma nova droga no cenário nacional e, por conseguinte, no sistema prisional, chamada de K4. Trata-se de uma espécie de maconha produzida em laboratório, 100 vezes mais forte que a comum.

Até o ano de 2020 os laboratórios das polícias do país não tinham como comprovar cientificamente que o K4 é entorpecente e, conseqüentemente, fazer a apreensão desta droga, além de instaurar o devido processo contra o vendedor, considerado traficante. Em 2019, foram registradas 1821 apreensões de K4 nos presídios paulistas e, de janeiro a março deste ano, 483.

Com a aquisição, pelo estado de São Paulo, de um equipamento, chamado *FTIR*, fabricado nos Estados Unidos, a Polícia Científica Paulista passou a emitir laudos para confirmar o tráfico de drogas sintéticas, uma vez que o aparelho analisa uma gota e, em minutos, identifica a droga, seja a K4 ou qualquer outra droga sintética.

No sistema prisional paulista, seguem as tentativas para a entrada de drogas. No CDP de São Bernardo do Campo, em 13 de agosto de 2020, 586 micropontos de K4 foram encontrados na palmilha de um tênis – a substância é borrifada em papel e depois remetida aos presidiários, das maneiras menos prováveis. Um exemplo é o uso dos rolos de papel higiênico, dentro dos quais os traficantes também ocultam entorpecentes.

São Paulo tem se empenhado na melhora do sistema prisional, bem como no combate às drogas, por meio da firme atuação da Secretaria da Administração Prisional.

A droga dentro das prisões parece acalmar o sistema, pois segundo relato de alguns presos, o entorpecente exerce uma função de freio na prisão, fazendo tudo funcionar “normalmente”, evitando, inclusive, rebeliões. Contudo, trata-se de uma situação que gera graves conseqüências aos presos, a começar pelo adoecimento.

É fato que boa parte dos usuários de drogas ilícitas dentro das prisões já haviam usado, antes de serem presos, drogas lícitas, como bebidas alcoólicas e cigarros, substâncias aceitas pela sociedade, mas que geram dependências semelhantes às ilícitas, além de outras drogas leves, compradas inclusive em farmácias. Contudo, é na prisão que o indivíduo conhece as drogas pesadas.

A tentativa de colocar a droga para dentro dos presídios ocorre de várias maneiras, a mais comum, ainda é no dia da visita. Porém, os guardas

penitenciários são treinados, experientes e geralmente localizam os entorpecentes durante a revista, embora a modalidade íntima desta revista seja humilhante. Mesmo que realizada em ambos os gêneros, a revista reflete, especialmente no aumento da população carcerária feminina, o crime de tráfico de drogas.

Os apenados têm direito à saúde, como estabelece a Lei de Execução Penal e a Constituição Brasileira, mas a realidade de vulnerabilidade em que vivem, sustenta condições para a proliferação das drogas no sistema prisional.

Infelizmente é muito difícil saber qual o número real de usuários ou dependentes químicos dentro do sistema prisional, uma vez que as pessoas presas não admitem o uso de drogas. Sabe-se que a maconha e a cocaína são as drogas mais usadas entre os presos homens e entre as mulheres, os psicofármacos e os tranquilizantes.

Falta ao Estado a consolidação de políticas públicas que alterem essa grave realidade, pois são precários os programas de desintoxicação e de reabilitação dos presos, que não dispõem de assistência mínima à saúde. Durante a pandemia de COVID-19, não faltaram argumentos para o desencarceramento de presos por questões humanitárias.

A circulação e o consumo de drogas dentro do sistema penal são de difícil prevenção e sustentados por um círculo vicioso. A família do apenado/usuário tem de pagar suas dívidas de diversas formas ao crime organizado e o usuário é escravo de todo tipo de extorsão dentro da unidade prisional.

Alguns especialistas defendem a criação de um presídio exclusivo para desintoxicação e reabilitação do custodiado que é dependente químico. Porém, este ao sair da cadeia, ficará eternamente marcado na sociedade, seja como egresso do sistema prisional ou, ainda, como usuário de droga.

Como combater de forma eficiente a dependência de substâncias psicoativas? Como debelar o tráfico dentro do sistema prisional? Com vencer a vulnerabilidade dos apenados, ligada às drogas? O tráfico no sistema penitenciário está, em grande parte, ligado à impunidade, sendo que o

aparato repressivo e punitivo do Estado para coibir a distribuição e uso de drogas nos presídios não consegue dar as respostas necessárias.

Torna-se necessário, portanto, que a sociedade adote uma série de ações, como a melhora na educação e as políticas de ressocialização, além do enfrentamento do problema decorrente do uso de álcool e outras drogas nos cárceres, garantindo tratamento adequado aos dependentes químicos. É fundamental refletir sobre a drogadição, levando em conta as especificidades do sistema penal e prisional, sob pena se sucumbir para esse grave problema.

15

## Dr. Osvaldo Serrão. Advogado raiz e inspiração para todo criminalista

Roberto Parentoni<sup>1</sup>

---

1. Roberto Parentoni, advogado criminalista do escritório Roberto Parentoni e Advogados. Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Mackenzie. Presidente por duas gestões do IBRADD – Instituto Brasileiro do Direito de Defesa.

Dr. Osvaldo Serrão era daquelas pessoas que você parava para ouvi-lo. Um criminalista com o qual outro criminalista logo se identifica. Foi um advogado desde sempre comprometido com a sua profissão, viveu a advocacia com todas as suas nuances sem deixar se abater ou desanimar.

Era um advogado criminalista raiz, aquele que tem a plena noção do que é advogar na defesa dos direitos dos que se dignam, com confiança, a assinar uma procuração dando ao advogado poderes para defender sua causa.

Quando dizemos advocacia raiz, não estamos falando de uma advocacia retrógrada, mas daquela que os conduz no presente rumo ao futuro, com base nos valores que fundaram a advocacia, ainda que estejamos convivendo com a chamada advocacia 4.0. Com toda a tecnologia a favor da otimização das atividades dos advogados e advogadas, a advocacia raiz, que faz verdadeiramente a diferença na vida das pessoas, é fundamento, portanto, sempre será e terá parte no futuro de nossa honrada e desafiadora profissão.

A advocacia criminal, à qual Dr. Serrão se dedicou, e nós nos dedicamos, é personalíssima, estratégica e artesanal. Compete-nos, então, atender pessoalmente a todos os clientes e acompanhar todos os processos, dando atenção especial e segurança jurídica na defesa dos direitos de cada um e à sua causa.

Os casos que envolvem Direito Penal são os que mais necessitam de profissionais altamente especializados, pois o cliente entrega a sua liberdade nas mãos do advogado. Exige que este demonstre habilidade, dedicação, esmero e grande responsabilidade.

Exige, ainda, habilidades de oratória, conhecimentos gerais, saber um pouco do que “anda na boca do povo” e dos cultos.

Assim era o Dr. Osvaldo Serrão. Ele descreveu em seu livro *40 anos de Advocacia Criminal* boa parte de sua trajetória de vida. Honradamente fui citado em suas memórias pela oportunidade de estar na Academia Paraense de Júri ministrando um curso. E lendo, pudemos acompanhar a sua experiência do começo até completar seus 40 anos na advocacia criminal, o seu início desafiador e as suas conquistas como advogado.

Eu, pessoalmente e como criminalista, consigo me identificar com muitas coisas ali relatadas, como a dificuldade para iniciar na profissão vencidas com coragem e determinação, a locação do primeiro escritório, a “solidão acadêmica” referida ali como sendo “justo a falta de um colega de coturno para trocar opiniões técnicas, e tirar dúvidas” (coisa que Dr. Serrão só saberia o que era realmente quando perdeu os amigos queridos com os quais conversava todos os dias), a difícil mas certa escolha pela área criminal, as dificuldades para adquirir livros de estudo, a espera pelo tão sonhado cliente que tarda a chegar, direitos e prerrogativas desrespeitadas, clientes sem condições financeiras para pagar, dedicação à família, a fé, as conquistas de quem não desistiu.

Para continuar trabalhando e exercendo esta que é, data vênia, a mais apaixonante área do Direito, ou nas palavras do Dr. Luiz Flávio Borges D'urso, “a mais linda e mais humana das profissões”, e enfrentar o cenário atual ou qualquer outro que se apresente, continuamos firmes e fortes exercendo a advocacia criminal raiz que foi exercida exemplarmente por advogados da dimensão de Dr. Osvaldo Serrão, que nos inspira grandemente.

Que seja também inspiração, para aqueles que iniciam na advocacia, para todos os que iniciam na advocacia criminal, em especial, a não se deixarem vencer pelos obstáculos que a vida certamente nos trará e para o agir no dia a dia dessa desafiadora profissão.

Dr. Serrão começou a advogar no final do regime militar, tempo árido, mas por toda a vida certamente teve que conviver com as aridezes que todas as épocas nos impõem, que continuaremos a viver e as gerações após as nossas também.

O mais importante e o que deve nos impressionar é que, como criminalista e atuante no Tribunal do Júri, vivenciando as agruras dos que se prestam a esse mister de defender direitos na área criminal, exercia sua profissão com toda capacidade, tenacidade e coragem que todo criminalista deve ter.

Passou por todas as etapas que são “normais” na vida do criminalista, ou seja, pelo julgamento dos ignorantes e até mesmo de colegas de profissão, a pecha de advogado de porta de xadrez, a pressão que inevitavelmente vem da sociedade, da imprensa, dos parentes das vítimas e a sede

de justiça do nosso ex adverso, o promotor público, o descaso e impertinência de integrantes da polícia e funcionários públicos, o desamparo da própria instituição que devia defender-nos, a Ordem dos Advogados do Brasil, mas afortunadamente nos conta das boas relações com inúmeros profissionais da polícia, da justiça, com jornalistas, com os quais teve ótimos relacionamentos.

Por isso e tudo mais, fundou sozinho, ou com colegas, importantes associações que puderam fortalecer a advocacia, seja ensinando ou reivindicando direitos para os advogados, em especial a criminal e participou ativamente da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em outubro de 2011 eu e minha família tivemos a honra de estar com o Dr. Serrão, sua esposa, Dra. Kelem, e outros admiráveis advogados em Belém do Pará para ministrar o curso *Tática e Técnica da Defesa Criminal* na Academia Paraense de Júri, fundada pelo nobre causídico em 1998. Isto nos proporcionou, também, a oportunidade de ver in loco uma das mais tradicionais comemorações religiosas de nosso país, o Círio de Nazaré, uma manifestação religiosa católica em devoção a Nossa Senhora de Nazaré.

Durante o tempo, fomos nos falando por telefone e nos encontrando em eventos da Advocacia pelo Brasil. Palestrava sempre em São Paulo, na OAB, e em eventos da Abracrim – Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas e era sempre uma honra e gosto estar em conversas com o conspícuo Dr. Serrão. Orador dos bons, teve a oratória construída no exercício da profissão, impulsionado pela necessidade e oportunidades, e no Tribunal do Júri, como bem nos relata em suas memórias.

Contamos com a presença do Dr. Osvaldo Serrão na Sessão Solene em homenagem ao Ibradd – Instituto Brasileiro do Direito de Defesa, que ocorreu na Câmara Municipal de São Paulo, em 2012, quando discursou e foi homenageado por mim, como Presidente do Instituto. Todos que ali estavam puderam então conviver por algumas horas com sua personalidade calma, inteligente e experiente, repleta de “causos” contados de forma espirituosa e que prendia a atenção de todos. O Ibradd concedeu a ele, merecidamente, o título de membro honorário, o que o deixou honrado.

Em tempos nos quais somos assaltados diariamente por propagandas inescrupulosas que querem convencer ingênuos a conseguirem enriquecer com a advocacia em alguns dias, ele ensinava em seu livro *40 anos de Advocacia Criminal* que o segredo do sucesso na advocacia é “ter cliente e saber resolver a sua causa”. E ter fé, confiar nos seus instintos, nosso sexto sentido. Como ele conseguiu isso, o leitor poderá saber apreciando suas memórias.

Gostaria de reproduzir aqui o contido no prefácio do livro *40 anos de Advocacia Criminal*, feito pelo Dr. Elias Mattar Assad:

Nós criminalistas, a exemplo de Osvaldo Serrão de Aquino, não fazemos questão de sermos citados em acórdãos ou estudos acadêmicos. Ficamos extremamente felizes quando simplesmente abraçados por uma pessoa defendida e que reintegrou à sociedade. Finalizo com Antoine de Saint-Exupéry: “só se vê bem com o coração. O essencial é invisível aos olhos...”.

Dr. Osvaldo Serrão extrapolou a advocacia como profissão, exerceu-a como sacerdócio, com solidariedade. Colaborou para seu fortalecimento e honrou todas as premissas do que chamamos de um bom advogado, certamente porque foi antes de tudo um bom homem.

## A questão disciplinar e a execução penal

Mauricio Kuehne<sup>1</sup>

- 
1. Promotor de Justiça aposentado, advogado e professor (Direito Penal e Execução Penal). Especialista em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário de Curitiba. Conta com diversos cursos de aperfeiçoamento na área penal; processual penal e execução penal. Professor Titular de Direito Penal junto a UNICURITIBA, desde 1986, tendo sido agraciado em 2010 com o título de Professor Emérito. Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária exercendo mandato por 8 anos (2000 a 2008) e desempenhou as funções de 2º Vice-Presidente no período 2002/2008. Ex-Diretor Geral do Departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça, de outubro de 2005 até junho de 2008.

Estabelece o artigo 47 da Lei de Execução Penal que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares. Vê-se que a questão é imperativa: **será!** Veremos adiante, entretanto, que os entendimentos são díspares.

Várias situações já foram enfrentadas pelos tribunais, sendo que o Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Min. Roberto Barroso entendeu a desnecessidade do prévio procedimento disciplinar (RE 972.598 RG, Relator (a): Min. Roberto Barroso, julgado em 06/04/2017, Processo eletrônico DJe-227 divulg 03-10-2017 public 04-10-2017). Reconhecida a repercussão geral o recurso (RE) ficou firmada a seguinte tese:

A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena (RE 972598, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-196 DIVULG 05-08-2020 PUBLIC 06-08-2020).

Com a devida venia, não comungamos do entendimento manifestado, com a ressalva de que muito embora o mencionado artigo 47 estabeleça que o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa não há como se excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer ato que exorbite as atribuições legais. Não é porque o artigo excepciona o princípio da jurisdicionalização que o poder seja absoluto. Veja-se o que dispõe o art. 5º XXXV da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Precisa a lição de Renato Flávio Marcão, em seu *Curso de Execução Penal* (13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84), *verbis*:

A decisão proferida nos autos do procedimento para apuração de falta grave deve ser motivada, e a Lei de Execução Penal não estabelece a possibilidade de recurso, visando submetê-la a apreciação do juiz da execução ou qualquer outro órgão,

Não obstante a ausência de previsão expressa na lei sobre a possibilidade de recurso das decisões proferidas pelo diretor do estabelecimento ou pelo conselho disciplinar, é possível a interposição de recurso eventualmente previsto na legislação local ou nos regulamentos dos presídios.

Mesmo na ausência de previsão expressa na legislação local ou nos regulamentos presidiários, é perfeitamente cabível, em muitos casos, a utilização dos remédios constitucionais, notadamente o habeas corpus e o mandado de segurança.

As faltas disciplinares estão previstas na Lei de Execução Penal (faltas graves) e, no que atine às faltas médias e leves, assim como outras normas disciplinares, devem estar previstas em disposições regulamentares de competência dos Estados. O poder não é arbitrário, mas sim discricionário sujeito ao que estabelece a ordem normativa em termos de Lei Federal ou Estadual.

A questão do artigo 47 está a merecer, a nosso sentir, maior aprofundamento, dada a interpretação errônea que se vem fazendo no que pertine às faltas disciplinares de natureza grave.

A Súmula 533 STJ consigna:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado (REsp. 1.378.557). DJe 15/06/2015 – RSTJ vol. 243 p. 1073 Decisão: 10/06/2015.

O REsp referido está assim ementado:

**RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. 1. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA**

DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. 2. Recurso especial não provido. (REsp 1378557/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 21/03/2014).

Há que se conjugar a disposição (súmula) em referência com o previsto no art. 59 da LEP que estabelece: “Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada”.

As disposições regulamentares referidas são editadas pelas unidades federadas, no âmbito da competência residual (Constituição Federal, art. 24, I). No Estado do Paraná o Estatuto Penitenciário, Decreto nº 1.276 de 31/10/1995, em seus artigos 51 *usque* 83 trata exaustivamente da questão disciplinar. Dentre outros Estados, no Rio Grande do Sul ver Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009 (publicado no DOE nº 148, de 05 de agosto de 2009) com as alterações do Decreto nº 47.594, de 23/11/2010, que aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. No âmbito do Sistema Penitenciário Federal, ver Decreto nº 6.049/07, artigos 59 e seguintes.

Do exposto se infere a exegese do art. 47: **DISCIPLINA é matéria a ser decidida na órbita administrativa.** O controle da legalidade não se pode afastar da apreciação jurisdicional, quando provocado o Juízo respectivo ou nas hipóteses do parágrafo único do art. 48.

No particular aspecto das faltas graves, *deve ser decidida* a sua incidência ou não no âmbito administrativo, observado o art. 59 atrás referido. Os efeitos que daí decorrem subordinam-se à esfera administrativa que prevê quais as sanções aplicáveis, consoante se deflui da regra do art. 49 que classifica as faltas disciplinares, delegando ao legislador estadual a especificação das faltas leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

Certo que o art. 53 e incisos estabelece quais sanções poderão ser aplicadas decorrente da prática comprovada da falta disciplinar de natureza grave e o art. 54 aduz que estas serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento, reservando à autoridade judiciária a inclusão no RDD (Regime Disciplinar Diferenciado).

Óbvio que, entendendo a defesa do réu a ilegalidade em relação à sanção aplicada poderá ingressar em juízo, via incidente de execução, uma vez que estes não são exaustivos.

**Quanto a reflexos de ordem jurisdicional – e aqui entra a jurisdicionalização** – estabelece o parágrafo único do art. 48, verbis: “Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos arts. 118 inc. I, 125, 127, 181 §§ 1º, letra “d” e 2º desta lei”.

Observe-se que são situações distintas e dever-se-á verificar de que forma a representação será feita e os efeitos que possam ocorrer.

Parece-nos que, dentre outras situações, se infere **linha divisória entre as esferas administrativa e jurisdicional em relação à disciplina**.

A representação que deverá ser feita pela autoridade administrativa é para aferição, aí sim, da autoridade judiciária, quanto a incidência dos dispositivos mencionados os quais se relacionam a: regressão de regime; revogação do benefício de saída temporária; perda de dias remidos e eventual conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

São consequências sérias, afetando a situação executória, com alteração do rumo da execução em situações devidamente autorizadas pela LEP. Deve-se levar em conta a expressa disposição do art. 57, o qual determina seja levado em consideração a natureza; motivos; circunstâncias e consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Se por um lado a autoridade administrativa considerou tais aspectos para aplicar as sanções de sua competência, por outro, a autoridade judiciária não poderá olvidar estes mesmos aspectos para impor, acolhendo a representação, as consequências que afetam a situação executório/penal. Vê-se, pois, que somente à autoridade judiciária compete a aplicação dos efeitos acima mencionados.

Tem-se usado a figura da “homologação” – ver a respeito os últimos Decretos de Indulto e Comutação de Pena, figura esta (homologação) que não logramos encontrar no âmbito da LEP. O que a Lei de Execução estabelece é a necessidade de ser ouvido o condenado (art. 118, § 2º), podendo decorrer diferentes situações. Entendendo a autoridade judiciária a não configuração da falta grave, seus reflexos incidem na esfera administrativa, afastando as consequências nesta órbita. De igual sorte, entendendo que as consequências administrativas foram suficientes, não aplicará as medidas decorrentes da representação, ou poderá acolher em parte.

A indagação que se possa fazer será: não acolhida a representação ou acolhida em parte, desconfigurar-se-á a falta grave? Entendemos que não.

O não acolhimento não significa a *inocorrência* da falta grave, mas a intensidade desta. Princípios Constitucionais, dentre estes os da Razabilidade e da Proporcionalidade, além das circunstâncias do art. 57 da LEP podem não conduzir o magistrado a aplicar as consequências jurisdicionais, entendendo que as sanções administrativas foram suficientes.

Veja-se que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave, conforme artigo 52 da LEP. Suponha-se réu cumprindo pena no regime semiaberto que se envolva em discussão com outro réu, e venha a causar neste lesão corporal de natureza leve. É falta grave? Sim.

Consequências administrativas poderão advir, mas haverá incidência de alguma das consequências previstas no parágrafo único do artigo 48 da LEP? Neste particular entendemos que não.

Com efeito, a prática do fato definido como crime doloso configurou falta grave, contudo, na hipótese, trata-se de infração penal de *pequeno potencial ofensivo*. A vítima poderá não ter interesse em causar qualquer consequência ao réu, entretanto, resguardando o interesse da administração e a ordem no estabelecimento, medidas administrativas serão tomadas.

Certo que a autoridade administrativa determinará a instauração do procedimento próprio conforme previsão do artigo 59 já mencionado. Comprovada a falta disciplinar e não havendo razão para o réu se eximir da responsabilidade, aplicará a sanção correspondente conforme previsão

do artigo 53, observado o artigo seguinte (54) exigindo *ato motivado do diretor do estabelecimento*.

Para o *desideratum* referido, o procedimento deverá observar o direito de defesa, daí inferindo-se, por óbvio, o contraditório.

Definida a situação administrativa, e com a representação a que alude o parágrafo único do artigo 48, a autoridade judiciária observará o procedimento judicial, conforme previsão dos artigos 194 e seguintes da LEP.

Observe-se que as implicações administrativas já foram decididas, restando agora, se for o caso, a aplicação das consequências previstas nos dispositivos mencionados no parágrafo único do art. 48 da LEP, a saber: regressão de regime; revogação de saída temporária; perda parcial de dias remidos e conversão de pena restritiva em privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal no RE 969.367, relator o Min. Celso de Mello, em que pese eventuais divergências, decidiu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO APENAS EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (LEP, ART. 59), EM QUE SE ASSEGURE O DIREITO A AMPLA DEFESA – PRECEDENTES – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE 969367 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 01-12-2016 PUBLIC 02-12-2016).

Da decisão em referência se extrai:

Cabe ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito desta Corte, a propósito de questão idêntica à que ora se examina nesta sede recursal (ARE 791.206/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 970.128/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – RE 982.969/RS, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – RE 989.206/RS Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.).

Mais adiante, reportando-se à decisão contida no ARE 709.383 lê-se:

[...] manifesto meu entendimento consoante o posicionamento doutrinário e jurisprudencial anterior. O procedimento administrativo disciplinar (PAD) deve ser garantido, como também sua regularidade deve ser resguardada. **Trata-se de violação ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, a simples supressão do procedimento.** O ordenamento jurídico brasileiro, de forma mais evidente com relação à lei penal e execução penal, garante o devido processo legal, a fim de que os princípios da ampla defesa e do contraditório sejam efetivados concretamente e materialmente, haja vista o direito de ir e vir do indivíduo estar em jogo. O raciocínio delineado é simples: o procedimento administrativo disciplinar é o imprescindível para a apuração, registro e eventual sanção, ante o reconhecimento da falta grave. Esta corte já salientou que, conquanto presente o PAD, caso esteja eivado de nulidade (ex.: ausência de defesa técnica), esta deve ser reconhecida. (RHC 104.584, de minha relatoria, DJe 3.6.2011 e RE 398.269/RS, de minha relatoria, DJe 26.2.2010). Por conseguinte, se PAD eivado de irregularidade e a decisão que o homologou são nulos, quanto o mais a ausência deste. **A audiência de justificação com a presença de defesa técnica não tem o condão de suprir a nulidade do PAD, haja vista serem fases distintas, ambas com seus objetivos e competências descritas na lei, já salientados nos trechos do acórdão do STJ. Por isso mesmo, deve ser garantido o procedimento administrativo disciplinar regular ao apenado** (negrito não é do original).

A Execução Penal entre nós, vigente desde janeiro de 1985, (sancionada em 1984) pode-se afirmar, ainda não encontrou entendimento pacífico diante de inúmeras disposições. A natureza mista da execução (administrativa e jurisdicional) deve ensejar ao intérprete, frente às situações concretas, o necessário discernimento no sentido de demonstrar a **linha divisória** entre a **atividade administrativa** e a **atividade jurisdicional**.

A decisão acima, do STJ, a nosso sentir deslinda a questão de maneira irrefutável. Com efeito, o REsp 1.378.557, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, após exaustivo exame da matéria consignou:

[...] penso que o momento é oportuno para maior reflexão acerca da matéria discutida, devendo ser analisada e interpretada a Lei nº 7.210/84, que instituiu a Lei de Execução Penal, em sua integralidade, a fim de verificar se é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) para o reconhecimento de falta grave.

Da leitura da Seção III do Capítulo IV do referido diploma legislativo, que trata “Da disciplina”, verifica-se que a Lei de Execução Penal estabelece

em ordem cronológica: 1) a atribuição para o exercício do poder disciplinar (arts. 44 a 48); 2) a classificação das faltas disciplinares, bem como a “tipificação” das condutas correspondentes à falta de natureza grave (arts. 49 a 52); 3) as sanções respectivas (arts. 53 a 58); e 4) o procedimento que deverá ser adotado para apuração da falta disciplinar (arts. 59 a 60). Nas disposições gerais da referida seção (Subseção I), os arts. 47 e 48 estabelecem que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, bem como na restritiva de direitos, será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado. Assim, no âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, bem como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde à uma falta leve, média ou grave, é do diretor do presídio, em razão de ser o detentor do poder disciplinar, conforme disposto nos aludidos dispositivos legais. (sublinhado não é do original). Logo, a aplicação de eventual sanção disciplinar também será da atribuição do diretor do estabelecimento prisional, o qual deverá observar a regra do art. 57, caput, da LEP, corolário do princípio constitucional da individualização da pena, que dispõe: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”. Mais adiante: {...} Não se olvida que, em razão do cometimento de falta de natureza grave, determinadas consequências e sanções disciplinares são de competência do juiz da execução penal, quais sejam, a regressão de regime (art. 118, I), a revogação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, d, e § 2º). Todavia, a regra geral estabelecida na Lei de Execução Penal é que a sanção disciplinar seja aplicada pelo diretor do estabelecimento prisional, ficando a cargo do juiz da execução apenas algumas medidas, conforme se depreende do parágrafo único do art. 48: Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei. Veja que o dispositivo estabelece que a autoridade administrativa representará ao juiz da execução penal para adoção das sanções disciplinares previstas nos aludidos artigos. Assim, antes dessa representação, o diretor do presídio deve apurar a conduta do detento, identificá-la como falta leve, média ou grave, aplicar as medidas sancionatórias que lhe compete, no exercício de seu poder disciplinar, e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa.

Vale referir o ensinamento de Alexis Augusto Couto de Brito destacado na decisão:

[...] Tratando-se de infração média e leve, assim consideradas aquelas previstas nos regulamentos, sua apuração e punição resolve-se no âmbito estritamente administrativo, anotadas no prontuário do infrator e sem a obrigação de comunicação ao juiz da execução, exceto nos casos em que forem solicitadas.

Na ocorrência de infração grave, além da **apuração e aplicação das sanções administrativas**, a autoridade responsável pela administração do estabelecimento deverá **comunicar** ao juiz da execução aquelas infrações consideradas graves e que possam acarretar a regressão de regime (art. 118), perda de benefícios como a saída temporária (art. 125) e a perda dos dias remidos (art. 127), ou a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181). Nestes casos, apenas o juiz da execução poderá aplicar estas sanções, que ultrapassam a esfera administrativa da disciplina e penetram no controle jurisdicional do cumprimento da pena (BRITO, Alexis Couto de *Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 160-161).

No REsp 1.378.557 retro mencionado vê-se também:

Nesse sentido, assenta a doutrina especializada ao analisar o art. 47 da LEP: O presente dispositivo estabelece que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa. E esse exercício pressupõe, evidentemente, a instauração do procedimento e a consequente decisão. Não pode o Juiz, bem por isso, invadir a esfera de atribuição dada ao administrador pela lei, sob pena de substituir por critérios próprios a opção dele quanto ao mérito administrativo. Só é dado ao Magistrado intervir para examinar a legalidade do ato, afastando vícios e resguardando direitos. (JULIOTTI, Pedro de Jesus. *Lei de Execução Penal anotada*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 79) (apud REsp 1378557.

**De forma objetiva, pois, e com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, pode-se afirmar que a interpretação dos dispositivos referidos na LEP, artigos 47 e 49 conduzem à conclusão inarredável de que o poder disciplinar é da autoridade administrativa.**

Em assim sendo, o PAD – Procedimento Administrativo Disciplinar, conforme previsão do artigo 59 é imprescindível, não podendo ser suprido

pela audiência a que se refere o art. 118, § 2º. Pressuposto desta, em se tratando de falta disciplinar de natureza grave (art. 118, I, parte final), é a representação a que alude o parágrafo único do art. 48 da já mencionada Lei de Execução Penal.

## Sociedade, violência e segurança pública: investigações criminais e vieses cognitivos

Claudio José Langroiva Pereira<sup>1</sup>

Otavio Morais Alves de Souza Oliveira e Furtado<sup>2</sup>

- 
1. Doutor em Direito das Relações Sociais. Professor Doutor de Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos”. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2067-4980>.
  2. Graduado em Direito e Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), membro do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos”.

## Introdução

Vem aumentando o número de casos em que o Ministério Público se utiliza de prerrogativas institucionais, que argumenta ter, para agir com protagonismo em investigações criminais. Contudo, essa atuação não se dá enraizada em solo doutrinário pacífico.

Inicialmente, deve-se expor o grande pilar do posicionamento favorável a essa atuação pelo Ministério Público: a teoria dos “poderes implícitos”. Sendo o *parquet* o titular da ação penal, onde desaguarão as investigações criminais, deveria ele também poder atuar como titular da fase anterior, pela lógica do “quem pode o mais, pode o menos” aplicada à interpretação do artigo 129 da Constituição Federal.

Ainda, argumentam os defensores dessa prerrogativa que o artigo 144 da Lei Maior, responsável por elencar os órgãos de segurança pública do país, não atribuiu exclusividade às polícias no que tange à investigação criminal.<sup>3</sup>

Em linha contrária, outros doutrinadores apontam que a Constituição não dotou expressamente o Ministério Público de poderes de investigação direta,<sup>4</sup> sendo a atuação do órgão restrita ao controle externo da atividade policial.

Este entendimento aferra-se na ideia de que não se pode estender tamanhos poderes por via de interpretação extensiva dos dispositivos constitucionais, sendo que a ausência de autorização expressa e devida regulamentação levaria ao arbítrio estatal na atividade investigatória, sendo, assim, o próprio método de investigação um valor em si mesmo.<sup>5</sup>

Para que haja essa possibilidade, é necessário existir um respaldo normativo mais firme, sob pena de se abrirem brechas ao arbítrio de investigações que caminhariam à margem da lei e dos princípios constitucionais,

---

3. NICOLITT; PEIXOTO NETO, 2017, p. 81.

4. SILVA, 2006, pp. 469-493.

5. BADARÓ, 2017, p. 520. SAAD, 2004, p. 192.

algo avesso à ideia essencial e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito,<sup>6</sup> que, por “desconfiar de si mesmo”, busca bem delimitar as atribuições de seus órgãos.<sup>7</sup>

Relativamente à questão, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento da Apelação Criminal nº 0002237-86.2010.8.26.0024, em 2012, sob relatoria do então Desembargador Marco Antônio Marques da Silva, decidiu pela inconstitucionalidade de investigação direta pelo Ministério Público, apontando que o Constituinte de 1988 rejeitou Emendas à Carta Magna que visavam dar a presidência do inquérito policial ao Ministério Público, “deixando clara sua intenção de não proporcionar ao órgão ministerial tal condição, sob pena de violação de princípios constitucionais.”<sup>8</sup>

Ademais, destaca a oposição aos poderes de investigação direta o fato de que esse cenário afetaria fortemente o equilíbrio do contraditório na fase processual. Essa prerrogativa colocaria em xeque a imparcialidade da investigação, que seria uma via de mão única para favorecer apenas a acusação,<sup>9</sup> e do órgão em si (no momento de oferecimento ou não da denúncia).

Diante deste conflito doutrinário, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de aderir à tese favorável aos poderes investigatórios do Ministério Público, em 2015, no julgamento do RE 593.727, em sede de repercussão geral. Contudo, tal anuência foi parcial, pois a decisão trouxe limites a tais poderes.<sup>10</sup>

---

6. SILVA, 2001, p. 5.

7. TORNAGHI, 1977, p. 77.

8. BRASIL, 2012, p. 17.

9. LOPES JÚNIOR; GLOECNER, 2013, p. 167.

10. “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem

Anteriormente, nos anos de 2003 (RHC 81.326-DF, rel. Min. Nelson Jobim) e 2009 (HC 91.661, rel. Min. Ellen Gracie), a segunda turma do Supremo Tribunal Federal havia variado seu entendimento, adotando, respectivamente, as linhas da impossibilidade e da possibilidade da investigação direta pelo Ministério Público.

O Ministério Público, representado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, buscou endereçar a matéria por via da Resolução nº 13/2006. Entretanto, o documento foi fortemente atacado pela doutrina por extrapolar as competências do órgão.<sup>11, 12</sup>

Segundo as críticas, o conteúdo normativo da resolução, em essência, pleiteia legislar sobre matéria processual penal (e não apenas regulamentar o artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93 ou o artigo 26 da Lei nº 8625/93, como afirma ser seu escopo), competência esta constitucionalmente privativa da União, a ser exercida pelo Congresso Nacional.<sup>13</sup>

Sem tomar posicionamento fixo diante da discussão, cabe ressaltar que fica claro como a decisão da Suprema Corte de 2015 e a Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público, mesmo com as limitações que trazem, são insuficientes para dar tratamento adequado à complexidade da matéria.<sup>14</sup>

Ainda, e novamente sem aqui concluir precipitadamente sobre qual a medida devida na relação entre o órgão acusador e a produção de elementos informativos, frente à amplitude do debate, é certo que a desmedida

---

prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição” (BRASIL, 2015).

11. SÁ, Bernardo Dall’agnol; BODNAR, Zenildo.

12. Dentre outros: <https://www.migalhas.com.br/quentes/265066/janaina-paschoal-critica-resolucao-que-amplia-poderes-do-mp-em-investigacoes-criminais>. Acesso em: 18 mai. 2020.

13. NICOLITT, 2019, p. 196.

14. ALVES, 2016, p. 63.

tem malefícios conhecidos.<sup>15</sup> Parasitando a investigação pela comodidade da produção de provas na fase inquisitiva, a acusação muitas vezes simplesmente repete no processo aquilo que já foi colhido, ferindo o exercício do contraditório.<sup>16</sup>

Assim, não há dúvida sobre a importância de um procedimento bem organizado e voltado à proteção contra equívocos. Como argumenta João Canuto Mendes de Almeida, a justiça penal dá aos governos ferramentas de restrição às liberdades do indivíduo, não só pela condenação e seus efeitos, mas também pelo procedimento, do que se conclui que as garantias individuais retratam os meios de proteção contra eventuais restrições oriundas de abusos e erros.<sup>17</sup>

Os estreitos limites relativamente a abusos merecem ainda muito cuidado e consideração, como bem menciona Marco Antonio Marques da Silva, já que se pode ter abuso de autoridade pelo fazer mais do que se deve.<sup>18</sup>

O que talvez seja benéfico, diante da grande discussão normativa que se instalou, é dar um passo fora do campo puramente jurídico, para olhar o tópico sob outro prisma.

Nessa intenção, é possível pegar emprestado da psicologia alguns conhecimentos que, aplicados ao complicado embate acima, podem oferecer alguma luz para que o leitor possa pensar melhor sobre o tema.

---

15. Em manifestações severas, a partir das experiências práticas oriundas da posição que acabou consolidada a partir da decisão do STF, o Ministro Gilmar Mendes demonstrou arrependimento pelo posicionamento a favor dos poderes investigatórios do Ministério Público em mais de uma oportunidade, se fazendo acompanhado de outros ministros: <https://exame.com/brasil/investigacao-por-parte-do-mp-virou-terra-de-ninguem-diz-gilmar/>; <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/gilmar-mendes-e-lewandowski-defendem-revisao-do-poder-de-investigacao-do-mp,820aa8084ad1f1c155e57a6f9c7051d66bdr0tv.html>; [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/24/politica/1571944278\\_725688.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/24/politica/1571944278_725688.html). Acesso em: 18 mai. 2020.

16. QUEIROZ, 2017, p. 141.

17. ALMEIDA, 1973, p. 101.

18. SILVA; COGAN, jul./dez. 2019, p. 284.

Claro que esse caminhar deve ter como fim último dar à norma a melhor interpretação, buscando sua utilização dentro das finalidades norteadas pelas intenções da Constituição Federal e o papel que o Processo Penal desempenha dentro dos princípios por ela traçados. Como bem aponta Espínola Filho, “o que se impõe é comparar o elemento filológico com o sistemático e fazer, sempre, preponderar o teleológico, porque somente a finalidade prática social será o guia seguro”.<sup>19</sup>

## Funcionamento cognitivo

Buscando então esse olhar alheio ao mundo abstrato da Lei, partiremos das pesquisas de Daniel Kahneman e Amos Tversky sobre o funcionamento cognitivo na tomada de decisões como parâmetro de estudo.<sup>20, 21</sup>

É importante consignar, já de início, que o presente trabalho tem como objetivo explorar, da forma mais ilustrativa possível, como tais pesquisas vão impactar um ponto específico da persecução penal: a investigação anterior ao oferecimento da denúncia.<sup>22</sup>

Para bem compreender as considerações que serão objeto de discussão, serão apresentadas duas figuras fundamentais de raciocínio, pertencentes ao funcionamento cognitivo humano e, em verdade, interconectadas e mutuamente dependentes, sendo distinguidas e personificadas, apenas para fins didáticos, como Sistemas 1 e 2.

O Sistema 2 é responsável pelas tarefas de alta complexidade desempenhadas pelo cérebro, como contas, pensamento crítico, revisão de ideias e

---

19. ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 242

20. Os autores são expoentes no campo da neurociência, especialmente por descreverem de forma clara os chamados “vieses cognitivos”, tendo seus estudos lhes rendido um prêmio Nobel em economia (SHEFRIN, Hersh; STATMAN, Meir, 2003).

21. RABIN, Matthew, 2003.

22. Ao leitor cabe considerar que as ideias são aqui colocadas para que permitam uma incursão em um outro universo de estudo e discussão profícuo ao Direito.

etc.<sup>23</sup> Importante destacar, nesse bloco de atividades, que o autocontrole também integra as funções deste sistema.

Sua característica fundamental é a grande quantidade de energia exigida para sua atuação, o que torna impraticável que todas as atividades humanas sejam desenvolvidas por seus mecanismos.

Quando se fala em energia, é energia propriamente dita, pois pesquisadores demonstraram que a ignição desse tipo de processo mental demanda taxas altas de glicose. Infelizmente, o cérebro dispõe de um estoque muito pequeno desse material, sendo que, quando há um sinal de índices baixos, a região responsável pelas tarefas complexas é a primeira a deixar de ser usada.<sup>24</sup> A título de exemplo, um experimento conduzido com juízes da execução penal demonstrou que a negativa dos pedidos por eles apreciados (decisão considerada padrão) ia aumentando conforme se estendia o tempo desde a última refeição (65% dos pedidos eram conhecidos logo após os juízes terem se alimentado e essa taxa aproximava-se de 0% pouco antes da próxima refeição).<sup>25</sup>

Além disso, quando empenhado em uma determinada atividade, o Sistema 2 limita a capacidade de se executarem outras tarefas, mesmo que simples, as quais serão resolvidas pelo impulsivo Sistema.<sup>26</sup> Por isso a expressão em inglês *pay attention* (“pagar atenção”) faz sentido: você tem uma reserva limitada dela.

Ainda, e isso é importante, as atividades do Sistema 2, em especial relacionadas ao autocontrole, vão se esgotando conforme o uso. Não é uma conta aritmética, mas as pesquisas demonstram que sujeitos recentemente empenhados em atividades que forcem o sistema 2 ficam mais impulsivos, com menos controle, algo chamado de “esgotamento do ego”.<sup>27</sup>

---

23. KAHNEMAN, 2012, p. 31.

24. MCGONIGAL, Kelly, p. 69.

25. DANZIGER; LEVAV; AVNAIM-PESSO, 2011.

26. MCGONIGAL, 2013, p. 31.

27. KAHNEMAN, 2012, p. 55.

Trata-se de um fenômeno diferente da ocupação cognitiva. Nesta, o cérebro desempenha tarefas secundárias de forma impulsiva por estar engajando seus recursos em uma atividade complexa. O esgotamento do ego já é algo mais gradual, que vai se instalando conforme o indivíduo vai utilizando sua força de vontade, seu autocontrole.

Neste sentido, ilustra de forma didática a professora Kelly McGonigal, ao debater os experimentos do psicólogo Roy Baumeister, o autocontrole visto metaforicamente como um músculo.<sup>28</sup>

Além da ideia básica de fadiga muscular por excesso de uso, entende-se que o autocontrole pode ser treinado, através de atividades físicas e práticas meditativas, por exemplo. Não só, e aqui o tópico ganha ainda mais relevância, mas ele pode também ser enfraquecido. Vejamos.

A falta de sono desequilibra a utilização cerebral da glicose, principal fonte de energia das atividades complexas (e que utiliza muito desta substância). O cansaço atrapalha as células em sua tarefa de absorver a glicose, além de deixar o indivíduo irritado e mais propenso aos efeitos do estresse.<sup>29</sup>

Já este último estado, por sua vez, direciona a energia mental para desencadear reações instintivas de luta ou fuga, que podem motivar o indivíduo para a gratificação imediata, movimento oposto do autocontrole, que usa a energia mental para fazer uma pausa e planejamento voltada a negar a gratificação instantânea em prol de benefícios de longo prazo.<sup>30</sup>

Ainda, o estresse coloca o cérebro em uma “missão” para encontrar gratificações, tentando restaurar o bom ânimo da pessoa, o que pode levá-la a agir de forma mais liberal consigo mesma, cedendo em campos que talvez lhe sejam prejudiciais.<sup>31</sup>

---

28. MCGONIGAL, 2013, p. 64.

29. MCGONIGAL, 2013, p. 53.

30. MCGONIGAL, 2013, p. 58.

31. *Ibid*, p. 139.

Tudo isso se torna relevante na medida em que o mundo do direito criminal é extremamente estressante, por lidar com os piores atos humanos, manusear os aspectos mais delicados, proteger os bens jurídicos mais elevados.

Somada a esse aspecto inerente à área, está a crescente taxa de estresse e doenças mentais ao redor do globo,<sup>32, 33</sup> incluindo aí doenças de origem ocupacionais, como o *burnout* (que recentemente foi detalhada pela Organização Mundial da Saúde como “uma síndrome conceituada como resultante do estresse crônico no local de trabalho que não foi gerenciado com sucesso”).<sup>34</sup>

O quadro estatístico geral aponta que a má alimentação,<sup>35</sup> pouca prática de atividade física<sup>36</sup> e privação do sono<sup>37</sup> são constantes no cotidiano atual, todos elementos que deterioram as capacidades cognitivas ligadas ao autocontrole. Sobre o último exemplo, o professor Matthew Walker, neurocientista especializado em sono, pontua que após dez dias dormindo somente sete horas, o cérebro é tão disfuncional quanto seria se passasse 24 horas sem dormir, além de que três noites de recuperação (menos que um fim de semana) não conseguem reestabelecer o desempenho e o ser humano é incapaz de perceber precisamente quando está sob esse estado de privação disfuncional.<sup>38</sup>

---

32. Ver: <https://nacoesunidas.org/depressao-afeta-mais-de-300-milhoes-de-pessoas-e-e-doenca-que-mais-incapacita-pacientes-diz-oms/>. Acesso em: 08 de janeiro de 2019.

33. Ver: <https://veja.abril.com.br/saude/pesquisa-indica-que-86-dos-brasileiros-tem-algum-trans-torno-mental/>. Acesso em: 08 de janeiro de 2019.

34. Ver: <https://nacoesunidas.org/sindrome-de-burnout-e-detalhada-em-classificacao-interna-cional-da-oms/>. Acesso em: 08 de janeiro de 2019.

35. Ver: <https://exame.abril.com.br/ciencia/ma-alimentacao-esta-relacionada-com-uma-em-cada-cinco-mortes-no-mundo/>. Acesso em: 08 de janeiro de 2019.

36. Ver: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/cem-milhoes-de-brasileiros-nao-fazem-nenhuma-atividade-fisica-21348722>. Acesso em: 08 de janeiro de 2019.

37. Ver: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/segundo-oms-o-disturbio-do-sono-afeta-40-dos-brasileiros-e-45-da-populacao-mundial-saiba-quais-os-principais-problemas-da-privacao-cronica-de-sono,768defe87bedceb71e8898fc9d8a7bcnzctg0wb.html>. Acesso em: 08 de janeiro de 2019.

38. WALKER, 2018, p. 157.

Fica claro, assim, que a área do nosso cérebro responsável pelos raciocínios mais complexos é frágil e muitas vezes não tem uma atuação tão constante. Mas, uma vez sabotado, ocupado, não engajado ou esgotado o Sistema 2, como são tomadas as decisões? É aí que entra o Sistema 1, que será explicado a seguir, juntamente com alguns vieses aos quais está propenso.

O Sistema 1 opera de forma rápida e automática, sem nenhum esforço ou percepção de controle voluntário. Nem por isso deixa de construir cadeias complexas de pensamento, apenas o faz em um instante, se valendo de partes mais antigas do cérebro que compartilhamos com outros animais, ligadas aos instintos e hábitos.<sup>39, 40</sup>

Seu trabalho se dá principalmente através de reconhecimento e associações. A partir de um dado facilmente reconhecido pelo cérebro, o Sistema 1 é capaz de criar uma enorme gama de ideias que desse reconhecimento irradiam e associá-las automaticamente. A cadeia de associação é praticamente deflagrada, de onde se extrai o conceito de “efeito *priming*”.<sup>41</sup>

O aspecto fundamental dessa rede de ideias criada é a sua coerência. Elementos deflagrados desencadeiam outros, que por sua vez também fazem o mesmo, criando toda uma cadeia interconectada e autorreforcada de reações cognitivas emocionais e físicas. A isso dá-se o nome de “associativamente coerente”.<sup>42</sup>

Essa movimentação cerebral é uma forma de poupar esforço mental, mantendo o ser humano funcional no ambiente em que vive sem gastar enormes quantidades de energia toda vez que for realizar uma atividade, por mundana que seja. Sobre isso, em um detalhado estudo a respeito da construção dos hábitos, que integram esse movimento do Sistema 1, o jornalista Charles Duhigg afirma que o cérebro está o tempo todo buscando formas de poupar energia, tentando sempre criar rotinas, padrões

---

39. KAHNEMAN, 2012, p. 30.

40. DUHIGG, 2012, p.31.

41. KAHNEMAN, 2012, p. 69.

42. *Ibid.*, p. 67.

pré-definidos, para que seus recursos possam estar disponíveis quando necessário lidar com tarefas mais complexas.<sup>43</sup>

Entretanto, esse Sistema não pode ser desligado e atua de forma descontrolada, além de ser ruim no processamento de informações ligadas à lógica ou estatísticas. Ainda, e isso é muito importante, essa movimentação automática está propensa a gerar raciocínios equivocados, os chamados “vieses cognitivos”.<sup>44</sup> Da mesma forma, na criação de hábitos não há distinção automática entre bons ou maus hábitos, ambos se consolidam com a mesma facilidade e terão os mesmos impactos no cotidiano.<sup>45</sup>

Assim, podemos dizer, sinteticamente, que na formação dos pensamentos o Sistema 1 gera cadeias complexas de ideias e associações, mas apenas o Sistema 2 consegue construir uma cadeia organizada e deliberada de etapas mentais, bem como fiscalizar os resultados do Sistema 1.

## Vieses cognitivos

Existe uma série de situações jurídicas envolvendo vieses cognitivos em decisões que poderiam ser aqui abordados.<sup>46</sup> Contudo, os aqui selecionados são os mais ilustrativos dentro do tema que se pretende tratar: a investigação direta pelo Ministério Público.

Inicialmente, partindo da ideia de cadeias associativas, nos termos da discussão acima estabelecida sobre as criações do Sistema 1, que foram deflagradas pelo reconhecimento automático de algum evento, cumpre expor que a trama é limitada apenas à informação disponível. Isso significa que haverá a construção de uma “narrativa” com os elementos à disposição, mesmo que faltem elementos, o que leva muitas vezes a uma série de conclusões precipitadas.<sup>47</sup>

---

43. DUHIGG, 2012, p. 35.

44. KAHNEMAN, 2012, p. 35.

45. DUHIGG, 2012, p. 38.

46. ANDRADE, 2019.

47. KAHNEMAN, 2012, p. 111.

Seguindo nesta linha lógica, através de um raciocínio deliberado do Sistema 2 (acima considerado), seria possível ao indivíduo questionar a história criada em sua mente, afirmando para si próprio que não dispõe de todas as informações para chegar a uma conclusão. Contudo, isso seria lutar contra suas próprias tendências inatas e demandaria esforço, nem sempre empregado de bom grado (ou mesmo por ser muito difícil em casos de fragilização do sistema 2, como já exposto), daí por que, muitas vezes, histórias incompletas são mantidas erroneamente como adequadas.

Isso é especialmente verdadeiro quando a origem da informação é uma fonte de confiança, ou quando ela se associa a convicções fortes do indivíduo e cria uma narrativa com elas coerentes. Trata-se de decisões tomadas por “conforto cognitivo”,<sup>48</sup> já que a coesão passa a sensação de segurança.

Ligado a essa noção, entra aqui que, muitas vezes, surgem conclusões através do sistema associativo que tentarão ser confirmadas (e não questionadas) pelo Sistema 2. Ao contrário do método científico de tentar negar hipóteses, o sistema 2 busca validá-las, buscando informações compatíveis com a crença que surge no momento em uma “estratégia de teste positivo”, levando a um “viés confirmatório”.<sup>49</sup>

Assim, em seu raciocínio deliberado e complexo, o Sistema 2 tentará selecionar os argumentos mais favoráveis à tese automaticamente criada pelo Sistema 1.<sup>50</sup> É um equívoco, pois a conclusão acaba vindo antes das premissas, que passarão a ser escolhidas por um olhar enviesado. Se a pessoa crê que a conclusão é verdadeira, ficará fortemente tendenciosa a acreditar nos argumentos que a suportam<sup>51</sup> (mesmo que não tão confiáveis, contanto que sejam coerentes).

---

48. Ibid., p. 84.

49. Ibid., p. 106.

50. Lara Teles Fernandes expõe da seguinte forma: “Dentre os diversos vieses descritos pela Psicologia, vale destacar o viés de confirmação – confirmation bias – que pode ser conceituado como a tendência do observador de procurar ou interpretar informações de forma que estas confirmem concepções próprias” (FERNANDES, 2019, p. 194).

51. KAHNEMAN, 2012, p. 60.

Também aqui as crenças e predileções individuais entram fortemente na mistura. O indivíduo favorece argumentos, nesse mesmo esquema citado acima, quando eles estão ligados a convicções íntimas de sua pessoa. O psicólogo Paul Slovic chamou o fenômeno de “heurística do afeto”, ou seja, quando alguém deixa suas simpatias e antipatias determinarem suas crenças sobre os eventos do mundo.<sup>52</sup>

Até a sequência com que se auferem as informações disponíveis influencia no raciocínio final, que poderá ser desenhado segundo os vieses acima mencionados. Seguindo a lógica de cadeias associativas deflagradas, a primeira informação a ser acessada pelo indivíduo criará uma rede, sendo as próximas informações (e a ausência delas) avaliadas segundo essa trama já criada, e não de forma individualizada, o que leva ao desperdício de muitas informações pelo destaque dado à primeira impressão.<sup>53</sup>

Essas falhas da cognição podem sim serem evitadas, contudo isso depende de um papel ativo do Sistema 2, o que, como já argumentado, não ocorre na maioria das vezes. Vigilância contínua é impraticável e, assim, o melhor caminho é reconhecer os problemas que algumas situações podem trazer à cognição e empregar um esforço para evitar que enganos significativos ocorram quando há muito em jogo.<sup>54</sup> É o caso do Processo Penal, evidentemente, no qual esse empenho deve ser procedimental, institucional e individual.

Cabe ressaltar, ainda, que tal zelo é muitas vezes ignorado porque um dos vieses cognitivos é justamente a “superconfiança” que os indivíduos têm em si mesmos e em suas avaliações.<sup>55</sup> Assim, por vezes, mesmo quando o equívoco pode ser evitado, ele deixa de ser, em virtude de um senso de segurança ilusório.

---

52. *Ibid.*, p. 133.

53. *Ibid.*, p. 107.

54. *Ibid.*, p. 38.

55. SUSTEIN; THALER, 2019, p. 44.

Trazendo tudo isso à problemática em pauta, um procedimento investigatório unilateral por parte do Ministério Público retira da persecução os filtros que seriam impostos pelos órgãos policiais. Talvez um viés cognitivo que acabasse contaminando uma linha investigativa da polícia seria detectado pelo *parquet* em seu exercício de fiscalização da atividade policial e da investigação criminal.

Contudo, a afirmação inversa não é verdadeira, pois investigações do Ministério Público não serão analisadas pela polícia, permitindo que algum viés contamine o oferecimento da denúncia ou, no pior dos casos, alcance e comprometa a sentença judicial. No primeiro caso, temos duas filtragens (no mínimo), no segundo, não.

Claro que se pode argumentar que o Ministério Público colhe elementos de informação de diversos órgãos em suas investigações, o que, a princípio, pareceria um número maior de filtros. Mas aí entram dois argumentos contrários.

Primeiro, mesmo havendo vários órgãos participando da investigação criminal (muitos dos quais não têm competência constitucional para tanto, o que constitui um outro debate complexo), isso não exclui o fato de a polícia estar sendo afastada do processo investigativo. Ou seja, de qualquer forma um filtro é retirado, uma proteção é tolhida.

No Processo Penal, criado com a finalidade de contenção do arbítrio do poder punitivo estatal, essa subtração é descompassada com a essência do sistema global. Tanto o procedimento legal da investigação quanto os órgãos que efetivamente participarão devem ser pensados de forma a mitigar erros que, como visto, vão muito além de interpretações legais equivocadas, passando pela própria apreensão humana do conhecimento.<sup>56</sup>

---

56. Esta, inclusive, é talvez a principal função do Inquérito Policial, com seus desenhos legais bem definidos e profissionais especializados. Sobre o assunto, pontua Marta Saad: “A primeira função do inquérito policial é, portanto, enquanto medida cautelar, colher elementos tão logo chegue à autoridade policial a notícia da infração, os quais poderiam desaparecer pela ação do tempo: ‘sua função é a de colher elementos que seriam impossíveis de ser obtidos na instrução judicial, como acontece com o auto de prisão em flagrante (que pode, entretanto, também ser lavrado pelo juiz, em alguns casos, como quando ele é vítima de

O segundo ponto a ser considerado é que, nem o Ministério Público, nem os demais órgãos que podem contribuir para este processo, possuem o mesmo preparo das polícias para conduzir investigações. O treinamento policial visa tornar o agente público um “especialista” em investigações criminais e isso é de grande importância dentro das ciências cognitivas, como veremos a seguir.

## Opinião especializada: uma cadeia associativa mais segura

Definida a relevância no processo de tomada de decisões das cadeias associativas criadas pelo Sistema 1 e, por vezes, até reforçadas de forma enviesada pelo Sistema 2, é importante esclarecer que essa trama de associações, deflagrada por alguma informação inicial, varia de pessoa para pessoa. Conquanto isso pareça óbvio, o que torna essa afirmação relevante é o fato de que as cadeias associativas de especialistas são consideravelmente mais complexas que a de leigos, vez que aqueles são capazes de reconhecer as situações em que são peritos de uma forma mais detalhada (por recuperar mais informações sobre o assunto no processo cognitivo) e, assim, atuar nelas de maneira mais precisa.

A título de exemplo, uma pessoa comum pode ter que raciocinar com certo esforço (que, como visto, é limitado) para calcular qual o melhor movimento de xadrez a ser empregado em uma partida, enquanto um enxadrista profissional pode chegar a mesma conclusão simplesmente através de seu pensamento automático:<sup>57</sup>

Isso significa que um especialista que age de forma intuitiva, não empregando grande esforço mental no processo (seja porque ele está ocupado

---

desacato, de desobediência, etc.), como ocorre com os exames periciais, declarações do ofendido, levantamento do local do crime, arrolamento de testemunhas, acareação entre estas, autos de reconhecimento de pessoas e coisas, etc.’ E a segunda função do inquérito é a de impedir os juízos apressados, evitando, enfim, processos judiciais inúteis ou desnecessários” (SAAD, 2004, p. 149).

57. “Os bons enxadristas e os atletas profissionais têm uma intuição extraordinária; seus Sistemas Automáticos lhes permitem avaliar situações complexas num piscar de olhos e reagir com precisão incrível e uma velocidade excepcional” (SUSTEIN; THALER, 2019, p. 31).

com outra tarefa, mal alimentado, com sono, etc...) terá mais chance de tomar uma decisão acertada através de suas associações se comparado a um leigo nas mesmas circunstâncias. Esse modelo de tomada de decisões, pelos termos descritos, é entendida por Garry Klein como uma “decisão por reconhecimento evocado”, sendo a intuição, assim, nada mais que reconhecimento.<sup>58</sup>

Ora, os órgãos públicos que detêm os especialistas em investigações criminais, com treinamento direcionado especificamente para essa área, são as polícias,<sup>59</sup> para as quais a Constituição Federal atribuiu tal tarefa em seu artigo 144. E, para se tornar um “perito”, em termos de ciência cognitiva, é apenas esse treinamento extensivo que vale,<sup>60</sup> pois o que ocorre não é o domínio de uma habilidade singular, mas sim de um complexo conjunto de “mini-habilidades”.<sup>61</sup>

Assim, pode-se concluir que, na pior das hipóteses, na qual todos os órgãos que participaram da investigação atuaram no “piloto automático”, o cenário mais capaz de mitigar erros é aquele em que as polícias participaram do processo, em razão de suas associações mais complexas e precisas para esse fim.

---

58. KAHNEMAN, 2012, p. 294.

59. Marco Antonio Marques da Silva de longa data vem enfrentando a questão: “Ademais, a atividade investigatória, como sabemos, é complexa exigindo conhecimentos técnicos específicos, com instrução capacitadora, por vezes, extenuante, da qual, ao momento parece não possuir o Ministério Público” (SILVA, 2006, pp. 469-493).

60. Sobre também Priscila Busnelo: “A título de exemplo, a formação básica de delegado da polícia federal, para ingresso na carreira, é de mais de 800 horas. Ao longo da primeira década de trabalho, lidando apenas com investigação criminal, o delegado e sua equipe na Polícia Federal acumularão, cada um, mais 16.000 horas de aprendizado prático e, no mínimo, outras 400 horas de cursos de especialização. Esses cursos são em áreas diversas, como: gestão da investigação; prospecção e análise de dados; vigilância física e eletrônica; interceptação legal de comunicações; gestão de fontes humanas; ações controladas; interrogatório de vítimas, testemunhas e suspeitos; coordenação de equipes de investigação; planejamento operacional; infiltração policial; cadeia de custódia de provas e outras. Meios de comunicação e transporte, programas computacionais, equipamentos de informática e eletrônicos, armamentos e outros materiais também são imprescindíveis para a boa execução da investigação criminal” (BUSNELLO, 2017, p. 135).

61. KAHNEMAN, 2012, p. 296.

Excluir as polícias da linha de investigação é atitude pouco garantista dentro da persecução penal, fugindo da ideia central de proteger o cidadão contra o arbítrio estatal, incidindo e violação certa ao princípio norteador de todo o sistema. Neste sentido, Marco Antonio Marques da Silva bem destaca que o cidadão é “merecedor de respeito” pela simples condição humana.<sup>62</sup>

## Conclusão

É fato que a discussão sobre a possibilidade ou não de o Ministério Público titularizar a investigação é complexa e deve ser analisada com cuidado científico. Todavia também é certo que as questões aqui abordadas dão conta de mais um elemento informativo essencial ao paradigma em discussão.

Do ponto de vista sustentado puramente nas pesquisas de neurociência ora destacadas, fica evidente que, diante da fragilidade da cognição humana, uma investigação unilateral abre margem para que vieses cognitivos poluam os elementos informativos e, posteriormente, a ação penal.

Ainda, afastar da fase inquisitiva os órgãos policiais, treinados para atuar com a maior eficácia possível nessa etapa, é tolher o processo de filtros especializados que seriam de muita valia na boa apuração dos fatos, bem como mitigar a capacidade de prestação segura de persecução penal por parte do Estado.

É importante lembrar que a fase pré-processual visa colher elementos que em muito orientarão o futuro contraditório. Não só, mas a própria instauração do processo já traz consigo uma gama de malefícios na vida do acusado, como a estigmatização social e o desgaste psicológico.<sup>63, 64</sup>

---

62. SILVA. *Tratado luso brasileiro da dignidade humana*, 2009, p. 224.

63. LOPES JÚNIOR; GLORCKNER, 2013, p. 114.

64. O caso de Richard Jewel, retratado no filme homônimo de 2019, ilustra claramente os pesa-

Portanto, fragilizar a qualidade dessa etapa, expondo-a a vieses cognitivos que poderiam ser barrados por uma atuação conjunta dos órgãos, dentro de suas respectivas áreas de competência, é uma ofensa aos direitos de ampla defesa do investigado/réu.

Com essa consideração não se busca fechar a questão dos poderes investigatórios do Ministério Público, que passa, como argumentado, por etapas de análise normativa constitucional. Contudo enfrentamos elementos contrários à atribuição de tais prerrogativas, ao menos enquanto não restar consolidado procedimento processual penal legalmente definido, acompanhado de capacitação e treinamento adequado que busquem mitigar malefícios nesta opção.

---

dos danos emocionais e sociais advindos de uma acusação infundada.

## Honra mutilada: flagrante ilegal preparado com cobertura da mídia

Marjori Ferrari Alves<sup>1</sup>

Luiz Flávio Borges D'Urso<sup>2</sup>

- 
1. Marjori Ferrari Alves, advogada criminalista, pós-graduada em Direito Penal/Processo Penal pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-graduada em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP.
  2. Luiz Flávio Borges D'Urso, advogado criminalista, Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP, ex-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo (2004/2012). Conselheiro Federal da OAB e Presidente de Honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM).

A prisão, sem dúvida, é a sanção mais aplicada em nosso ordenamento jurídico. Por vezes, sua aplicação ocorre antes da punição, em caráter de exceção, não como pena, mas por conveniência da investigação ou do processo. Dentre essas possibilidades, encontra-se a prisão em flagrante, que ocorre quando o crime está acontecendo (ou logo após sua ocorrência).

Na prática, a prisão em flagrante pode acontecer até quando se espera a ocorrência do crime. O que não se admite é a possibilidade do Estado, por meio de seus agentes, provocar que o crime aconteça, exemplo denominado como *flagrante preparado*.

Neste caso, absolutamente ilegal, a verdade é que o crime jamais teria lugar, não fosse a provocação dos agentes públicos, que induzem o suposto criminoso, a realizar a conduta, para que este seja surpreendido cometendo o crime. Importante ressaltar que, nesta hipótese, o crime foi realizado para dar lugar à prisão em flagrante pois, se não houvesse a provocação, a conduta não existiria, vale dizer, não haveria crime.

A sociedade estabelece, pela lei penal, as condutas que deseja evitar, impondo punições àqueles que as praticar. A graduação da proteção é materializada na graduação da pena, de modo que, quanto maior for a pena, mais se deseja evitar aquela conduta.

A lei penal, portanto, protege bens jurídicos, em maior ou menor grau, estabelecendo penas proporcionais, dependendo da importância destes bens jurídicos tutelados por aquela sociedade. Conclui-se, portanto, que o crime viola o bem jurídico tutelado. Assim, se o bem jurídico protegido não foi ofendido e não correu risco algum, não se admite, nestes casos, a existência do crime.

É exatamente neste contexto, que reside a ilegalidade da prisão em flagrante, quando este flagrante é preparado, pois nestes casos, o bem jurídico jamais esteve em risco, pois nunca existiu crime algum.

Esta tem sido a posição sedimentada pela nossa doutrina e também pela nossa jurisprudência, que culminou com a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula 145, corroborando a tese de que, havendo absoluta ineficácia do meio ou visível impropriedade do objeto, em função de

flagrante preparado pela polícia ou por terceiro, o crime não se consuma, pois verifica-se o crime impossível.

A premissa é de que a prisão em flagrante deva atender não somente a nossa Carta Magna, especialmente quanto aos princípios e garantias constitucionais, mas, também, às disposições do Código de Processo Penal, para que encontre o palco da legalidade, expurgando o abuso de poder.

Nesse sentido, a preparação do flagrante pela polícia ou por terceiro, com o único objetivo de flagrar o agente no momento da execução do crime fere, sem sombra de dúvida, a garantia constitucional relativa à liberdade individual, pois se revela um crime impossível, não sendo, assim, passível de punição, porquanto o agente teve a sua vontade e consciência maculadas por um instigador.

Mas, afinal, quando ocorre o flagrante preparado? Nas palavras de Nelson Hungria, o flagrante preparado ocorre

[...] quando alguém insidiosamente provoca outrem à prática de um crime e, simultaneamente, toma as providências necessárias para surpreendê-lo na flagrância da execução, e esta, fica, assim, impossibilitada ou frustrada”. O festejado doutrinador conclui que “o desprevenido sujeito ativo opera dentro de uma pura ilusão, pois, ab initio, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente torna impraticável a real consumação do crime... Um crime que, além de astuciosamente sugerido e ensejado ao agente, tem suas consequências frustradas por medidas tomadas de antemão. Tal não passa de crime imaginário (Comentários ao Código Penal, p. 103).

A jurisprudência consolidou o entendimento de que ocorre o crime impossível quando a polícia ou terceiro interfere na vontade do agente, uma vez que fornece os meios para a prática do delito, criando uma falsa situação de flagrância. Vejamos este julgado do STF, coroando esta posição:

A jurisprudência desta Suprema Corte já firmou entendimento no sentido de que a comprovada ocorrência de “flagrante preparado” constitui situação apta a ensejar a nulidade radical do processo penal (RTJ 130/666, Rel. Min. Carlos Madeira – RTJ 140/936, Rel. Min. Ilmar Galvão – RTJ 153/614, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.)” (HC nº 84723, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 04.12.2013).

Obviamente, prender alguém em flagrância nessas condições, restaria em evidente ilegalidade, pois se não tivesse havido a provocação, o crime não teria ocorrido. O agente foi estimulado a cometer tal delito. Sua atividade não se desenvolveu naturalmente, não existindo, assim, autenticidade nos fatos, nem espontaneidade em querer praticar o delito, conseqüentemente, não havendo efetiva e real exposição a perigo de qualquer bem tutelado pela lei, não poderá subsistir o flagrante, bem como, a acusação nele consubstanciada, desaguando tudo isso na ilegalidade, ensejando imediata anulação.

Se o flagrante preparado é ilegal e propicia um sofrimento injusto ao suposto autor do crime, caso se verifique a cobertura da mídia para essa diligência abusiva e lesiva, o dano suportado pelo cidadão acusado poderá ser irreparável.

A importância da mídia é inquestionável, todavia, lamentavelmente, no Brasil, parcela significativa dessa mídia abusa e patrocina desastres na vida privada do cidadão, que é exposto, acusado, linchado moralmente de modo imutável. O maior exemplo disso foi o caso “Escola Base”.

A ninguém é dado o direito de consumir uma acusação e conseqüente julgamento, sem observar o direito de defesa e tudo o que dele decorre, vale dizer, o princípio da presunção de inocência, estabelecido em nossa Constituição Federal, assegura que o cidadão, mesmo diante de uma acusação, deve ser preservado e facultado a ele o amplo direito de defesa.

Tudo isso é desrespeitado quando, diante de um flagrante preparado (ilegal), o cidadão é exposto pela mídia, como se culpado fosse, mutilando sua honra de forma irreversível. Mesmo que esse flagrante, amplamente noticiado e alardeado, venha a ser anulado (pela ilegalidade verificada no caso), o cidadão acusado já terá sofrido esse verdadeiro linchamento moral, que suportará pelo resto de sua vida.

O dano suportado é gigantesco, o prejuízo incalculável e o sofrimento indescritível. Em nosso sistema jurídico, tudo isso é passível de indenização, que jamais apagará as conseqüências das levianas notícias, mas

exercerá um efeito didático a servir de exemplo, para que, no futuro, se tenha um pouco de cautela e conseqüente responsabilidade, antes de se destruir uma reputação ou de mutilar indelevelmente a honra alheia pela mídia. Trata-se de uma questão de justiça!

# 19

## Quanto ao bem jurídico protegido no crime de lavagem de dinheiro

Ricardo Ribeiro Velloso<sup>1</sup>

---

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

Ponto nevrálgico é a discussão quanto ao bem jurídico que se pretende proteger no combate à lavagem de capitais, não só para se entender a função da norma, mas, também para legitimá-la.<sup>2</sup>

A definição de bem jurídico, é um dos temas que provoca debates acalorados em discussões acadêmicas, devido à dificuldade de sua conceituação. Porém, afastando-nos da celeuma do que pode, ou não, ser criminalizado, partiremos do entendimento que o Direito Penal deve defender os bens jurídicos tutelados, acompanhando, desta maneira, o entendimento da maioria dos doutrinadores<sup>3</sup>.

O bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro, assim como em outros tipos penais, deve ser analisada sob o crivo da temporalidade. A criminalização das condutas que visam ocultar e lavar recursos de origem ilegal surge a partir de uma necessidade de combate ao tráfico de estupefacientes,<sup>4</sup> sendo, nesse contexto, um tipo penal acessório ao de tráfico.

Enquanto se utilizava a lavagem de dinheiro, unicamente como um meio alternativo de combate ao tráfico de narcóticos, seu bem jurídico era também o mesmo, ou seja, a saúde pública.

Porém, em 1990, durante sessão do Conselho da Europa,<sup>5</sup> foi assinada pelos países membros uma resolução que ampliava o rol de crimes da lavagem de dinheiro, para além do tráfico de estupefacientes.

Desta maneira, a partir da ampliação do âmbito de punição da lavagem de dinheiro, o bem jurídico tutelado não podia mais ser entendido como

---

2. PODVAL, Roberto. *O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro/dezembro 1998, p. 209.

3. Nesse sentido é o pensamento de Roxin, Schönemann, Jeschek, Muñoz Conde, Figueiredo Dias, entre outros. Pensamento minoritário, em sentido oposto é defendido por Jakobs, o qual entende que, em sucintas linhas, a missão do Direito Penal é a revalidação do sentido da norma.

4. A primeira vez que se debateu o tema da lavagem de dinheiro mundialmente, foi na Convenção da Organização das Nações Unidas, realizada em Viena em 1988, que versou sobre o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, através da prevenção e repressão dos processos de lavagem de dinheiro. A Convenção de Viena foi ratificada pelo Brasil, através do Decreto nº 154 de 26.06.1991.

5. Convenção do Conselho da Europa de 08.11.1990, que discutiu sobre a lavagem de capitais.

a saúde pública, gerando divergências quanto à definição do bem jurídico, agora tutelado.<sup>6</sup>

Muitas correntes surgiram, na tentativa de identificar o bem jurídico da lavagem de dinheiro, dentre elas, encontramos três de maior aceitação, a primeira entende ser o bem jurídico protegido a ordem socioeconômica, outra define o bem jurídico tutelado como a circulação de bens no mercado para seu normal funcionamento e para a economia em geral<sup>7</sup> e a terceira, que defende a administração da justiça como o bem jurídico protegido na lavagem de capitais.

Dos que defendem a ordem socioeconômica como o bem jurídico protegido, entendem que a legislação sobre lavagem de dinheiro visa, precipuamente, proteger a normalidade do tráfego jurídico no mundo da economia<sup>8</sup> – como a oscilação de índices de câmbio, desempenho da política econômica do país, etc. – ou seja, a segurança do sistema econômico financeiro de um país.<sup>9</sup>

Desta maneira a legislação defenderia, **não interesses individuais, mas sim interesses metaindividuais** relacionados ao mercado econômico financeiro.<sup>10</sup>

---

6. PODVAL, Roberto. *O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro/dezembro 1998, p. 212.

7. PODVAL, Roberto. *O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro in Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6, n. 24. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro/dezembro 1998, p. 212.

8. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 321.

9. GOMES, Luiz Flávio. Lavagem de Capitais com expressão do “Direito Penal globalizado”. In: *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva* (criminalista do século). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 230.

10. Segundo Roberto Podval, em estudos sobre o tema, “com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, nasceu a ideia de que os bens jurídicos não tinham mais um caráter exclusivamente individual, como a vida, a integridade física, o patrimônio”, e continua no mesmo estudo, agora citando Figueiredo Dias e Costa Andrade, “enquanto os crimes de direito penal de justiça se relacionam em último termo, directa ou indirectamente, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos, liberdades e garantias das pessoas*, já os do direito penal secundário – e de que se encontram exemplos precípuos no direito penal

Esta generalização do bem jurídico tutelado é justificada, na necessidade de combate aos ingentes efeitos dos fluxos de capital ilegal no mercado financeiro, que comprometem a estabilidade econômica dos Estados, e que o Direito Penal Clássico, com sua construção de tipos penais tradicional, não consegue suprir.

Mesmo entendendo ser, a criação de tipos penais de perigo abstrato, uma tendência atual do Direito Penal, não se pode admitir bens jurídicos amplos e indefinidos,<sup>11</sup> a tal ponto de que, buscando-se defender algo que pode ser tudo e ao mesmo tempo nada, extinga-se a garantia que o bem jurídico oferece, de filtro da intervenção penal estatal, justificando-se, assim, a criação tipos penais unicamente pelo desvalor da ação.<sup>12</sup>

Outro ponto a ser questionado, com relação à ordem socioeconômica como bem jurídico da lavagem de dinheiro, é a lesividade que esse fluxo de capital sujo possa causar em economias menos desenvolvidas.

Não se está aqui a advogar a sustentação econômica de um Estado baseado na lavagem de dinheiro. Entretanto ao mesmo tempo, que o fluxo de capital oriundo de lavagem de dinheiro pode gerar um cenário fantasioso economicamente, é inegável que, tanto em questão de volume de receita de tributos, como na fomentação do mercado, trariam suas benesses ao Estado.

---

económico (da empresa, do mercado de trabalho, da segurança social, etc.), financeiro, fiscal, aduaneiro, etc. – se relacionam primariamente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos sociais e à organização econômica*. Diferença que radica, por sua vez, na existência de duas zonas relativamente autônomas na actividade tutelar do Estado: uma que visa proteger a esfera de actuação especificamente pessoal (embora não necessariamente ‘individual’) do homem – do homem ‘como este homem’; a outra que visa proteger a sua esfera de actuação social – do homem ‘como membro da comunidade’”. “O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6, n. 24. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro/dezembro 1998, p. 209.

11. Neste sentido sentencia Raúl Cervini, “cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se consiba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro”. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 78.
12. PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6, n. 24. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro/dezembro 1998, p. 214.

Desta forma, acompanhando o entendimento de Roberto Podval, não pode ser a ordem socioeconômica, o bem jurídico tutelado pela legislação da lavagem de dinheiro, devendo tal corrente ser negada.<sup>13</sup>

Da mesma maneira deve ser o entendimento quanto à circulação dos bens no mercado como bem jurídico tutelado na norma sobre lavagem de dinheiro. A circulação de bens no mercado é, nada mais, que uma das facetas da ordem sócio econômica.

Porém, da mesma maneira que na ordem socioeconômica, é a circulação dos bens no mercado, atingida mediatemente. Não se pode provar que a inclusão de capital sujo, vá alterar a circulação dos bens.

À inteligência do que anteriormente dito a respeito da ordem socioeconômica, não há mais porque se aprofundar quanto à questão da circulação dos bens no mercado, como bem jurídico tutelado.

O primeiro objetivo da norma de lavagem de dinheiro, não foi a proteção do mercado, uma vez que instabilidades e oscilações fazem parte da essência deste, muito menos o patrimônio, haja vista que esse interesse é individual, diferente do caráter supra individual da lavagem de dinheiro.

Na lavagem de dinheiro, não há necessariamente agressão ao patrimônio de terceiro, o capital é, na maioria das vezes, obtido em negociações ilícitas, sendo a intenção do autor do delito, a ocultação da origem e consequente legalização desse capital, antes, até do interesse no aumento patrimonial, favorecendo, desta maneira, o autor do crime antecedente.

Tanto na Suíça, como na Alemanha e Itália, a doutrina majoritária, entende ser a administração da justiça o bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro.<sup>14</sup>

Para Magalhães de Noronha a administração da justiça é “a atuação eficaz da atividade judiciária, impedindo seja ela frustrada em sua finalidade

---

13. Obra ant. cit., p. 216.

14. PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6, n. 24. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro/dezembro 1998, p. 219/220.

de luta contra o crime, impondo às pessoas o dever de, se não colaborar com a justiça, abster-se de estorva-la em seus desígnios”.<sup>15</sup>

Dessa maneira, seguindo o entendimento de Roberto Podval, “a administração da justiça é o bem jurídico tutelado pelo crime em questão, na medida em que os autores de crime de lavagem, com a finalidade de proteger os responsáveis pelos crimes antecedentes, acabam obstruindo a própria justiça, impossibilitando a punição dos culpados”.<sup>16</sup>

Vale destacar que o Direito Penal tem um importante papel na resolução da problemática da lavagem de dinheiro, entretanto, seu enfrentamento requer muito mais que, apenas, a atuação desse ramo do direito. Existem formas de controle estatal, administrativo e fiscal, que devem ser fortalecidos, a fim de que haja um combate eficaz e preventivo a essa criminalidade especializada.

---

15. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 4. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 395.

16. Obra ant. cit. p. 222.

## A regulamentação da delação premiada no Brasil

Emanuel Messias Oliveira Cacho<sup>1</sup>

Manoela Andrade Cacho<sup>2</sup>

- 
1. Advogado, especialista em criminologia, Direito Penal, Processo Penal e Direito Econômico e Financeiro. Foi Conselheiro da OAB/SE, da Defensoria Pública. Secretário de Justiça, ex-presidente do CONSEJ - Conselho Nacional de Secretários de Justiça, Direitos Humanos e Administração Penitenciária, ex-presidente da ABRACRIM nacional - Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. Foi membro da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto do Código Penal (PLS 236/2012), que tramita no Congresso Nacional.
  2. Advogada com especialização em Direito Processual Penal, Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica - PUC-SP.

## Introdução

A criminalidade organizada, o fenômeno da prática de atividades ilícitas de associação e organização criminosas, vem sendo discutida atualmente de forma acentuada tanto no ambiente acadêmico quanto no dia a dia da população.<sup>3</sup>

Trata-se, tanto as formas de criminalidade econômica clássica quanto as modernas, de tema atual, em razão da dimensão dos danos materiais e morais, da sua adaptabilidade às mutações sociais e políticas e à criação de defesas contra os meios de combatê-la, que termina por implicar na preocupação de todos os países, nas instâncias governamentais, judiciais e políticas, em estancá-la de forma eficaz.<sup>4</sup>

Por esta razão, faz-se necessário verificar o fenômeno da globalização como influência do surgimento das legislações que tratam do crime organizado, antes mesmo de adentrarmos na lei brasileira que atualmente trata do tema.

## A globalização e a criminalidade econômica

Analisa Figueiredo Dias e Costa Andrade, numa perspectiva da realidade portuguesa, o histórico da luta contra o crime organizado, alcançando o panorama internacional:

A repressão de tal delinquência foi imperativo constante derivado em linha recta da vocação intervencionista do Estado socialista, dada a sua (quase) exclusiva titularidade da iniciativa e da direcção do processo económico e a consequente necessidade de defesa das novas relações que sucessivamente foram marcando a vida económico-social. Por outro lado, assiste-se hoje em todos os países capitalistas à mobilização de enormes recursos para a

---

3. PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 393.

4. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática Geral das Infracções Contra a Economia Nacional. In: *Temas de Direito Penal*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 64-65.

prevenção e repressão da criminalidade econômica, a que já se chamou “cancro” da moderna sociedade.<sup>5</sup>

É fato que a preocupação com o combate à criminalidade econômica é de todos os Estados, devido à sua complexidade e sua difusão nas últimas décadas, tornando-se, portanto, uma questão nacional e internacional, que se expandiu em razão do fenômeno da globalização.

Evidentemente esta forma de criminalidade expandiu-se, internacionalizou-se, tendo ultrapassado os limites territoriais, operando seus agentes no mercado mundial, sendo os sistemas formais de controle demasiadamente pesados e dificilmente adaptáveis à agilidade e flexibilidade do crime, devido, entre outros aspectos, à utilização maciça da informática nas transações econômicas.<sup>6</sup>

A aparição e proliferação de novos comportamentos delitivos não encontraram adequação estrita nos tipos penais clássicos, que tendem a resistir à quebra de seus postulados, possuindo, portanto, um arsenal punitivo incompatível, quanto à eficácia na repressão e prevenção, com diversas demandas sociais.<sup>7</sup>

Esta limitação do Direito Penal clássico e a potencialidade lesiva das novas formas delitivas, em grau muito superiores à tradicional em termos de astúcia, tecnicismo, anonimato e diluição dos efeitos, criou-se um ambiente favorável à criação de um Direito Penal Econômico.<sup>8</sup>

A especificidade de um Direito Penal secundário, no caso o econômico, adveio da necessidade de medidas individualizadas, tais como sanções específicas, a aceitação da responsabilidade das pessoas coletivas e

---

5. *Ibidem*, p. 65-66.

6. DA COSTA, José Faria. *Direito Penal Econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

7. OLIVEIRA, William Terra de. Análise prospectiva do Direito Penal Econômico Brasileiro. In: *Direito Penal Econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: Liberars, 2013, p. 495-496.

8. *Ibidem*, p. 496.

a constituição e funcionamento de órgãos encarregados da investigação e julgamento das infrações econômicas.<sup>9</sup>

Não obstante ser uma questão de preocupação de todos os países do globo, o Direito Penal Econômico surgiu alimentado pelas sequelas das crises econômicas e guerras enfrentadas por cada Estado, tomando um contorno particular de acordo com o sistema econômico-social em que foi inserido.<sup>10</sup>

No Brasil, também, travou-se o combate aos crimes de ordem econômica, em especial ao crime de organização criminosa, cuja definição e as disposições relativas à investigação, aos meios de obtenção da prova, e ao procedimento criminal, foram previstas com mais profundidade, inicialmente, na Lei nº 12.850/13.

## A Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013

De logo, cumpre trazer as definições que expõe Luiz Regis Prado quanto à diferença entre as denominações “criminalidade organizada” e “organização criminosa”, esclarecendo que aquela se trata de fenômeno social, econômico, político e cultural, fruto da sociedade contemporânea, estando relacionada com fenômenos outros da contemporaneidade, quais sejam: o terrorismo e as criminalidades política e financeira.<sup>11</sup>

Portanto, a criminalidade organizada não é unicamente um tema de interesse do Direito mas, também, de outras ciências. No entanto, possui um conteúdo jurídico-penal, ligando-se ao delito de organização criminosa, que pode ter um conceito elaborado a partir das suas características de estar relacionado com a acumulação de poder econômico, com um alto

---

9. DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do Direito Penal secundário. Um contributo para a reforma do Direito Penal Econômico português. In: *Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 24/25.

10. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, op cit., p. 69.

11. PRADO, Luiz Regis. Op cit. p. 393.

poder de corrupção e de intimidação, além de possuir uma estrutura piramidal.<sup>12</sup>

E, em linhas gerais, a organização criminosa trata-se de atuação delinquente estruturada, que atinge bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.<sup>13</sup>

A Lei nº 12.850, publicada em 02 de agosto de 2013, que veio para melhor tratar do tema do crime organizado, bem como de seus mecanismos de combate, trouxe no §1º do seu artigo 1º, a definição do que seria uma organização criminosa, que até então era delimitado pelo artigo 2º da Lei nº 12.694/2012, ora revogado. Importante observar os termos do referido dispositivo, que define, atualmente, o que é uma organização criminosa:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A primeira lei que tratou do tema, a Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995, não trazia a definição de crime organizado, limitando-se a dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por aquelas. Nasceu no mesmo contexto que se verifica na atualidade; com o apelo social de urgência na necessidade de combater a criminalidade organizada.<sup>14</sup>

A Lei nº 12.850/2013, com a finalidade de obter eficácia na luta contra o crime organizado, além de definir organização criminosa e criar tipo penal específico para punir seus integrantes, dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, a infrações penais correlatas e o

---

12. Ibidem. p. 398/399.

13. Ibid. p. 402.

14. CARVALHO, Ivan Lira de. *A atividade policial em face da lei de combate ao crime organizado*. Revista Semestral do Curso de Direito da UFRN, p. 55

procedimento criminal a ser aplicado nestes casos. Como se vê, congrega dispositivos legais de natureza penal e processual penal.<sup>15</sup>

De fato, trouxe medidas mais severas, porém, em alguns pontos, ela vem imbuída de um menor rigor normativo, qual seja, quanto ao investigado processado e condenado, se comparada à Lei nº 9.034/1995, relativamente à liberdade provisória, bem como quanto à proibição de apelar em liberdade e ao cumprimento inicial de pena imposta em regime fechado.<sup>16</sup>

O combate à criminalidade econômica está imbuído de grande complexidade, uma vez que o Estado tem que agir desprovido de aparato suficiente e, ao mesmo tempo, tendo que respeitar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo relativos ao Direito Penal e Processual Penal.<sup>17</sup>

Surgiu, portanto, a necessidade da criação de instrumentos que possam ser mais eficazes no combate ao crime organizado, tais como os previstos na lei de organização criminosa, especificamente no artigo 3º a Lei nº 12.850 de 2013, a exemplo da ação controlada, da infiltração de agentes e da colaboração premiada, no qual este trabalho se concentra, em razão de ser o meio de prova mais questionado na atualidade, principalmente por estar sendo utilizada em casos de grande repercussão na mídia, gerando diversos debates entre a população em geral, bem como no mundo jurídico, que se divide em questões em torno da sua constitucionalidade, eficácia e eticidade.

## A delação premiada na Lei nº 13.964 (Pacote Anticrime)

A Lei nº 13.964, sancionada em 24 de dezembro de 2019, que ficou conhecida como o “Pacote Anticrime” e pretendeu endurecer o tratamento ao crime organizado, regulou com mais profundidade o acordo de delação premiada.

---

15. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p.393.

16. Ibidem, p. 411.

17. PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 393.

Como se depreende do texto da lei, o dispositivo se refere ao “acordo” de colaboração premiada, que não se confunde com a “colaboração premiada” propriamente dita, a qual independe de acordo expresse e ultrapassa o mero “acordo contratual”.

E, numa análise dos artigos da nova lei, observa-se que a maior parte das alterações legislativas, em realidade, constitui a positivação das ponderações até então suscitadas pela doutrina pátria, diante das lacunas normativas que existiam, as quais terminavam por deixar os tanto os colaboradores quanto os delatados em verdadeira situação de insegurança jurídica.

Desta feita, as disposições trazidas pelo “Pacote anticrime” constituem verdadeiro avanço na matéria, inobstante ainda existirem lacunas, de modo que se espera que o instituto possa vir a ser mais encorajados pelas autoridades e mais buscado, outrossim, pelos próprios acusados.

## Conclusão

No que tange à moralidade do delator e à ética do Estado há que se fazer um breve panorama. A delação premiada, para alguns autores, recebeu a denominação de colaboração premiada com a finalidade de disfarçar a conotação antiética que o instituto teria.<sup>18</sup>

Mesmo não sabida a real intenção do legislador, o termo “colaboração” é mais sutil que “delação”, que supõe uma ideia de traição. Inegavelmente, a traição é ato moralmente reprovável socialmente. A questão que surge é haveria fundamento ético que legitimasse a utilização do instituto.<sup>19</sup>

Indaga-se se seria possível o Estado estimular a traição, vez que para acordo de delação não é analisada a motivação do delator, podendo este agir em razão de arrependimento ou de sentimentos muito menos nobres,

---

18. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

19. Idem.

tais como vingança, infidelidade, bem como render-se ao auxílio de criminosos por admitir sua incapacidade de exercer controle social.<sup>20</sup>

A afirmação que parece legitimar o instituto é a de que não seria possível admitir uma obrigação moral de silêncio entre coautores e partícipes, apenas existindo o único dever de colaborar com a persecução penal, no interesse da sociedade.<sup>21</sup>

No entanto, ainda que aceito tal argumento, cabível a ressalva de que, do ponto de vista moral, há a possibilidade de suspeitar-se que as informações oriundas do delator, provenientes de uma traição, pode ser manipulada ou mentirosas.<sup>22</sup>

O debate é cheio de argumentos relevantes e é certo que o instituto está posto em nosso sistema e vem sendo cada vez mais absorvido pela nossa cultura jurídica, sendo de grande importância na justa efetivação dos acordos de colaboração premiada. Com efeito, faz-se essencial a continuidade do aperfeiçoamento da legislação e da jurisprudência sobre o tema, para que possa haver uma boa aplicação do instituto, com a devida segurança jurídica.

---

20. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César, op. cit., p. 116-117.

21. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Delação premiada*. Revista Del Rey Jurídica, ano 8, n. 16, p. 67, Belo Horizonte, 1.º sem. 2006.

22. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César, op. cit., p. 117.

## Direito penal econômico: especificidades, diferenças em relação ao direito penal clássico e a prevenção dos crimes de colarinho branco

Tatiana Socoloski Perazzo Paz de Melo<sup>1</sup>

Aquiles Perazzo Paz de Melo<sup>2</sup>

- 
1. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal. Juíza de Direito há 20 anos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, é professora e tutora no EaD da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte.
  2. Graduado em Formação de Executivos e Direito; pós-graduação em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Mestrando pela UAL - Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal. Doctor Honoris Causa pela Academia Jurídica de Baja California A. C. Mexico. Advogado criminalista. Presidente da ABRACRIM-RN - Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas do Rio Grande do Norte. Imortal da AINTERLJ - Academia Internacional de Letras Jurídicas e Presidente do Conselho Superior da AINTERLJ.

## Introdução

O combate à criminalidade econômica é um dos temas talvez de maior relevância na atualidade, tamanha a repercussão negativa dos ilícitos econômicos na vida da sociedade moderna. Inúmeros estudos já foram elaborados nas últimas décadas para tentar explicar o fenômeno e diminuir o impacto social. Como os efeitos dos crimes econômicos sobre a sociedade são devastadores – por atingirem bens supraindividuais, aqui compreendido como pertencentes não a um ou outro indivíduo, mas a toda uma coletividade –, precisam ser tratados e regulados de forma a minimizar os prejuízos com o que se denominou de risco social. Daí o surgimento do Direito Penal Econômico.

Pensando na importância do tema, resolveu-se abordar, no presente artigo, questões relativas ao Direito Penal Econômico e possíveis soluções de enfrentamento que envolvam a participação não apenas dos poderes do Estado – mediante a elaboração, fiscalização e aplicação de leis reguladoras –, mas de todos os integrantes da sociedade.

No presente trabalho, então, guardado o foco principal nas possíveis políticas de enfrentamento da criminalidade econômica, serão tratados primeiramente as questões ligadas à criminologia, depois enfrentaremos algumas diferenças entre o Direito Penal clássico e o Direito Penal Econômico e finalmente serão trazidos conceitos doutrinários sobre crime econômico. Dentro dessa estrutura, procurar-se-á demonstrar a nocividade dos crimes econômicos, com base nos ensinamentos de Sutherland (2014), para então explicar como e por que surgiu essa vertente do Direito Penal denominada Direito Penal Econômico.

## Da criminologia de Sutherland à contemporaneidade e a evolução do direito penal

Em 1940, rompendo o que se entendia por criminologia, na época, bem como introduzindo conceitos até então desconhecidos como crime do colarinho branco, abuso do poder econômico, associação diferencial

e desorganização social, o sociólogo americano Sutherland (2014, p. 93) publicou o artigo *A criminalidade do colarinho branco*.<sup>3</sup>

Segundo explica Bonato (2014, p. 104), a criminologia só passou a se interessar pela criminalidade econômica no início do século XX. Até então, a criminologia clássica se concentrava em traçar um perfil biológico do criminoso e uma relação direta entre a pobreza e os índices de criminalidade extraídos dos tribunais. Com a teoria de Sutherland, passou-se a reconhecer a existência de delitos praticados por criminosos do colarinho-branco, que não se enquadravam no perfil até então estudado pela criminologia.

Sutherland (2014, p. 94) defendeu a tese de que os estudos até então realizados, com base em índices de criminalidade produzidos pela justiça criminal, teriam equivocadamente demonstrado que a criminalidade estaria relacionada com a pobreza ou com as condições psicopáticas e sociopáticas associadas com a pobreza. Segundo expôs, a classe social mais privilegiada da sociedade estava fora das estatísticas forenses porque não eram acionadas criminalmente, a despeito das suas inúmeras atividades criminosas por ela desenvolvida, e não porque simplesmente não era propensa ao crime.

Sutherland (2014, p. 95) inclusive chegou a arrolar, em seu artigo, várias personalidades da sociedade da época, denominando-as de criminosos de colarinho branco, que não faziam parte dos estudos de criminologia, inobstante seus atos criminosos estarem demonstrados através, segundo afirmou, de “[...] investigações de cartórios públicos, ferrovias, seguros, municípios, transações bancárias, serviços públicos, bolsas de valores, indústria petrolífera, negócios imobiliários, comitês de credores, recuperações judiciais, falências e política.” Dentro desse contexto, explicou o autor, que os dados relativos aos crimes de colarinho branco não estavam ao alcance dos estudiosos da criminologia senão quando muito pelas páginas de economia dos jornais; nunca, ou quase nunca, faziam parte das estatísticas dos tribunais. Sutherland afirmou:

---

3. Os dados referentes ao artigo *A criminalidade de colarinho branco*, de Edwin Hardin Sutherland, foram extraídas com base na tradução do advogado Lucas Minorelli, então mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS.

A criminalidade de colarinho branco nos negócios manifesta-se com maior frequência na forma de deturpação de demonstrativos financeiros de corporações, manipulação na bolsa de valores, corrupção privada, corrupção direta ou indireta de servidores públicos a fim de obter contratos e leis favoráveis, vendas e publicidades enganosas, apropriação indébita e uso indevido de ativos, adulteração de pesos e medidas e falsificação de mercadorias, fraudes fiscais, uso impróprio de valores em recuperações judiciais e falências. Essas são violações às quais Al Capone denominou de “trapaças legítimas”. Essas e muitas outras existem em abundância no mundo dos negócios (SUTHERLAND, 2014, p. 95).

Na mesma linha, o supracitado autor explicou que aos próprios médicos, por exemplo, poderiam ser imputados crimes como os de venda ilegal de álcool e de drogas, aborto, prestação de serviços ilegais para criminosos, pareceres e testemunhos fraudulentos em acidentes, e outros (2014, p. 101).

Para Sutherland (2014, p. 101), os crimes de colarinho branco seriam significativos diante da abrangência dos seus atos e com um custo financeiro provavelmente bem superior aos demais crimes; contudo, esta perda financeira seria, para ele, menos importante do que os danos causados às relações sociais em virtude da quebra da relação de confiança que reduziria a moral social e produziria a desorganização social em larga escala.

Sutherland (2014, p. 101) criticou a criminologia clássica ao afirmar que a origem da colheita de dados para análise das causas do crime não poderia vir apenas dos tribunais, já que muitos deles sequer lá chegavam, como o caso dos crimes de colarinho branco. E assim se pronuncia sobre o tema:

A posição privilegiada dos criminosos de colarinho branco perante a lei resulta em pequena parte de subornos e pressões políticas, principalmente do aspecto de que como são mantidos e sem maiores esforços da parte deles. O grupo mais poderoso na sociedade medieval gozou de relativa imunidade por meio do “benefício do clero” e agora nossos grupos mais poderosos obtêm o mesmo efeito pelo benefício da empresa ou “ocupação” (SUTHERLAND, Edwin Hardin. 2014, p. 101).

Sutherland (2014, p. 101) esclareceu que a criminalidade de colarinho branco aparece nas relações entre poderosos e pessoas vulneráveis,

equivalendo, segundo ele, a tomar o doce de uma criança: “Consumidores, investidores e acionistas são desorganizados, carecem de conhecimento técnico e são incapazes de se proteger.” Mais além, numa comparação de forças e influência, o cientista arrematou:

Muitos dos crimes da classe baixa, no entanto, são praticados contra pessoas ricas e poderosas na forma de furto e roubo. Devido a esta diferença de poder em comparação com as vítimas, os criminosos de colarinho branco gozam de relativa imunidade.

Enfim, o trabalho de Sutherland (2014) foi um marco para a criminologia porque conseguiu demonstrar que a base então utilizada pelos criminólogos para extração de dados era não só incompleta como insuficiente para permitir se concluir, como até então se concluía, que o comportamento criminoso estaria vinculado à pobreza ou a questões sociais ou psicossociais ligadas a ela.

Para o autor, então, afastada a concepção da criminologia clássica de que o crime decorre da pobreza, e questões outras associadas a ela, o crime não decorre de fatos, mas de aprendizado, por meio das relações sociais, em associação direta ou indireta com quem já tenha praticado o delito, e desde que afastado dos comportamentos tidos por legais, ou seja, dentro da lei. É um processo que ele denominou de associação diferencial, ou seja: “Se uma pessoa torna-se um criminoso ou não é amplamente determinado pela frequência e intimidade de seus contatos com as duas espécies de comportamento” (SUTHERLAND, 2014, p. 102).

Todavia, importante lembrar, Sutherland, que em um primeiro momento acreditava estar diretamente ligada à desorganização social, fez constar da versão final de sua teoria, segundo explicou Ferraz (2015, p. 18) no seu artigo *Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no direito penal econômico*, que a associação diferencial seria, na verdade, uma função complementar àquela, já que, dentro da sua compreensão, um grupo poderia estar organizado para o comportamento criminoso ou não, fazendo assim crer que a criminalidade, na verdade, seria uma expressão da organização diferencial de determinado grupo.

Das lições de Sutherland para cá, reformulações da teoria da associação diferencial surgiram. Ferraz (2015, p. 23-24), menciona duas em específico: a teoria da identificação diferencial, de Daniel Glaser, que pressupõe que o indivíduo não apenas aprende, mas se identifica com delinquentes e não delinquentes ao longo da sua vida, sendo, portanto, uma escolha humana, adotar um ou outro comportamento, delitivo ou de reação negativa à delinquência; e a do reforço da associação diferencial, de Ronald Akers, que se refere, muito resumidamente, às recompensas e punições recebidas pelo indivíduo que afetam a probabilidade de participar em um comportamento criminoso ou não criminoso.

Já nas palavras de Flores (2013, p. 25), no artigo *Crimes de colarinho branco e a formação do Direito Penal secundário: os desafios da política criminal contemporânea*, as novas correntes criminológicas que surgiram a partir de Sutherland não mais consideraram o fenômeno criminal como exclusividade de uma única camada social, ruindo por terra, então, a criminologia clássica, sendo inquestionável para a doutrina em geral, a influência, inclusive na atualidade, dos estudos do sociólogo americano sobre o que veio mais tarde a se chamar Direito Penal Econômico.

É bem verdade que, de outro lado, a teoria do crime do colarinho branco chegou a sofrer inúmeras críticas formuladas por criminólogos que defendiam que os conceitos empregados por Sutherland seriam vagos e subjetivos, e que poderiam indicar como criminosos pessoas que sequer teriam infringido a lei. A despeito destas críticas,

[...] o fato é que Sutherland introduziu um novo âmbito de pesquisa nas Ciências Criminais, até então muito pouco explorado, ao chamar a atenção para a forma privilegiada como os criminosos do colarinho branco são tratados pelas agências de controle penal.(FLORES, Marcelo Marcante. 2013, p. 25).

A respeito da evolução da teoria de Sutherland e Flores (2013, p. 28-29) também destacou o surgimento de algumas outras teorias como a que afirmou que uma conduta será criminosa quando a sociedade assim a definir democraticamente, com destaque, contudo, à influência exercida pelos grupos de pressão (*labelling approach*), assim como, num modelo mais

radical, a que se firmou na teoria marxista, por meio da qual explicava o sistema penal sob a visão da dominação de classes e do capitalismo, e, por último, a que surgiu a partir da queda do socialismo (o realismo de esquerda), demandando a punição daqueles crimes socialmente nocivos, que acreditavam atentar contra aqueles bens jurídicos denominados supraindividuais.<sup>4</sup>

Aliás, para Flores (2013, p. 32), dado o reconhecimento da gravidade dos crimes socialmente nocivos, o Direito Penal então sofreu profundas mudanças, daí surgindo, ao lado do Direito Penal clássico – que permaneceu tutelando os bens jurídicos individuais –, um Direito Penal secundário, formado por leis penais extravagantes que buscaram proteger exatamente esses bens jurídicos supra individuais. Essa mudança se deveu, parafraseando Figueiredo Dias, ao fim da sociedade industrial e ao surgimento do que se denominou de sociedade de risco,

[...] uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente a extinção da vida.

E mais:

Segundo Beck, o desenvolvimento tecnológico da sociedade contemporânea demonstra uma nova dinâmica política que autoameaça a civilização. Nesse contexto, o terreno estava propício para a intervenção jurídico-penal nessas novas esferas sociais. [...] No mesmo sentido, Silva Sánchez aponta que o extraordinário desenvolvimento da técnica e a dinamicidade dos fenômenos econômicos têm repercussões diretas no bem-estar individual e na política criminal, existindo uma clara tendência de introdução de novos tipos penais, de modo a ampliar os espaços de risco penalmente relevantes. A flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios político-criminais de garantia também são características dessa tendência expansionista do Direito Penal (FLORES, Marcelo Marcante, 2013, p. 30-31).

---

4. Conceituados como direitos difusos, ou seja, pertencentes a um grupo de pessoas ou a uma coletividade não individualizável.

Segundo destacou Flores (2013, p. 31-33), a preocupação com os direitos supraindividuais fez com que, nas palavras do jurista alemão Joachim Hans Hirsch, a atividade legislativa aumentasse significativamente em face do surgimento de novas técnicas de criminalidade, gerando um efeito inverso à política adotada até então no Direito Penal, de descriminalização e reinserção do delinquente, como a de exasperação de penas, destacando, inclusive, a necessidade de se equilibrar o ímpeto punitivista a fim de evitar o esvaziamento do “[...] caráter de garantia que os princípios dogmáticos foram adquirindo no transcorrer da história do Direito Penal.”

Para o autor acima mencionado, são as relações econômicas, incrementadas pela fluidez, complexidade e rapidez, que atingem com maior facilidade os direitos supra individuais e geram, por consequência, mais facilmente, o risco social; mas essas relações são muito mais rápidas e mutáveis do que as normas jurídico-penais, que são rígidas e estáticas por natureza. Esse descompasso nos revela a grande dificuldade de se estabelecer as condutas capazes de configurar um ilícito penal. Este novo paradigma de relações econômicas, repita-se, mais fluídas, rápidas e complexas, vem, nas palavras do autor, transformando o Direito Penal e o que se acreditava até então. Marcelo Marcante Flores (2013, p. 33) assim destacou:

Diante desse novo paradigma presente no âmbito das relações econômicas, Faria Costa sustenta que o Direito Penal sofreu fortes e violentas modificações, sendo que as categorias normativas nas quais os penalistas, até os dias de hoje, acostumaram-se a trabalhar parecem não mais servir. É preciso repensá-las também pela necessidade de se refletir sobre a noção normativa de espaço ilimitado ou global. Basta pensar na criminalidade econômica levada a cabo por meios informáticos, nos quais o lugar da prática do fato pode não ter qualquer relação com o resultado.

Em tom de crítica, contudo, Flores (2013, p. 37) também explicou, dentro desse mesmo contexto, que a atividade legifronte, na busca em atingir essas relações tidas por espúrias, tem se posicionado mais constantemente pelo excesso de discricionariedade, na contramão do Direito Penal garantista, que é taxativo de origem, utilizando-se de normas penais em branco e criminalizando atos omissivos e de perigo abstrato, ou seja, “elementos normativos indeterminados e criação de posições artificiais de garante

[...]”, valendo-se inclusive de regulamentações de matéria financeira e administrativa que, além de exigirem mais rapidez, podem ferir mais facilmente o princípio da legalidade, além de facilitar a utilização, pela Administração, dos poderes que constitucionalmente foram direcionados ao Poder Legislativo.

Defendeu Flores (2013, p. 39), ainda, desta feita considerando os ensinamentos de Filippo Sgubbi, que o delito do risco social não ocasiona a reprovação do sujeito em virtude da sua conduta, mas, ao contrário, pela transgressão de normas administrativas, gerando, em razão da sua amplitude e ambiguidade, uma crise do princípio da reserva legal. E continua:

O elemento psicológico do delito passa a desenvolver um papel marginal, pois o crime assume o objetivo de gerenciar os riscos sociais decorrentes das decisões tomadas na esfera da vida econômica. O delito se encaminha para se fundamentar em fatores independentes do indivíduo, os quais ele não pode controlar. Torna-se um risco social, uma vez que a probabilidade de incorrer na responsabilidade penal aumenta ou diminui em função de sua posição econômico-social, da tipologia das atividades regularmente desempenhadas em tal posição ou da interpretação que determinado órgão atribuirá aos referenciais normativos (2013, p. 41).

Dentro deste novo cenário, embora seja possível afirmar haver um movimento de transição de paradigma do Direito Penal, em que se busca a legitimação para afastar o quanto possível os princípios garantistas, a fim de viabilizar a punição daqueles crimes considerados mais danosos aos direitos supraindividuais, em virtude de gerar, a princípio, maior risco social, necessário concordar com Flores (2013, p. 41) quando afirma que,

[...] todas essas mudanças no fenômeno criminal contemporâneo são de difícil enfrentamento e precisam de muito aprofundamento teórico, pois consistem em grandes novidades que desafiam o estudo do Direito (Penal) na contemporaneidade.

O Direito Penal não guarda lugar para experimentos impensados; exige, ao contrário, muito estudo para implementação de políticas eficazes de enfrentamento sério da criminalidade e de seus nefastos efeitos.

## Direito Penal econômico

### O que é e a que pretexto surgiu?

Zini (2012, p. 148-149), em *Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades*, mostra que o absolutismo monárquico foi superado pelo liberalismo estatal, muito e principalmente pelas idéias iluministas que surgiram no século XIX, baseadas nas premissas da separação dos poderes, da imposição de limites às autoridades do Poder Público e do exercício racional do poder, por meio das quais se traçaram algumas características principais que norteariam inclusive a economia, dentre elas a substituição da vontade do monarca pela vontade da lei (princípio da legalidade), o liberalismo econômico (princípio da liberdade), e a intervenção estatal apenas quando ausente o interesse privado (princípio da subsidiariedade).

Dentre estes parâmetros, portanto, todos seriam livres para agir e iguais em direitos e obrigações, uma vez obedecidas as regras legais vigentes, restando como certo que a lei da oferta e da procura<sup>5</sup> seria suficiente para proporcionar a livre concorrência e equilibrar os mercados interno e externo.

No entanto, conforme acrescentado por Zini, a liberalidade econômica terminou por permitir a redistribuição ou deslocamento da concentração de riquezas, das mãos dos monarcas para as grandes empresas, fazendo nascer assim uma rivalidade entre os poderes privado e público, podendo-se observar daí, uma transição “[...] do capitalismo atomista para o capitalismo de grupo ocorrida a partir de meados do século XIX [...]”, bem como o surgimento de um germe do direito econômico (2012, p. 148-149).

---

5. Conceito econômico elaborado pelo economista britânico Adam Smith, considerado o pai da economia moderna, que relaciona a determinação do preço de um produto com sua demanda e oferta no mercado, de forma que, se houver mais produtos do que pessoas interessadas em os comprar, os preços tendem a cair, ao passo que, se os produtos estiverem em falta no mercado, os preços tenderão a subir. Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/oferta-e-demanda>.

Zini (2012) explicou também, ainda dentro desse contexto (na segunda década do século XX), durante a Primeira Guerra Mundial, que houve uma ruptura da ordem liberal e o fortalecimento do intervencionismo estatal – ante a necessidade de se fazer frente ao poder da indústria beligerante, nova ordem intervencionista esta que ficou ainda mais forte com o advento da queda da bolsa de valores de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América do Norte em 1929 – cuja superprodução, sem a demanda adequada, tornou explícita a fragilidade da ordem liberal –, findando por sedimentar-se definitivamente por ocasião de dois outros eventos mundiais, mais recentes, a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria, que exigiram do Estado uma atuação incisiva – em face do direcionamento e o fortalecimento da indústria armamentista dos países beligerantes –, por intermédio de políticas econômicas protecionistas, e a partir de onde, inclusive, se promoveu o agigantamento do aparelho administrativo, e de onde, por sua vez, adveio o aumento dos gastos públicos.

Zini (2021), por meio de seu trabalho, lembrou ainda, no que se refere à expansão do intervencionismo estatal, o surgimento dos blocos econômicos, criados para garantir poder econômico de seus países membros, trazendo como exemplo o ocorreu na Europa, quando se fez nascer a União Europeia (UE),<sup>6</sup> instituindo-se inclusive uma moeda própria – que denominou-se de euro –, bem como na América do Sul, com o surgimento do Mercado Comum do Sul (Mercosul).<sup>7</sup>

De toda essa evolução histórica a partir da queda da ordem liberal, enfim, chegou-se ao estado neoliberal, que prega como já dito acima, a economia livre de mercado, mas com uma possibilidade de o Estado intervir a fim de evitar desequilíbrios nas relações comerciais que possam impactar na economia estatal e até mesmo mundial.

---

6. União econômica e política instituída em 1993 por meio do Tratado de Maastricht, mas cuja origem remonta ao ano de 1957, bem como à criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e da Comunidade Econômica da Europa. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%A3o\\_Europeia](https://pt.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%A3o_Europeia).

7. Organização intergovernamental fundada em 1991 por meio do Tratado de Assunção. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Mercado\\_Comum\\_do\\_Sul](https://pt.wikipedia.org/wiki/Mercado_Comum_do_Sul).

Pois bem, dentro desse contexto histórico, Tourinho (1977, p. 51) ensinou lições importantes sobre o Direito Penal Econômico, por intermédio da obra *Intervencionismo estatal e o Direito Penal Econômico*, período este em que afirmou compreender o direito penal econômico como “um conjunto normativo que tem por objeto a defesa dos bens, serviços e interesses vinculados à política econômica do Estado”.

Para Tourinho (1977, p. 51-52), o conteúdo do Direito Penal Econômico o distinguiria do direito penal clássico porque envolveria a política econômica estatal, ou seja, o sistema econômico adotado pelo Estado, mais especificamente ainda, o modo pelo qual o Estado dirige seu propósito (programa) quanto à economia do país, para a sociedade. Para o autor suso citado, o Direito Penal Econômico seria “o ângulo repressivo pelo qual vão ser penalizadas condutas relativas a fatos econômicos, considerados, em determinado momento, como de maior importância para a vida social lato sensu” (1977, p. 51-52).

Ao lembrar o professor e estudioso da filosofia do direito Luís Recaséns Siches, que afirmava que a liberdade e a cooperação eram as principais espécies de interesse a exigir o protecionismo jurídico, Tourinho escreveu que no caso do Direito Penal Econômico, a cooperação seria o principal interesse protegido, a fim de assegurar a realização de uma política econômica estatal, de interesse público (1977, p. 52).

Tourinho (1977, p. 53-54) contribuiu ainda mais para o tema ao descrever a relação entre o intervencionismo estatal e o Direito Penal Econômico, lembrando que, ao final do estado liberal, demarcado pela ausência estatal, o Estado passou a intervir na vida sócio-econômica e, para fazer valer essa intervenção, passando a utilizar “[...] o instrumental jurídico que lhe permitisse o solucionar do seu mister [...]”, surgindo assim o Direito Econômico, por meio do qual passou a ordenar a economia por meio da despesa pública, dos impostos e da dívida pública, da criação das empresas públicas e da política orçamentária; e mais, esclareceu que para garantir a realização da política econômica do Estado surgiu o Direito Penal Econômico, com a criação de leis de natureza sancionadoras, severas, intimidatórias e executivas, a fim de impedir transgressões às finalidades sociais do Estado, lembrando inclusive a ocorrência das duas grandes guerras

mundiais como fator primordial para o enrijecimento do poder estatal a fim de deter as especulações próprias de tempos de beligerância e evitar o egoísmo humano no seu afã de lucro desmedido. Daí porque, para o autor, a relação entre o intervencionismo estatal e o Direito Penal Econômico seria a mais estreita possível, pois este último seria exatamente “[...] o instrumental jurídico-repressivo que se utilizaria o primeiro na consecução de sua política econômica.”

Bonato (2014, p. 110), ao escrever o artigo *Crimes de colarinho branco e a ineficácia da tutela jurídico-penal da ordem econômica*, afirmou que o sistema penal econômico teria como principal objetivo, dentro de um modelo de Estado de bem estar social, qual seja, dar suporte à efetivação de políticas públicas que busquem a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais bem como regionais, garantindo assim a dignidade da pessoa humana. Assim, para a autora, desobedecidas aquelas regras que levam ao cumprimento dessa missão social do Estado, inclusive no que se refere ao que se denomina de solidariedade social, por meio da qual todos devem suportar a incidência de tributos sobre suas rendas, certa seria a incidência de sanção sobre aqueles comportamentos sociais nocivos, ou seja, que impedem ou colocam em risco esse compromisso social maior.

No entanto, alguns doutrinadores chamam a atenção para a dificuldade de se garantir essa isonomia penal. Bonato (2014, p. 110) inclusive afirmou em sua obra já citada, que o fato dos crimes do colarinho branco<sup>8</sup> serem circunstanciais e não deixarem vestígios, somado à morosidade da justiça refém dos infundáveis recursos previstos em nosso ordenamento jurídico, findam por trazer grandes dificuldades na sua repressão. Como exemplo, a autora traz a lei de sonegação fiscal (Lei nº 8.137/1990), em que consta a necessidade de lançamento tributário para a configuração de tais crimes, pressuposto, aliás, confirmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF:

---

8. Os crimes de colarinho branco são aqueles delitos penais cometidos por indivíduos pertencentes à classe alta da sociedade que, no exercício das suas profissões, atacam direitos transindividuais, ao impedir ou mesmo prejudicar a realização das funções sociais e econômicas do Estado.

[...] esta nossa Corte dá pela necessidade do lançamento definitivo do tributo devido, como condição de caracterização do crime. Tal direção interpretativa está assentada na idéia-força de que, para consumação dos crimes tributários descritos nos cinco incisos do artigo 1º da Lei nº 8.137/1990, é imprescindível a ocorrência do resultado supressão ou redução de tributo (BRITO, 2010).

Flores (2013), por sua vez, entende que essa dificuldade decorre da rigidez dos princípios garantistas que norteiam tanto o Direito Penal como o Direito Processual Penal, calcados em bases iluministas, um verdadeiro obstáculo diante da complexidade dos comportamentos humanos contemporâneos no contexto econômico, e reafirma as considerações de Dias ao lembrar (2013, p. 33):

[...] o Direito Penal não está preparado para a tutela dos grandes riscos, caso seja mantida sua legitimação substancial no modelo iluminista do contrato social. Isso porque a manutenção desses princípios corresponderia à confissão resignada de que ao Direito Penal não se reserva nenhum papel na proteção das gerações futuras, sobretudo em relação a âmbitos como meio ambiente, manipulação genética e da desregulamentação da atividade produtiva.

Mas, como já foi mencionado, esse novo modelo de Direito Penal, que vem sendo construído nas últimas décadas, ainda não encontrou amparo firme dentro do atual ordenamento jurídico, alicerçado em regras que buscam a proteção das garantias individuais, e ainda passará, de certo, por um longo período de transição, para só então se firmar.

### Qual o papel das pessoas coletivas dentro do contexto do direito penal econômico?

Questão importante dentro do Direito Penal Econômico é a responsabilidade penal das pessoas coletivas, já que elas são sujeitos ativos importantes da política econômica estatal, por influenciarem diretamente, pelas relações comerciais, a economia de mercado. Como se sabe, as pessoas coletivas surgiram para alcançar objetivos que uma só pessoa, individualmente,

não conseguiria ou, caso conseguisse, seria apenas à base de muito custo de esforço físico, mental e financeiro. Criada a personalidade coletiva, logo surgiram normas para regulá-la.

Uma vez reconhecidas sua existência e importância à luz da sociologia, nasceu a sua imputação jurídica dentro dos Direitos Civil, Processual Civil e Comercial, sobrando certa resistência, contudo, no âmbito do Direito Penal. Godinho (2005), por intermédio da obra *A actuação em nome de outrem em direito penal econômico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho*, cita breve lição de José de Faria Costa:

[...] é evidente que a sociedade técnica pós-industrial consagrou definitivamente uma realidade social: a empresa [...]. Em termos de linguagem jurídica, comunicacionalmente relevante, a empresa, tal como o homem concreto, passou a ser uma entidade que o campo discursivo considerou susceptível de produzir uma narrativa jurídica, designadamente jurídico-penal. [...] A empresa passou a ser, nesta óptica, um centro gerador de normatividade (GODINHO, Inês Fernandes. 2005, p. 204).

No entanto, segundo Godinho (2005, p. 204), a responsabilidade penal das pessoas coletivas não era unanimidade, assim como também até hoje encontra barreiras no mundo jurídico-acadêmico. O professor catedrático português José de Faria Costa, em sua obra *Direito penal econômico*, relembra inclusive que diferentemente da resistência apresentada pelo sistema *common law*<sup>9</sup> (influenciada pelas escolas anglo-americanas), o sistema jurídico romano-germânico, também conhecido por *civil law*,<sup>10</sup> não tardou para reconhecer a importância da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Zini (2014, p. 194), em seu artigo já citado, alerta para a existência de duas teorias que explicam tais vertentes. A falta de consciência, vontade e de autodeterminação seriam a resposta para aqueles que defendem a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Já a capacidade de ação das empresas (elaborar contratos, contrair obrigações), explicaria a possibilidade de serem responsabilizadas penalmente.

---

9. Sistema em que o Direito se desenvolve por meio de jurisprudências.

10. Sistema em que o Direito se desenvolve por atos legislativos e executivos.

Pouco a pouco, contudo, segundo Costa (2003, p. 46-47), se começou a reconhecer, muito embora por meio de uma consciência crítica, não apenas a existência das personalidades jurídicas, mas também a necessidade de elaborar normas jurídicas penais a elas voltadas, face à ausência de proteção legal às muitas infrações por elas cometidas, e que geravam forte impacto para a sociedade dada a amplitude do seu alcance, no âmbito da economia, muito maior que os delitos cometidos por indivíduos singulares, cujo alcance não passava da órbita das pessoas físicas.

Sob outro ângulo, também é possível reconhecer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a partir da dificuldade na determinação do agente das infrações penais no âmbito de atuação das pessoas coletivas, o que ocorre em razão, muitas das vezes, das relações funcionais, nem sempre claras; mas, ao contrário, não raras vezes, sobrepostas e complexas.

Costa (2003, p. 53) inclusive explicou sobre a questão, mais pormenorizadamente:

As cadeias hierárquicas não são límpidas nem transparentes no funcionamento de muitas empresas quer tenham ou não a forma jurídica de pessoa colectiva. Para além disso, hoje, a forma como muitas dessas empresas laboram não se baseia na simples hierarquia funcional, antes se faz através de unidades orgânicas autônomas que assumem sobretudo projectos e onde a ligação funcional ao núcleo duro da empresa se mostra praticamente inexistente.

Para o professor Costa (2003, p. 53), “Conhecem-se os resultados penalmente desvaliosos, mas o que se não consegue é encontrar os seus actores (autores). Por isso, ou também por isso, é que se sustenta a bondade de uma responsabilidade penal das pessoas colectivas.” No entanto, e para finalizar,

[...] esta indeterminação dos sujeitos da infracção, se bem que se repercute, *prima facie*, na dimensão probatória, ela releva, sobretudo, de um ponto que se afirma estrutural a este tipo de infracções: a multiplicidade de agentes que entram no processo desencadeador da infracção. Daí que tenha todo o sentido colocar-se esta indeterminação como fulcral para a caracterização do direito penal económico.

Mas não é só. O professor português ensina também que além de não ser determinável o autor de uma infração penal no âmbito das atividades de uma empresa, igualmente não são determináveis as vítimas destes agentes. Sendo o bem jurídico tutelado de natureza supraindividual, impensável será a determinação da vítima, já que a infração existe “[...] não para proteger o direito da concreta pessoa [...] mas antes para proteger o bem jurídico supra-individual [...]” (COSTA, 2003, p. 56).

Também é possível afirmar, segundo inclusive discorreu José de Faria Costa (2003, p. 59), que a criminalidade econômica empresarial carrega consigo outra característica, além das acima delineadas, qual seja, de possuir uma potencialidade lesiva serial, o que a torna, diante desta particularidade, senhora de uma potência lesiva muitas vezes superior às demais infrações. Disso, aliás, não se discute, já que por natureza a atividade econômica empresarial é de repetição, assim o sendo, também, os comportamentos criminosos.

Godinho (2005, p. 206), em sua obra anteriormente citada, traz algumas importantes considerações sobre a criminalidade econômica. A mencionada autora, ao citar Luigi Foffani, destaca que a criminalidade econômica abarca uma série de formas de criminalidade, classificando-a em criminalidade na empresa, criminalidade de empresa e, por fim, a empresa propriamente ilícita. Ela explica que, na primeira, a criminalidade assume uma conotação individual, enquanto na segunda se dá com a inserção de condutas ilícitas em alguma das atividades desenvolvidas pela empresa ou mesmo em alguma das políticas por ela adotadas. Por fim, quanto à terceira, afirma que a criminalidade se confunde com a própria empresa, cuja estrutura já é formada para o crime e, portanto, a ela submetida.

Segundo descreve a professora (GODINHO, 2005, p. 205-208), as duas primeiras formas de criminalidade econômica podem ser resolvidas mediante a aplicação do Direito Penal clássico, pois nestes casos o sujeito ativo atua por conta própria contra a própria empresa ou mesmo contra qualquer dos seus colaboradores (vítimas determinadas e prejuízos individuais, sem causar risco social). enquanto a criminalidade da empresa ilícita, por sua vez, possui características de organização criminosa, ou seja, estruturada por meio de um grupo hierarquizado, com centro de poder a

partir de onde são tomadas as decisões, com finalidade de lucro, trazendo em si aparência de legalidade. Sua atividade atinge vítimas indeterminadas, causando prejuízos supraindividuais e risco social, razão pela qual deve ser tratada pelo Direito Penal Econômico.

Apesar de real a responsabilidade das empresas no âmbito do Direito Penal, é importante se ter em conta, de outro lado, conforme alertado por Coelho (2021, p. 36) no artigo intitulado *Responsabilidade individual nos crimes de empresa*, a necessidade de se encontrarem critérios objetivos para garantir a responsabilização daqueles indivíduos que utilizam das organizações empresariais para cometer delitos, devendo-se atentar, contudo, para evitar o inverso, ou seja, a pretexto de se buscar um responsável, atribuir indevidamente responsabilidade penal coletiva sobre aqueles indivíduos que interveem no âmbito da pessoa jurídica, em cargos diretivos, por exemplo.

Godinho (2005, p. 213) chama a atenção, por sua vez, que as pessoas coletivas agem por intermédio de pessoas singulares e, conforme citação de Luis Gracia Martín, “[...] o facto punível aparece como resultado da soma de uma pluralidade de actos parciais que executam individualmente diversos membros da empresa, a partir de diversas posições hierárquicas e no exercício de uma competência apenas fragmentária”, daí advindo inclusive a grande dificuldade na identificação da parte ativa do delito econômico cometido na esfera das pessoas coletivas.

As diversas teorias que surgiram numa tentativa de se resolver essa problemática de imputação de responsabilidade penal individual nos crimes de empresa, ainda permanece grande dificuldade na doutrina de desassociar a análise dos delitos de empresa da idéia de existência de uma organização criminosa e de não confundir as condutas da empresa com os desvios do indivíduo, fazendo-se necessário, segundo Coelho (2021, p. 49) na sua obra já citada, o

[...] desenvolvimento de políticas de cumprimento (compliance),<sup>11</sup> de forma a tornar claros os processos que se desenvolvem no interior da organização,

---

11. Regulamentos capazes de controlar as atividades de uma empresa, nos âmbitos interno e externo, para garantir que ela aja de acordo com as leis.

retirando esse véu de desconhecimento e incerteza atrás do qual muitas vezes se escondem atividades criminosas.

## Prevenção dos crimes do colarinho branco

Com as mudanças tecnológicas e sociais ocorridas nos últimos anos o Direito Penal, numa tentativa de impedir ou diminuir o impacto, o quanto possível, dos riscos sociais advindos dessas mudanças, adaptou-se ao novo tornando-se mais controlador e mais rigoroso. Controlador porque passou a se antecipar aos danos, passando a punir os chamados crimes de perigo abstrato. Rigoroso porquanto suas penas se tornaram mais rígidas.

Mas não é só. O Direito Penal, além de enrijecer suas penas e de voltar sua atenção à potencialidade danosa de certas condutas delitivas, escolhendo punir ações que, apesar de possuírem certo potencial, ainda não teriam gerado qualquer prejuízo, passou também a atuar mais profundamente no campo da prevenção.

Assim foi que o Direito Penal passou a focar na tentativa de controlar os riscos decorrentes da sociedade empresarial, cujas consequências, por atacar os bens supraindividuais, são muito mais nefastas que outras, provocadas por um indivíduo apenas.

Daí surgiu, inicialmente, nos Estados Unidos da América e na Alemanha, o *criminal compliance*. Hijaz (2016, p. 162), ao escrever sobre “a importância do “compliance” para a efetivação de medidas de anticorrupção no contexto da sociedade de risco e do direito penal econômico”, afirmou que “o instituto do *criminal compliance* surge exatamente como proposta de minimização e antecipação dos riscos da sociedade contemporânea”. Um instrumento a ser utilizado contra práticas não lícitas das pessoas jurídicas, uma “[...] alternativa para tutela efetiva do bem jurídico metaindividual da ordem econômica.”

Hijaz (2016, p. 164) explica que o termo inglês *compliance*, de acordo com literatura especializada, significa agir em conformidade com a lei e que o intuito é fazer com que a empresa aja de acordo com a lei e de forma

a ter sua reputação fora de suspeitas. Resumindo, essa terminologia seria mais comumente utilizada para “[...] designar os esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às suas atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa”.

Segundo segue nos informando a obra suso mencionada de Hijaz (2016, p. 164), apesar de a figura do *compliance* ter surgido e sido direcionado para as atividades das instituições bancárias, em 1913, com a criação do Banco Central americano, existem na realidade vários modelos que podem ser utilizados em diversas atividades empresariais, assim como também diversos setores de uma empresa, visando assegurar o cumprimento de inúmeras normas, tais como trabalhistas, tributárias, ambientais, consumeristas e, também, criminais, se aplicando, portanto, em todos os tipos de organizações, “desde empresas e entidades do terceiro setor, como entidades de natureza pública, até empresas de capital aberto e empresas fechadas de todas as regiões do mundo”.

Parafraseando Andrade Shecaira, Hijaz (2016, p. 164-165) reafirma logo em seguida:

De fato, a abrangência é considerável. Tem relação desde com “códigos de prevenção em matéria ambiental ou em defesa do consumidor a um arsenal de medidas preventivas de comportamentos delitivos referentes ao branqueamento de capitais, lavagem de dinheiro, atos de corrupção, marcos regulatórios do exercício de atividades laborais etc.,” sendo possível [...] perceber que, dentro desse amplo feixe de aplicações, o *compliance* também se revela objeto de estudo do Direito Penal [...].

Santos (2011, p. 33-34), durante seu Mestrado em Administração, ao escrever sua dissertação *Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional*, mostrou, por intermédio de obras escritas por Manzi que, no cerne das iniciativas de *compliance* está a preocupação da quebra da confiança no relacionamento econômico e social das organizações, funcionários e acionistas (*stakeholders*), trazendo como exemplo o fato de o Banco Central do Brasil controlar parte das atividades de instituições financeiras autorizando seu funcionamento, estabelecendo

regras prudenciais mínimas, supervisionando e fiscalizando suas atividades, assistindo financeiramente, criando regimes especiais de intervenção e liquidação e exigindo seguro de depósitos até determinado montante, com o objetivo de criar uma rede de proteção bancária que, por sua vez, por meio de seus instrumentos, busca conferir mais segurança e confiança a poupadores e investidores.

Por outro lado, Santos (2011, p. 34), segundo conseguiu abstrair de Aruda, Whitaker e Ramos, Manzi, explica que a ausência de segurança e de confiança propicia um enfraquecimento das relações econômicas e sociais e cita que “a ausência de valores morais – grita a situação atual – é o pior dos males que pode afligir o tecido social”. Santos (2011, p. 34) também menciona, desta feita parafraseando Schilder e Manzi, que estudos mostraram que a utilização de programas de *compliance* traz para as organizações uma economia cinco vezes maior, ou seja, para cada dólar despendido para sua implantação, economizam-se cinco com a mitigação de processos, danos à imagem e queda de produtividade, efeitos inerentes a qualquer escândalo de corrupção dentro de uma empresa.

Para Santos (2011, p. 34), parafraseando Manzi, “[...] é possível criar uma vantagem competitiva quando a organização agrega valor para a governança corporativa por meio de ferramentas de *compliance* que procuram se adequar às melhores práticas do mercado.”, tornando-se um diferencial na concorrência entre organizações, diante da valorização de fatores como transparência e ética nas interações econômicas e sociais, servindo principalmente para o fortalecimento da sua posição no mercado.

Uma atuação empresarial autorreguladora, com base num programa *compliance*, portanto, significa agir antecipadamente a fim de evitar a incidência do Direito Penal; impedir desequilíbrio e desestabilização advindos dessa incidência; significa também ter a certeza de que, apesar de não impedir totalmente desvios e crises, permite um maior controle dos riscos advindos de uma prática tida por ilegal; é poder dizer que os direitos supraindividuais serão resguardados, diminuindo assim o risco social.

Pois bem. Dentro do contexto do Direito Penal Econômico, o *compliance* tem como principal objetivo criar mecanismos que impeçam condutas

criminosas capazes de gerar persecução criminal dentro da corporação, seja contra seus agentes, seja contra a própria empresa, evitando-se assim riscos para suas atividades e para a sua própria reputação que, sem qualquer dúvida, traria consequências nefastas para suas finanças e sobrevivência, ao mesmo tempo em que igualmente previne os ataques aos bens socialmente relevantes, protegendo diretamente os programas sócio-econômicos do Estado.

Em se tratando da relevância do *compliance* para o âmbito criminal, veja-se o que traz Pinto (2017, p. 107-108) em sua obra *Tendências e ruturas na evolução do direito penal econômico*. Primeiramente, o catedrático afirma que os sistemas de controle internos das empresas foram surgindo no decorrer das próprias mudanças sócio-econômicas da sociedade, nos últimos trinta anos, podendo-se elencar os sistemas de *compliance*, já mencionado, bem como os programas de auditoria.

O autor da obra supracitada reconhece a força de tais institutos para a organização das empresas e prevenção dos riscos sociais; todavia, alerta para os riscos que geram no sistema penal, traduzindo-se em fontes de novos problemas, tanto para o direito substantivo como para o direito adjetivo penal, ao estarem associados, por exemplo, a novas fontes de deveres e de informações.

Pinto (2017) justifica sua assertiva esclarecendo que esses novos procedimentos internos das empresas geram resultados, mas, por serem extrajudiciais, obtidos fora da jurisdição, sem a proteção das garantias processuais, precisam ser analisados e utilizados com cautela, não devendo passar, portanto, no seu entender, de fonte de informação, e jamais podendo ser usado como fonte para imputação de responsabilidade penal. Ou seja, são elementos auxiliares da imputação jurídico-penal.

Afirma o autor da obra suso mencionada:

Mesmo no plano informativo esses elementos devem ser vistos com especial cautela, pois a informação obtida pode ter sido direcionada e pode selecionar intencionalmente alvos internos nas empresas e organizações e afastar a investigação de áreas e pessoas relevantes. A captura da investigação e dos temas relevantes pela informação recebida destes sistemas é um risco real que deve ser evitado (PINTO, Frederico da Costa. 2017, p. 107-108).

Diante dessas considerações, arremata o autor supracitado que essa nova forma de colheita e tratamento de provas veio para ficar e os sistemas penais precisam articular com essa nova tendência, sem perder de vista que a si ainda cabe a concentração das atividades próprias que se referem à investigação criminal, produção probatória e imputação da responsabilidade penal.

## Conclusão

Instigados a escrever um artigo científico cujo tema deveria estar ligado ao Direito Penal Econômico, os autores deste artigo passaram a questionar qual seria a melhor abordagem. Pensando nas aulas de Mestrado da Universidade Autónoma de Lisboa, mais especificamente da disciplina de Direito Penal Econômico, logo vieram dúvidas sobre a necessidade e a importância dessa vertente do Direito Penal. Por este motivo, entendeu-se por bem compreender o Direito Penal Econômico tomando-se por base a criminologia e a história do Direito Penal clássico, razão pela qual se estudou a teoria clássica do crime e sua evolução para a teoria de Shuterland, assim como também a transição do Estado Liberal para o Estado Intervencionista, para então compreender-se a finalidade do Direito Penal Econômico e algumas de suas especificidades.

Por fim, o presente trabalho também abordou a contribuição das pessoas coletivas para a proliferação dos crimes econômicos e o comportamento do sistema penal no que se refere à repressão e à prevenção dos crimes econômicos, em especial o enrijecimento das normas punitivas e o nascimento do *compliance*, como principais instrumentos de controle da corrupção.

Dentro desta estrutura de artigo, utilizando o método dialético por meio de uma revisão bibliográfica, acredita-se ter alcançado os objetivos buscados, dentre estes a apresentação dos conceitos fundamentais para a compreensão do crime econômico, a demonstração do contexto político-econômico-social em que se encontra inserido, o esclarecimento de alguns aspectos que diferenciam o Direito Penal Clássico do Direito Penal

econômico, bem como o levantamento de algumas saídas encontradas dentro e fora do sistema penal econômico para erradicação dos crimes econômicos.

Finalmente, e acima de tudo, espera-se ter conseguido também trazer à reflexão o quão nocivo é o chamado crime do colarinho branco, cujas consequências ultrapassam a mera obtenção de vantagens, atingindo a própria proposta de futuro para uma sociedade inteira, em razão de ocasionar injustiça e caos social.

22

## Pirataria é crime organizado, sim, senhor

Ricardo Bandle Filizzola<sup>1</sup>

---

1. Advogado em São Paulo, Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Membro do Conselho do Jovem Advogado da OAB/SP.

Bastou a divulgação pela mídia da ofensiva deflagrada contra a falsificação de CDs, softwares, DVDs, roupas, óculos, calçados e outros produtos de marcas famosas, para que surgissem, ao mesmo tempo, os defensores da pirataria.

Os argumentos de defesa desse tipo de atividade são os seguintes:

- a) a pirataria só existe em razão dos altos preços dos produtos originais;
- b) a falsificação é crime de pequeno potencial ofensivo e não causa nenhum tipo de mal à nossa sociedade, razão pela qual não pode o Estado deixar de concentrar seus esforços no combate à criminalidade violenta, para dedicar-se à erradicação da contrafação.

É importante observar que, com esses argumentos, os defensores pretendem fazer a sociedade acreditar que os falsificadores são as *vítimas* e os legítimos proprietários das marcas os *vilões*, o que é uma grande mentira.

Com relação aos preços dos produtos originais devemos, desde logo, fazer algumas observações. As marcas só alcançam notoriedade em razão de grandes investimentos, qualidade dos produtos, respeito ao consumidor e uma boa dose de dedicação de todos os participantes de seu processo de desenvolvimento. Além disso, têm por trás delas empresas regularmente constituídas que pagam impostos, geram empregos e contribuem para o desenvolvimento do país.

Assim, no custo dos produtos originais estão embutidos, entre outros, os seguintes itens: alta qualidade da matéria prima utilizada, mão-de-obra especializada, garantia, tributos em geral, direitos autorais, investimento em propaganda e divulgação da marca etc. Qual desses itens pode ser encontrado no custo de artigos pirateados? O falsificador apenas se serve do “prato pronto”.

Não é difícil compreender, a partir destes esclarecimentos, qual a razão do maior preço dos produtos originais.

Contudo, é na afirmação de que *pirataria é crime de pequeno potencial ofensivo e que nenhum mal causa à nossa sociedade* que está o grande problema da falsificação, não só no Brasil, mas em todo o mundo.

A principal característica do crime organizado é que ele não atinge vítimas determinadas, mas toda a comunidade e o Estado, como, por exemplo: *tráfico de entorpecentes, exploração da prostituição, jogo ilegal etc.* Vale dizer: *não é porque aquele camelô, vendedor de artigos pirateados, não me ataca diretamente, que a atividade ilegal de que ele participa deixa de ser extremamente nociva a mim e à sociedade como um todo.*

É muito fácil para todos compreender que a pirataria, como os outros ramos do crime organizado, está direta e intimamente relacionada com os graves crimes de sonegação fiscal, corrupção, contrabando, descaminho, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, entre outros.

Qualquer pessoa que caminha pelas ruas dos grandes centros pode observar que boa parte das mercadorias falsificadas, oferecidas pelos camelôs, são contrabandeadas; e sempre que falamos em contrabando temos de pensar na evasão de nossas divisas.

Também a sonegação fiscal é regra nesse tipo de atividade. Seria muita ingenuidade acreditar que falsificador possui empresa regular e contabiliza os lucros de sua atividade criminosa.

Há, ainda, a necessidade de se *lavar* o grande volume de dinheiro movimentado com a falsificação.

Finalmente, já que não pretendemos abordar a questão dos crimes contra os direitos do consumidor, tendo em vista a péssima qualidade dos artigos falsificados, inexistência de garantia etc., devemos acrescentar uma *pitada* de corrupção por parte de algumas das instituições responsáveis pelo combate a esse tipo de crime.

Portanto, senhor defensor da falsificação, **PIRATARIA É CRIME ORGANIZADO, SIM, SENHOR!**

## O delito tributário como antecedente do crime de lavagem de dinheiro: pontos contraditórios e polêmicos a partir da alteração da Lei nº 9.613/1998 pela Lei nº 12.683/2012

Antonio Aparecido Belarmino Junior<sup>1</sup>  
Leticia de Mello<sup>2</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), professor de Direito Penal da Faculdade FGP e do IEJUR.
  2. Advogada, Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, com período acadêmico na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal, Especializanda em Direito e Processo Penal e em Direito e Processo Tributário, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, associada ao The European Law Student's Association – ELSA, de Coimbra.

O objetivo do presente estudo é promover uma reflexão crítica – sempre à luz de uma doutrina garantística e minimalista – acerca da (im)possibilidade da subsistência do crime de lavagem de dinheiro nas peculiares hipóteses em que os crimes antecedentes dizem com delitos tributários que, uma vez recebendo, por política criminal, um tratamento diferenciado, levam comumente à extinção da punibilidade, isenção de pena ou mesmo, em alguns casos, à atipicidade material da conduta, além das peculiaridades que emergem a partir da Súmula Vinculante 24. O método de pesquisa é bibliográfico e consiste em consulta à doutrina e jurisprudência pátrias. Conclui-se que devido a peculiaridade da relação entre os crimes tributários e de lavagem de dinheiro, mesmo a partir da aplicação de institutos clássicos do direito penal primeiro, deve-se levar em consideração a visão garantista que se conferiu aos delitos tributários como uma categoria *sui generis* que não pode ser pensada a partir da lógica do senso comum.

A evolução da legislação penal, no que tange ao crime de lavagem de dinheiro, acompanhou as tendências mundiais de maior repressão a esse tipo de criminalidade. Se num primeiro momento, os delitos antecedentes eram restritos aos crimes de tráfico de drogas e outros enumerados taxativamente pela lei, hodiernamente, após a mudança da Lei nº 9.613/1998, pela Lei nº 12.683/2012, passou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, à supressão de quaisquer róis de crimes antecedentes, sendo possível, portanto, que qualquer infração penal – aqui inclusos os crimes e as contravenções penais – possa ser antecedente do crime de lavagem de dinheiro, independentemente da pena cominada em abstrato.

Conforme o artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, pune-se a conduta de “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”, bem como outras elencadas pelos parágrafos e incisos seguintes, mas que dizem, todos em comum, com a conduta de transmudar a origem ilícita de capital aferido a partir da prática criminosa, mascarando-a, em ativos lícitos, através da reinserção desses valores na economia com um aspecto de licitude.

A doutrina brasileira, em relação à natureza jurídica do crime de lavagem de dinheiro, aponta-o como um crime autônomo ao seu antecedente,

de forma que, em regra, é prescindível a condenação do agente ou mesmo a apuração de autoria do crime anterior, sendo suficiente para a deflagração da persecução dos delitos da Lei 9.613/1998, a materialidade do crime que deu origem ao produto eivado de ilicitude. Contudo, em que pese isso, algumas controvérsias são debatidas doutrinariamente, sobretudo, em relação à necessária correlação entre o delito antecedente e o de lavagem de capitais quando aquele delito é tributário.

Explica-se: diferente dos demais crimes contra a ordem econômico-financeira e contra a administração pública, os delitos tributários guardam algumas peculiaridades como a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento integral da monta sonogada, além da incidência dos institutos principiológico-normativos da insignificância e da inexigibilidade de conduta diversa – que influenciam diretamente na punibilidade e na culpabilidade, respectivamente (lembrando que, no âmbito da culpabilidade, excluindo-a, haverá, além da isenção da pena, a insubsistência da conduta delituosa).

Em que pese alguns autores apontarem que, no caso da incidência do instituto da inexigibilidade de conduta diversa, a ausência de culpabilidade, por não desnaturar a existência de um fato típico e antijurídico, não afeta o crime de lavagem de dinheiro, pois há tipicidade e antijuridicidade<sup>3</sup>, filiamo-nos àqueles que entendem que a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez excludente de culpabilidade, levando conseqüentemente à insubsistência do crime, a partir da teoria tripartida do delito, fulmina a possibilidade de persecução do crime da Lei nº 9.613/98, como demonstrar-se-á na seqüência.<sup>4</sup>

Assim, a problemática que se impõe, sobre a qual o presente trabalho versa, é acerca da influência desses institutos que afetam a própria estrutura do crime principal – delito tributário – na persecução da lavagem de capitais. A correta compreensão acerca dessa dinâmica permitirá que se delimitem as possibilidades de incidência do *jus puniendi* nos casos de

---

3. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 87.

4. WALKER JR, James; FRAGOSO, Alexandre. *Direito penal tributário: Uma visão garantista do injusto penal tributário*. 2. Ed. Belo Horizonte: Plácido, 2021, p. 41.-418.

extinção da punibilidade ou mesmo da atipicidade material da conduta (insignificância) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de culpa diversa como excludente da culpabilidade do agente), sem ignorar outras peculiaridades – como a incidência a existência da Súmula Vinculante 24.<sup>5</sup>

Conforme a posição garantista de parte da doutrina brasileira, à qual filiamo-nos:

Nos crimes antecedentes tributários, em que os tributos suprimidos ou reduzidos forem inferior ao patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), e concomitantemente, na valoração da relevância da tipicidade material dessa conduta, forem verificados a presença de determinados requisitos, deve ser reconhecido o princípio da insignificância fiscal e, conseqüentemente, a atipicidade da conduta, sendo que, a ocultação posterior desses valores, não caracteriza lavagem de dinheiro, pela ausência de tipicidade do crime antecedente<sup>6</sup>.

Relativamente à atipicidade no que tange ao delito de lavagem de dinheiro, devido ao reconhecimento de causa supralegal de exclusão da culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa –, a doutrina aponta que:

[...] não houve um juízo de reprovabilidade da conduta do agente, em deixar de cumprir os seus deveres normativos, em face da ausência de sua capacidade de agir conforme a norma, fato esse reconhecido pelo Poder Judiciário, quando prolata uma sentença absolutória, sendo assim, não poderá, esse mesmo Estado, autorizar a persecução por um crime de lavagem, cujo objeto, o produto econômico gerado pela infração penal antecedente,

- 
5. Observar que alguns autores, nessa seara citamos Douglas Fischer, entendem que a Súmula Vinculante nº 24, não impõe qualquer óbice à persecução do crime de lavagem de dinheiro em que o crime antecedente é tributário. Nas palavras do referido: “Tal como no caso dos paradoxos abordados em relação à impossibilidade de utilização de determinadas medidas cautelares para a apuração dos delitos fiscais, compreendemos que, também aqui, não há o óbice para o processamento criminal pela lavagem de dinheiro, pois o que se exige não é a demonstração da existência do crime (que, segundo o STF, só se daria com o exaurimento da esfera administrativa), mas sim, na lítera da lei, de indícios da existência do crime antecedente, o que não demanda a certeza do crime, mas a demonstração de elementos de que houve a prática delitativa antecedente” (FISCHER, Douglas. **Os equívocos técnico, dogmático, sistemático e lógico da Súmula Vinculante nº 24 do STF**. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/os-equivocos-tecnico-dogmatico-sistemático-e-logico-da-sumula-vinculante-no-24-do-stf>. Acesso em: 28 ago. 2022).
  6. WALKER JR., James; FRAGOSO, Alexandre. *Direito penal tributário: uma visão garantista do injusto penal tributário*. 2. ed. Belo Horizonte: Plácido, 2021, p. 410-411.

não foi considerado produto de sonegação fiscal, por ele próprio, o Estado, uma vez reconhecida a causa de exclusão de culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa.<sup>7</sup>

Assim, tem-se que, apesar de o art. 2º, §1º, da Lei nº 9.613/1998, ter relativizado o aspecto parasitário do crime de lavagem de dinheiro, tornando indiferente que, para que haja a persecução deste, tenha ocorrido a extinção da punibilidade ou alguma causa que torne o agente isento de pena, bastando suficiente haja indícios suficientes da materialidade do delito precedente, os delitos tributários, devido as peculiaridades inerentes aos tipos que da Lei nº 8.137/1990.

A função do direito penal é a proteção dos bens jurídicos, sendo que os indispensáveis para o funcionamento da sociedade possuem a intervenção penal quando sofre uma lesão, a doutrina<sup>8</sup> aponta que:

Não nos parece que o bem jurídico protegido pelas normas de lavagem de dinheiro seja aquele lesionado pelo delito antecedente. Ainda que se exija uma relação entre crimes, os bens tutelados são materialmente distintos, o que confere autonomia ao crime de lavagem, legitima sua punição em concurso material com o crime antecessente, no caso de identidade de autoria, e justifica a fixação da mesma pena para todos os casos de lavagem, seja qual for o delito original.

Por fim, e não menos importante, há de observar que a lavagem de dinheiro só existe na figura dolosa – e jamais na modalidade culposa. Assim, para a demonstração da materialidade do delito de lavagem de dinheiro, é necessário demonstrar a prática do elemento subjetivo do tipo – o agente teve a intenção de ocultar e dissimular a origem de bens, direitos ou valores. Isso significa, contrário senso, que não configura crime de lavagem de dinheiro o fato de o agente não pratica nenhuma atitude para ocultar

---

7. WALKER JR., James; FRAGOSO, Alexandre. *Direito penal tributário: Uma visão garantista do injusto penal tributário*. 2. ed. Belo Horizonte: Plácido, 2021, p. 418.

8. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 80.

ou dissimular a origem do dinheiro. Dessa aferição emerge, por exemplo, o equívoco em se considerar que, em se tratando de delito tributário, a reinserção de valores eventualmente sonegados (ou valores não recolhidos ao fisco, no caso do artigo 2º, inciso, II, da Lei nº 8.137/1990, inseridos em circulação, com a aparência de licitude – partindo-se do pressuposto que haja dolo no crime antecedente –, amoldam-se à figura típica do artigo 1º, da Lei nº 9.613/1998. Ao revés, há de se ter indícios suficientes que demonstrem que o produto do delito tributário fora inserido em circulação, com aparência lícita, a partir de uma das condutas típicas da lei de lavagem de dinheiro.

Nessa seara, deve haver a compatibilização entre as Leis nº 8.137/1990 e 9.613/1998, a fim de que, em conjunto com diversos institutos já consagrados no direito, haja uma leitura coerente e garantística do direito penal-tributário, contribuindo-se, dessa forma, para a consolidação do Estado Democrático de Direito, pois, conforme se aponta na seara doutrinária:

Há de se observar e se respeitar a especificidade do Direito Penal Tributário, pois, a extinção da punibilidade dos crimes tributários, em face do pagamento integral de tributo evadido, reduzindo a intensidade do injusto penal e da culpabilidade, possui o condão de deslegitimar a imposição de responsabilidade penal, visto o atendimento pleno dos requisitos da pena (prevenção e retribuição), sendo assim, por questões de política criminal, o reconhecimento da extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo – enquanto crime antecedente – deveria produzir reflexos nos crimes de lavagem, cujos produtos econômicos: bens, direitos e valores, devem ser, sempre, oriundos da infração penal antecedente.

Portanto, conforme abordado neste breve espaço, entende-se que, em que pese à previsão expressa do art. 2º, §1º, da Lei nº 9.613/1998, não há que se falar na persecução, relativamente ao crime de lavagem de dinheiro, quando ocorrer à extinção da punibilidade do delito tributário na condição de antecedente – pelo pagamento integral do tributo –, bem como a exclusão da culpabilidade pelo reconhecimento da causa supralegal de exclusão, nominada inexigibilidade de conduta diversa, sobretudo porque, naquele caso, reparando-se o dano, perece o objeto material do crime de lavagem, tornando-o, em verdade, atípico.



**ABDCRIM**  
Academia Brasileira de  
Direito Criminal

## Academia Brasileira de Direito Criminal - ABDCRIM

A Academia Brasileira de Direito Criminal, fundada em 12 de dezembro de 1994, no Dia da Justiça, que tem por abreviatura as iniciais **ABDCRIM**, é uma entidade civil sem fins lucrativos, com sede e foro na comarca da capital de São Paulo.

Os objetivos da Academia estão definidos em seu Estatuto, compreendendo, prioritariamente, promover e incentivar o estudo do Direito Criminal, bem como de todas as ciências correlatas, por meio da realização de congressos, seminários, mesas redondas, reuniões, cursos, encontros e demais atividades culturais para a consecução dos objetivos da entidade.

É também finalidade da Academia, promover o intercâmbio cultural entre as entidades e associações congêneres, nacionais e internacionais, defender os direitos, interesses e prerrogativas profissionais e a reputação das classes dos operadores do Direito, colaborar com as entidades representativas de classe nas questões relacionadas ao Direito Criminal, cooperar com o bom funcionamento da Justiça brasileira, elaborar pareceres, pesquisas, estudos e consultas para orientação visando o aprimoramento do Direito Criminal, além de promover o convívio entre os Acadêmicos, por meio de eventos culturais e recreativos. O Estatuto estabelece ainda, que a entidade deverá defender e lutar pelo Estado Democrático de Direito, pela Ética, pelos Direitos Humanos, pela Cidadania e pelas vítimas da criminalidade.

A idéia de se constituir uma Academia de Direito Criminal nasceu nos anos de 1993 e 1994, com fundador Prof. Dr. Luiz Flávio Borges D'Urso.

Atualmente, sucedendo na presidência da entidade o Acadêmico Des. Marco Antonio Marques da Silva, preside novamente a Academia, o Prof. Dr. Luiz Flávio Borges D'Urso, para uma gestão de três anos.



## Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas ABRACRIM

A Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) foi fundada em Curitiba no dia 17 de setembro de 1993 por ocasião do “1º Encontro Brasileiro dos Advogados Criminalistas”. O evento foi registrado integralmente pela Editora Revista dos Tribunais, no livro “Os Criminalistas – Anais do Primeiro Encontro Brasileiro”. Nasceu a ABRACRIM da deliberação dos presidentes de 8 Associações Estaduais de Advogados Criminalistas:

Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas – Presidente: Dr. Elias Mattar Assad (sediou o evento);

Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo – Presidente: Dr. Luiz Flávio Borges D’Urso;

Associação dos Advogados Criminalistas de Sergipe – Presidente: Dr. Emanuel Messias de Oliveira Cacho;

Associação dos Advogados Criminalistas de Santa Catarina – Presidente: Dr. Evaldo Sebastião Teixeira

Associação dos Advogados Criminalistas do Piauí – Presidente: Dr. Flávio Teixeira de Abreu;

Associação dos Advogados Criminalistas do Espírito Santo – Presidente: Dr. José Américo Petroneto;

Associação dos Advogados Criminalistas do Pará – Presidente: Dr. Osvaldo de Jesus Serrão de Aquino;

Associação dos Advogados Criminalistas do Rio Grande do Sul – Presidente: Dr. Antonio Bento Maia da Silva;



Presentes naquele histórico evento estavam 630 advogados de todas as regiões do Brasil (catalogados nominalmente nos “Anais do 1º Encontro – Editora RT) e como palestrantes magnos: Dr. José Roberto Batochio (Presidente do Conselho Federal da OAB), Dr. Evaristo de Moraes Filho, Dr. René Ariel Dotti, Dr. José Carlos Dias, Dr. Paulo Ramalho, Dr. Márcio Thomaz Bastos, Dr. Francisco Accyoli Neto (Presidente – OAB PR) e Dr. Luiz Flávio Borges D’Urso.



Em 2020 perdemos para a COVID-19, o advogado criminalista Dr. Osvaldo de Jesus Serrão. Minha amizade e admiração pelo Dr. Serrão é antiga, começou em Curitiba, no Paraná, em 1993, quando nos reunimos, a convite do Dr. Elias Mattar Assad, para fundar a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM. O Dr. Elias foi o primeiro presidente e eu, seu vice-presidente, depois o sucedi na presidência nacional. Atualmente, o comando está com o nosso colega Dr. Sheyner Asfóra.

Em 1994, fundei a Academia Brasileira de Direito Criminal – ABDCRIM e o Dr. Serrão logo se tornou um de nossos confrades. Posteriormente, quando presidi a OAB/SP, nas três gestões para as quais fui eleito, o Dr. Serrão sempre esteve presente, especialmente na luta pela defesa de nossas prerrogativas profissionais, apoiando-me na proposta que apresentei de criminalização das violações das prerrogativas.

Depois dividiu comigo as bancadas do Conselho Federal da OAB, quando éramos Conselheiros Federais, eu por São Paulo e ele pelo Pará.

Hoje a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS – ABRACRIM e a ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CRIMINAL - ABDCRIM, se irmanam e apresentam esta obra, publicada em homenagem ao colega advogado criminalista Dr. Osvaldo de Jesus Serrão – que hoje descansa no Oriente Eterno – perpetuando a sua memória, pois ele foi um ser humano extraordinário e é imortal em nossos corações!

**Prof. Luiz Flávio Borges D’Urso**

Presidente de Honra da ABRACRIM e Presidente da ABDCRIM



**ABDCRIM**  
Academia Brasileira de  
Direito Criminal



**t!Ra de Letra**

E D I T O R A

[www.tiradeletra.com.br](http://www.tiradeletra.com.br)  
[contato@freepress.com.br](mailto:contato@freepress.com.br)  
(11) 3021-4131 / (11) 98222-1701