

Trincheira

DEMOCRÁTICA



Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal

Ano 6, N.º 30

Coluna Ponto e Contraponto com Marcio Berti: "O direito e a igualdade: a utopia da superação da luta de classes" P. 6

Elas no Front com Jamilla Sarkis: "Um novo conceito para as técnicas antiforenses" P. 10

Múltiplos Olhares com Daniela Teixeira P. 27

Fotografia de Capa Alice Rodrigues

ISSN 2675-2689 (Impresso) ISSN 2675-3189 (Online)

 **IBADPP**
Instituto Baiano de Direito Processual Penal



Trincheira

DEMOCRÁTICA

Boletim Revista do Instituto Baiano
de Direito Processual Penal

Ano 6 - N.º 30, Dezembro/2023
ISSN: 2675-2689 (impresso)
ISSN: 2675-3189 (online)

EXPEDIENTE

Conselho editorial

Ana Cláudia Pinho, Elmir Duclerc
e Vinícius Romão

Comitê editorial

Jonata Wiliam Sousa, Thaís Salles, Liana Lisboa,
Anna Luiza Lemos, Carolina Neris, Daniel Lima,
Flávia Pinto, Lara Teles e Liz Rocha.

Coordenação da edição

Thaís Salles e Carolina Neris

Edição

Luara Lemos

Projeto Gráfico

Bianca Vatiele Ribeiro e Mariana Chagas

Diagramação e editoração

Mariana Chagas

Fotografia de Capa

Alice Rodrigues | @alicerodriguesphotoart

Selo Trincheira Democrática

Túlio Carapiá (ilustração)

Avenida Tancredo Neves, n. 620, Caminho
das Árvores, CEP 41.820-020, Condomínio
Mundo Plaza, Torre Empresarial, 5º andar,
sala 510, Salvador - Bahia

Periodicidade: Bimestral

Impressão: Impactgraf

CONTATO

www.ibadpp.com.br @ibadpp

publicacoes@ibadpp.com.br



ASSOCIE-SE AO IBADPP PARA RECEBER O BOLETIM TRINCHEIRA DEMOCRÁTICA

Para se associar e receber as edições físicas do Boletim Trincheira Democrática é preciso ser professor e/ou possuir artigo científico publicado na área das ciências criminais. Participe: <http://www.ibadpp.com.br/associar>.

O Instituto Baiano de Direito Processual Penal é uma associação civil sem fins econômicos que tem entre as finalidades defender o respeito incondicional aos princípios, direitos e garantias fundamentais que estruturam a Constituição Federal. O IBADPP promove o debate científico sobre o Direito Processual Penal por meio de publicações, cursos, debates, seminários, etc., que tenham o fenômeno criminal como tema básico.



Instituto Baiano de Direito Processual Penal

Diretoria Executiva

Presidente: Lucas Carapiá

Vice-Presidente: Thaize de Carvalho

Secretária Geral: Fernanda Ravazzano

Secretário Adjunto: Jonata Wiliam Sousa

Tesoureiro: Gustavo Gomes Brito

Conselho Consultivo Estadual

Luiz Gabriel Batista Neves, Mariana Madera,
Mônica Antonieta Magalhães, Rebecca Santos e
Sebastian Mello

Conselho de Representação Nacional

Marina Cerqueira, Rômulo Moreira e Vinícius Assumpção

Departamentos

Cursos - Coordenadora Geral: Lavinie Eloah;

Coordenadora Adjunta: Luciana Monteiro;

Membras(os): Soraia Ramos, Armando Mesquita e
Akhenaton Argolo

Publicações - Coordenadora Geral: Thaís Salles;
Coordenadora Adjunta: Liana Lisboa; **Membras(os):**
Anna Luíza Lemos, Carolina Neris, Daniel Lima,

Flávia Pinto, Lara Teles e Liz Rocha.

Ações perante os Tribunais - Coordenador Geral:

Maurício Saporito; **Coordenadora Adjunta:**
Mariana Madera; **Membras(os):** Jacinto Coutinho,
Rafaela Alban, Caio Hita, Luis Colavolpe e
Rafael Santana

Relações com as Instituições - Coordenadora

Geral: Monica Antonieta; **Coordenador Adjunto:**
Gabriel Andrade

Comunicação - Coordenadora Geral:

Bianca Nogueira; **Coordenadora Adjunta:** Karen Baraúna;
Membras(os): Rebecca Santos e João Brasil

Assessoria da Presidência:

Bruno Leonardo
Valverde

Grupo de Estudos em Feminismos e Processo Penal-

Coordenadora Geral: Laís de Almeida Lacerda;
Coordenadora Adjunta: Charlene Borges

Observatório da Equidade - Firmiane Venâncio;
Charlene Borges; Cleifson Dias; Marinho Soares;
Carolina Neres

Eventos - Coordenador Geral:

Ismar Nascimento;
Coordenadora Adjunta: Amanda Quaresma;
Membras(os): Carolina Neres, Karla Oliver,
Luciana Silva e André Maia

EDITORIAL

Tudo outra vez

Marcas do que se foi
Sonhos que vamos ter
Como todo dia nasce
Novo em cada amanhecer (?)

(Os incríveis)

Entramos no mês de Dezembro e ordinariamente nos impressionamos em como Janeiro, com todas as promessas do seu *Ano Novo*, parece ter iniciado quase ontem. A sociedade pós-moderna, na sua liquidez, pressa e cansaço, tende a nos sobrecarregar de informações, metas e atividades ditas produtivas, e nos leva ao atropelo do tempo – precisamente, do tempo de qualidade, do que alimenta o ócio necessário a uma boa saúde mental. Chegada a última semana do ano, porém, o *tempo passado* nos arrebatava de vez e quase prontamente passamos a refletir sobre os valores que envolvem o nosso caminhar, a avaliar os meses que se foram, a comparar resultados, a reajustar metas, a fazer novos e importantes planos. Somos levados, também, a fazer um balanço entre o que se foi e o que se impôs e permaneceu ao nosso redor.

Com um olhar mais atento às mudanças que aconteceram no ano de 2023, podemos vislumbrar um saldo proveitoso no âmbito do direito penal e do direito processual penal. Matérias de especial relevância foram julgadas pelos Tribunais Superiores, das quais destacamos o reconhecimento da fragilidade epistêmica do procedimento de reconhecimento de pessoas por meio fotográfico (STJ, HC 769.783/RJ), a declaração de ilicitude das provas advindas da entrada forçada em domicílio quando desamparada em fundadas razões da ocorrência de crime no local (STF, RE 603.616/RO; STJ, AgRg no HC 838.089/SP), a inconstitucionalidade da tese da “legítima defesa da honra” (STF, ADPF 779/DF), o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos (STF, ADPF 347/DF).

Como em nem todo amanhecer o dia nasce sem nuvens, outras decisões no campo se revelaram emblemáticas. É o caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, voltadas à análise de regras do Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964/2019), entre elas, as que instituíram o denominado juiz de garantias, que aqui particularmente interessam. O julgamento das ADIs foi finalizado em Agosto, quando o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, declarou a constitucionalidade do artigo 3º do Pacote Anticrime, especificamente quanto à instituição e à implementação do juiz das garantias no processo penal brasileiro, não obstante, grifamos, tenha dado interpretação conforme à Constituição a artigos questionados pelas ações.

São diversas as críticas em torno dessa *interpretação conforme*¹ adotada pelo STF, menos (mas ainda assim) pela aplicabilidade do método à hipótese, mais pelo que casuisticamente representa: a reescrita de dispositivos e a criação de limitações e deformações² à proposta do legislador de conferir efetividade ao princípio acusatório também em sua dimensão material. Como compreendermos, afinal, a validação dos poderes instrutórios do juiz no curso do processo,³ a possibilidade de amplo acesso dos autos de investigação preliminar pelo juiz de instrução⁴ e a cessação da competência do juiz de garantias antes do recebimento da denúncia,⁵ em um sistema que se diz acusatório e que, portanto, deveria prezar pela maximização da imparcialidade do juiz do processo de conhecimento?⁶

¹ Lênio Streck (2023) chega a chamá-la de “interpretação desconforme a Constituição”.

² Cf. COUTINHO, Jacinto; et al., no prelo; e STRECK, Lenio Luiz, 2023.

³ O artigo 3º-A do CPP, incluído pela Lei n.º 13.964/2019, prevê que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” O STF, dando interpretação conforme ao dispositivo, decidiu que o juiz poderá promover diligências suplementares, de ofício e pontualmente, para o fim de dirimir dúvidas sobre questão relevante para o julgamento de mérito, quando a lei assim permitir (arts. 156, 196, 202, 234 e 242 do CPP).

⁴ O STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º-C, § 3º, do CPP, que previa o acautelamento dos autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias na secretaria desse juízo, e o apensamento, nos autos do processo de competência do juiz da instrução e julgamento, em aparta-

Questionamos se a figura do juiz de garantias se perdeu no caminho rumo ao possível e desejável rompimento do processo penal brasileiro com a sua matriz inquisitorial, na estrada que buscava consolidar o contraditório na formação da prova e viabilizar a igualdade cognitiva,⁷ o juízo imparcial e a democracia processual. Ao que parece, declarou-se a constitucionalidade do juiz de garantias ainda que sem muitas garantias, ou, nas palavras de André Nicollit (2023), a “constitucionalidade de um juiz de garantias inconstitucional”. Talvez os significantes da decisão não estejam em si, mas em uma possível mentalidade inquisitória que se mantém, difusamente, em torno dela.

O Ano Novo se aproxima, temos ainda algumas (ou muitas) pedras no sapato, a caminhada na efetivação das garantias e direitos processuais não parece ser curta, mas os recomeços possíveis existem para serem explorados, ainda que para isso precisemos nos entorpecer de pretensiosa esperança. As divisões entre o *tempo velho* e o *tempo novo* não são milagrosas, exigem movimentos concretos, dia após dia, na direção do amanhecer que se almeja. E, se o tempo é só de ida, o desejo é que não percamos um segundo sequer de luta.

Boa leitura, boas reflexões, boas caminhadas, bom ano que se inicia, bons raias de dia.

Thaís Salles

do, somente dos documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas.

⁵ O artigo 3º-B, XIV, do CPP, que estendia a competência do juiz de garantias até o recebimento da denúncia, recebeu interpretação conforme pelo STF, de modo que, na prática, o juiz da instrução é quem ficará incumbido de receber ou não a inicial acusatória.

⁶ Tratando sobre a teoria da dissonância cognitiva, Schünemann (2012) pontua, em injustíssimo resumo, que o juiz não tem como “des-saber” (deixar de saber) da imagem dos fatos construída na investigação – onde não vige o contraditório –, ao contrário, passa a formar a sua concepção sobre o crime a partir desses elementos primários; desse modo, é natural que procure confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento conforme as informações tendencialmente supervalorizadas (consonantes) e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas (dissonantes).

⁷ Cf. LOPES JR., Aury, et al., 2020.

REFERÊNCIAS

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: **Revista Liberdades**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º 11, setembro/dezembro de 2012, p. 30-50.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MILANEZ, Bruno; SOUZA, Bruno Cunha. **O futuro do juiz das garantias**. No prelo. LOPES JR., Aury; Ritter, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva. **Boletim IBCCRIM**. Ano 28, n.º 330, maio de 2020.

NICOLLIT, André. Processo penal e garantismo: a prova ilícita e a ADI 6298 do STF. **Colóquio de Altos Estudos em Ciências Criminais**. 2023. Escola Superior de Advocacia.

STRECK, Lenio Luiz. Juiz das garantias e interpretação desconforme com a Constituição. **Conjur**. 6 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-06/senso-incomum-juiz-garantias-interpretacao-desconforme-constituicao/>. Acesso em: 27 dez. 2023.

Respiro



Charge por: Paulo Ciência @cienciapaulo

SUMÁRIO

- 6 **COLUNA PONTO E CONTRAPONTO POR MARCIO GUEDES BERTI**
O DIREITO E A IGUALDADE: A UTOPIA DA SUPERAÇÃO DA LUTA DE CLASSES
-

- 10 **ELAS NO FRONT COM JAMILLA SARKIS**
UM NOVO CONCEITO PARA AS TÉCNICAS ANTIFORENSES
-

- 13 **LIRISMOS INSURGENTES**
-

ARTIGOS

- 14 A EXPANSÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O MODELO ESPANHOL DE PROTEÇÃO AOS INFORMANTES
- 16 CRIMES RACIAIS, ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): O RHC N.º 222.599/SC
- 18 DO JULGAMENTO DO HC 187.035: A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A ATUAÇÃO SUPLETIVA DO JUIZ NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL
- 20 O PAPEL DOS ATORES PROCESSUAIS NA (IN)EFICÁCIA PRÁTICA DAS LEIS ANTIRRACISMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI N.º 14.532/23 COMO EXPRESSÃO DO POPULISMO PENAL
- 22 CUMPRIMENTO IMEDIATO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FIXADA EM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: O BRASIL NÃO ADOTOU O *PLEA BARGAINING*
- 24 DIREITO PENAL DO INIMIGO E AUTORIZAÇÃO VELADA DOS POLICIAIS PARA MATAR
- 27 **MÚLTIPLOS OLHARES COM DANIELA TEIXEIRA**
-
- 33 **WALKIE TALKIES**
-

Ponto_e .CONTRAPONTO

Por **Marcio Guedes Berti**

O direito e a igualdade: a utopia da superação da luta de classes

Marx e Engels inauguram o primeiro capítulo do Manifesto do Partido Comunista afirmando que:

a história de toda sociedade até nossos dias é a história da luta de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor e servo, mestre e oficial, em suma, opressores e oprimidos sempre estiveram em constante oposição; empenhados numa luta sem trégua, ora velada, ora aberta, luta que a cada etapa conduziu a uma transformação revolucionária de toda a sociedade ou ao aniquilamento das duas classes em conflitos (MARX; ENGELS, 2001, p. 23-24).

Referida obra foi publicada no século XIX, no ano de 1848. Cá estamos nós, em 2023, 175 (cento e setenta e cinco) anos depois, vivendo sob a égide da Constituição de 1988, que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III), estabelecendo, em seu preâmbulo, a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Logo, as perguntas que ficam são: a luta de classes foi superada? Será que o Direito deu conta de estabelecer a vida em sociedade marcada pela igualdade e pela justa distribuição de renda? As respostas, ao que parece, são evidentemente negativas!

Como bem pontuado por Louis Althusser, uma determinada formação social precisa reproduzir as condições que possibilitaram a sua formação. Ou seja, é necessário que se reproduzam tanto os meios de produção, quanto as relações destes meios de produção: “toda formação social, para existir, ao mesmo tempo que produz, e para poder produzir, deve reproduzir as condições de sua produção. Ela deve, portanto, reproduzir: 1) as forças produtivas; 2) as relações de produção existentes” (ALTHUSSER, 2023, p. 58).

E essa reprodução, por evidente, dá-se através do Direito. E o Direito, dentro desse contexto, presta-se a que, afinal? Para Marx e Engels, o Estado não é voltado para o bem-comum e para justiça como Kant e Hegel defendiam, tampouco é gestado a partir do contrato social. Para eles, o Estado surge a partir do antagonismo de classes, ou seja, surge para defender os interesses da classe burguesa:

A burguesia, por ser uma classe, não mais um estamento, é forçada a organizar-se nacionalmente, e não mais localmente, e a dar a seu interesse médio uma forma geral. Por meio da emancipação da propriedade privada em relação à comunidade, o Estado se tornou uma existência particular ao lado e fora da sociedade civil; mas esse Estado não é mais do que a forma de organização que os burgueses se dão necessariamente, tanto no exterior como no interior, para a garantia recíproca de sua propriedade e de seus interesses (MARX; ENGELS, 2007, p. 75).

Se é assim, também o Direito não pode ser compreendido como um instrumento neutro, sem ideologia, alheio à luta de classes, pelo contrário, aliás. O Direito, para Marx, estaria para além de um instrumento de pacificação, tratando-se, em verdade, de um instrumento que, em face de sua perspectiva ideológica, serviria ao discurso do Poder e, portanto, aos interesses da burguesia. Dessa forma, é deveras importante compreender o Direito como fruto de uma ideologia (ou marcado por ela). Nesse aspecto, Gramsci é preciso e pontual quanto à função do direito na sociedade burguesa: “através do ‘direito’, o Estado torna ‘homogêneo’ o grupo dominante e tende a criar um conformismo social que seja útil à linha de desenvolvimento do grupo dirigente” (GRAMSCI, 2011, p. 280).

O direito não é expressão da sociedade, mas sim da classe dominante que impõe seus valores para toda a sociedade, afirma Gramsci. O direito tem como tarefa principal a pressuposição de que todos cidadãos aceitem livremente o conformismo que foi montado pelo próprio sistema jurídico:

O direito não exprime toda a sociedade (pelo que os violadores do direito seriam seres antissociais por natureza, ou deficientes mentais), mas a classe dirigente, que "impõe" a toda a sociedade aquelas normas de conduta que estão mais ligadas à sua razão de ser e ao seu desenvolvimento. A função máxima do direito é esta: pressupor que todos os cidadãos devem aceitar livremente o conformismo assinalado pelo direito, de vez que todos podem se tornar elementos da classe dirigente; no direito moderno, portanto, está implícita a utopia democrática do século XVIII (GRAMSCI, 2011, p. 281).

Portanto, não se pode desvincular a ideologia da base material do Direito, conforme aponta Pachukanis: a “natureza ideológica de um dado conceito não nos dispensa de modo algum da obrigação de estudar a realidade objetiva, isto é, a realidade que existe no mundo exterior e não apenas na consciência” (PACHUKANIS, 1988, p. 9).

Destarte, o caráter ideológico do Estado – e do Direito – reflete a ideologia burguesa, que, em última análise, serve para manter a dominação de uma classe sobre outra; eis a dominação,

pois cabe à classe burguesa – enquanto detentora do poder – estabelecer a realidade dos pensamentos e das representações universais, isto é, da sua ideologia, posto que se não pode estabelecer um pressuposto homogêneo, já que cada classe possui seus próprios interesses.

Para Marx, o Direito é uma superestrutura ideológica que serve como instrumento das classes dominantes, não assumindo, como proposto pela filosofia do direito, ideal de justiça, tampouco evoluindo para melhor compreensão do jurista e elaboração dos conceitos. O pensador alemão alterou a forma pela qual se compreende o direito. Tradicionalmente, na filosofia do direito, defendeu-se que o direito surge da noção de justiça e que ele é aperfeiçoado por meio da consciência do jurista. Muito pelo contrário, como lembra Mascaro, o direito é constituído pelas necessidades do sistema capitalista de se autorreproduzir:

Marx altera a compreensão do direito; não mais aquela da filosofia do direito moderna, na qual o fenômeno jurídico era pensado a partir de uma ideia ou um conceito de justo. O direito não é um produto histórico do melhor esclarecimento da consciência do jurista, nem tampouco da melhor elaboração dos conceitos. Na verdade, o direito se constitui pela necessidade histórica de as relações produtivas capitalistas estabelecerem determinadas instâncias que possibilitem a própria reprodução do sistema. Conforme as demandas capitalistas se impunham, os instrumentais jurídicos eram criados (MASCARO, 2014, p. 294).

Sendo assim, toda a ordem estabelecida pelo Direito serve para manter as distorções político-econômicas que servem de base para as desigualdades sociais e para a exploração do proletariado. Eis o motivo por que, para Marx, o Estado é fruto da impossibilidade de conciliação dos interesses das classes, localizando-se em uma superestrutura acima da sociedade, tendo por finalidade atender os interesses da burguesia. E o Direito, enquanto produto do Estado, apresenta-se como fenômeno social que nasce justo em face das contradições de base material que surgem por ocasião das divergências dos interesses sociais e da luta de classes.

É preciso ter presente, como alerta Lilia Schwarcz, que:

A despeito de vivenciarmos, desde 1988, e com a promulgação da Constituição Cidadã, o mais extenso período de vigência de um estado de direito e de uma democracia no Brasil republicano, não logramos diminuir nossa desigualdade, combater o racismo institucional e estrutural contra negros e indígenas, erradicar as práticas de violência de gênero. Nosso presente anda, mesmo, cheio de passado, e a história não serve como prêmio de consolação. No entanto, é importante enfrentar o tempo presente, até porque não é de hoje que voltamos ao passado acompanhados das perguntas que forjamos na nossa atualidade. (...) História não é bula de remédio nem produz efeitos rápidos de curta ou longa duração. Ajuda, porém, a tirar o véu do espanto e a produzir uma discussão mais crítica sobre nosso passado, nosso presente e sonho futuro (SCHWARCZ, 2017, p. 22-23).

Vale pontuar, nesse contexto, que o Brasil de 2023 é o Brasil que ainda é marcado pela desigualdade social. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostram que o desemprego diminuiu, mas, em 2022, a taxa média de desemprego foi de 9,3% (nove vírgula três por cento), sendo que o país atingiu a marca de 12,9 (doze vírgula nove) milhões de trabalhadores sem carteira de trabalho assinada (G1, 2023). No primeiro trimestre de 2023, a taxa de desemprego foi de 8,8% (oito vírgula oito por cento) (IBGE, 2023). Diminuiu, mas continua elevada.

A população carcerária brasileira, segundo dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), alcançou em dezembro de 2022 o número de 832.295 (oitocentos e trinta e dois mil duzentos e noventa e cinco) pessoas (SISDEPEN, 2023). Ainda segundo dados do IBGE, 5,6% (cinco vírgula seis por cento) da população brasileira com 15 (quinze) anos ou mais não sabiam ler ou escrever em 2022. São 9,6 (nove vírgula seis) milhões de pessoas. Na população com 60 (sessenta) anos ou mais, 16% (dezesesseis por cento) não sabiam ler e escrever em 2022 (AGÊNCIA BRASIL, 2023).

Esses dados são importantes para marcar o contexto da sociedade brasileira, máxime quando o foco são o Direito e a igualdade. Evidentemente que uma sociedade que retrata os números

acima é marcada por conflitos entre as classes sociais que a compõem, sendo que a função do instrumento dispositivo do encarceramento, por exemplo, apresenta-se essencialmente à manutenção de um *status quo*, no qual dominantes e dominados não possuem meios para sua plena superação estrutural.

Portanto, a lógica que movimenta a roda da sociedade brasileira é a capitalista, sendo que o fundamento estrutural do capitalismo é a propriedade privada dos meios de produção voltados à consecução do lucro, valendo-se do pensamento liberal, sobretudo naquilo que diz com livre iniciativa, livre concorrência, lei de mercado, lucro, acumulação de riqueza e trabalho assalariado.

E a base de tudo isso é o Direito. Portanto, é uma utopia acreditar no Direito enquanto instrumento garantidor de igualdade, bem como uma utopia acreditar no Judiciário como Poder do Estado materializador de direitos e garantias fundamentais destinados ao estabelecimento de uma sociedade justa, igualitária, fraterna e desenvolvida (social, cultural e economicamente).

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **IBGE revela desigualdade no acesso à educação e queda no analfabetismo.** Disponível em: [ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado.** Tradução: Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2023, p. 58.](https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2023-06/ibge-revela-desigualdade-no-acesso-educacao-e-queda-no-analfabetismo#:~:text=Na%20populac%3A7%20com%2060%20anos,crian%3A7as%22%2C%20revela%20o%20levantamento. Acesso em: 25 set. 2023.</p></div><div data-bbox=)

G1. **Desemprego no Brasil cai para média de 9,3% em 2022, o menor patamar desde 2015, aponta IBGE.** Disponível em: [GRAMSCI, Antonio. \[A função do direito\]. Continuidade e tradição. In: COUTINHO, Carlos Nelson \(org.\). **O Leitor de Gramsci:** escritos escolhidos 1916-1935. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 280.](https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/02/28/brasil-encerra-2022-com-taxa-de-desemprego-media-de-93percent.ghml. Acesso em: 25 set. 2023.</p></div><div data-bbox=)

IBGE. **Painel de Indicadores.** Disponível em: [MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 294.](https://www.ibge.gov.br/indicadores.html. Acesso em: 25 set. 2023.</p></div><div data-bbox=)

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido**

comunista. Tradução: Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2001, p. 23-24.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã:** crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846). Tradução: Rubens Enderle, Nélcio Schneider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 75.

PACHUKANIS, Evgeny. **Teoria Geral do Direito e o Marxismo.** Tradução: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 39.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro.** 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 22-23.

SISDEPEN. **Dados estatísticos do sistema penitenciário.** Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 25 set. 2023.

MARCIO BERTI



Doutor em Filosofia pela Universidade do Oeste do Paraná, Campus de Toledo-PR. Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE, Campus de Toledo-PR (2017), especialista em Direito Civil e Processual Civil pela União Educacional de Cascavel - UNIVEL (2009), graduado em Direito pela Universidade Paranaense - UNIPAR, Campus de Umuarama-PR (2003), Advogado.

Respiro



Charge por: Suzart Suzart @artedesuzart



Coluna

ELAS NO FRONT

Um novo conceito para as técnicas antiforenses

Por **Jamilla Sarkis**

A frase “tudo que você disser poderá e será usado contra você nos Tribunais” faz parte do roteiro de todo filme ou seriado policial desde meados da década de 1960 e é dita sempre que alguém é preso ou acusado da prática de crime. O brocado surgiu no julgamento, realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, do caso *Miranda v. Arizona*, ocasião na qual se fixou o entendimento de que as pessoas imputadas devem ser cientificadas acerca do direito de não produzirem provas em seu desfavor – o *nemo tenetur se detegere*.

Esse direito fundamental – consagrado, no Brasil, como a não autoincriminação – passou a ser insuficiente quando não apenas “o que disser”, mas tudo que postar, digitar, conversar, fotografar, arquivar, gravar, filmar, curtir, *printar* ou pesquisar poderá e será usado contra a pessoa imputada.

Em tempos de constante incremento da *surveillance*,¹ os métodos ocultos de investigação criminal – aqueles que têm como elemento principal o desconhecimento da pessoa afetada – evoluem

constantemente e a passos largos. As novidades tecnológicas os tornam, cada vez mais, onipotentes, onipresentes e oniscientes, úteis a identificar padrões de comportamento, a traçar perfis psicológicos, a localizar pessoas de interesse e acessar a integralidade de seus dados.

Exatamente por isso, pode-se afirmar que, hoje, significativa parcela das evidências produzidas contra as pessoas envolvidas nos fatos penais consistem em provas digitais. Estas são descritas por Burkhard Schafer e Stephen Mason (2017, p. 19)² como aquelas que transitam pelo cyberspaço, ainda que naturalmente digitais ou digitalizadas.

No caso das provas físicas – como um documento impresso em papel, por exemplo – a não autoincriminação poderia ser exercida de diferentes maneiras: o papel poderia ser rasgado, descartado, queimado, rasurado. Mas, no âmbito das provas digitais, o exercício desse direito fundamental exige práticas próprias, denominadas antiforenses, e se realiza a partir da exclusão, da alteração e do anonimato de elementos digitais.

¹ Utiliza-se o termo em inglês *surveillance* diante da insuficiência, na Modernidade, do termo “vigilância”. Conforme esclarece Elias Jacob Menezes Neto (2016, p. 89), enquanto as práticas de vigilância são tão antigas quanto a própria civilização ocidental, o fenômeno da *surveillance* apenas ocorre com o surgimento de novas tecnologias, com consequências próprias – “especialmente a fluidez, a descentralização e a desterritorialização” – que possibilitam a superação da singela ideia de vigiar.

² Conceituam os autores como provas digitais os “dados (incluindo a saída de dispositivos analógicos ou dados em formato digital) que sejam manipulados, armazenados ou comunicados por qualquer dispositivo fabricado, computador ou sistema de computador ou transmitidos por um sistema de comunicação, que tenham o potencial de tornar o relato factual de qualquer uma das partes mais provável ou menos provável do que seria sem a evidência” (SCHAFER; MASON, 2017, p. 19).

A literatura especializada no tema das provas digitais não desenvolveu, até então, um conceito uníssono em torno do que seria uma prática antiforense. Em trabalho conduzido por membros do *Cyber Forensics Research & Education Group* (CONLAN; BAGGILI; BREITINGER, 2016), foram catalogadas quatorze definições diferentes para o termo, adotadas em pesquisas publicadas entre os anos de 2002 e 2012. Em comum, todas as conceituações apresentam desvalores quanto às hipóteses de aplicação das técnicas antiforenses, atribuindo uma conotação negativa com tons de reprovabilidade.

Alguns exemplos seriam: “tentativa de limitar a identificação, coleta, agrupamento e validação de provas digitais” (PERON; LEGARY, 2005); “quaisquer tentativas de comprometer a disponibilidade ou a utilidade de provas digitais para o processo forense” (HARRIS, 2006); “prática de impedir uma investigação forense adequada” (SREMACK; ANTONOV, 2007); “métodos utilizados para impedir o processo de investigação digital conduzido por investigadores forenses legítimos” (ALBANO; CASTIGLIONE; CATTANEO; DE SANTTIS, 2011).

Outras definições, promovidas em trabalhos posteriores àqueles coletados por Conlan, Baggili e Breitinger também atribuem à ideia de antiforense um sentido nocivo. Para Anu Jain e Gural Chhabra (2014, p. 413), por exemplo, o termo consistiria em uma série de contramedidas adotadas para frustrar ou se esquivar de investigações forenses. Já de acordo com Stephen Mason, Andrew Sheldon e Hein Dries (2017, p. 325), seria antiforense qualquer técnica, ferramenta de *hardware* ou *software* capaz de impedir, frustrar ou retardar a análise forense de um portador de dados e afetar, negativamente, a existência, a quantidade, a autenticidade ou a qualidade das provas digitais disponíveis em um dispositivo.

“Invalidar”, “comprometer”, “dificultar”, “frustrar”, “impossibilitar”, “impedir”, “disfarçar”, “falsificar”, “esquivar” e “retardar” são alguns dos verbos que, de acordo com autores e autoras da área, atribuem significado às ações antiforenses. Seu papel, nesse sentido, seria de antagonismo em relação às investigações que envolvem provas digitais.

A própria etimologia do termo “antiforense” não parece dar margem a conceitos diversos. O prefixo “anti” deriva do idioma grego antigo e denota a ideia de oposição ou contrariedade. A expressão “forense”, por sua vez, se refere à ciência aplicada pelas agências de segurança pública na solução de crimes e está, intrinsecamente, relacionada aos termos “foro” e “justiça”.

O fato de serem, à unanimidade, compreendidas como prejudiciais às investigações ou contrárias aos interesses da justiça, acaba por problematizar a utilização das práticas antiforenses. É como se qualquer mácula à obtenção de provas digitais por parte das agências de investigação devesse, necessariamente, ser vilanizada e, em última instância, combatida.

Tais conceituações, todavia, contrariam o ideal democrático de que os fins da investigação não devem prevalecer sobre os direitos fundamentais, inclusive o direito à não autoincriminação – com especial foco no âmbito da negativa de produção de provas em desfavor da pessoa imputada.

Propõe-se, nessa linha, que as técnicas antiforenses sejam conceituadas como aquelas que garantem, às pessoas usuárias do ambiente *cyber*, o exercício afirmativo do direito de não produzir contra si provas digitais. Essa definição incorpora, ao mesmo tempo, a ideia de oposição representada pelo prefixo “anti” – aqui lido como a oposição da pessoa envolvida no fato penal à produção de provas em desfavor – e o objeto da expressão “forense”, notadamente as provas digitais.

O conceito aqui proposto também se adequa à perspectiva de soberania digital (Floridi, 2020, p. 369), uma ideia multidimensional que se refere à capacidade de Estados e pessoas de exercerem – com autonomia estratégica – controle e poder sobre as infraestruturas digitais que acessa e seus dados.

Nesse aspecto, é imperioso que usuários e usuárias do ambiente *cyber* conheçam e estejam aptos a compreender os efeitos positivos e negativos que cada escolha tecnológica determina, sendo essencial uma “visão sistêmica para entender como os diferentes elementos dos ecossistemas digitais se inter-relacionam e como desenvolver, usar e regular a tecnologia ao invés de ser regulado por ela” (BELLI et al., 2023, p. 54).

Com isso, conclui-se que um novo conceito para as técnicas antiforenses deveria garantir que as pessoas envolvidas em fatos penais possam exercer sua soberania digital a partir da exclusão, da alteração ou do anonimato de provas digitais, práticas as quais afirmariam o direito de não produzir provas digitais desfavoráveis aos seus interesses defensivos.

Leva, para tanto, em consideração que os métodos ocultos de investigação criminais amparados na tecnologia chegaram para ficar; não são passageiros, efêmeros. A cada desenvolvimento tecnológico, uma nova plataforma de investigação oculta será estabelecida e nem sempre existirá uma tutela adequada de direitos individuais em contrapartida.

Exatamente por isso, surge a necessidade de se ampliar o rol de direitos fundamentais disponíveis às pessoas envolvidas nos fatos penais, na mesma proporção em que se estendem, em seu desfavor, as práticas processuais.

REFERÊNCIAS

- ALBANO, Pietro; CASTIGLIONE, Aniello; CATTANEO, Giuseppe; DE SANTTIS, Alfredo. A novel anti-forensics technique for the android OS. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON BROADBAND AND WIRELESS COMPUTING, COMMUNICATION AND APPLICATIONS – IEEE, 2011, Barcelona. **Proceedings** [...] Barcelona: [s. n.], Oct. 2011. p. 380-385.
- BELLI, Lucas; FRANQUEIRA, Bruna; BAKONYI, Erica; CHEN, Larissa; COUTO, Natalia, CHANG, Sofia; DA HORA, Nina; GASPAS, Walter B. **Cibersegurança: uma visão sistêmica rumo a uma proposta de marco regulatório para um Brasil digitalmente soberano**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2023.
- CONLAN, Kevin; BAGGILI, Ibrahim; BREITINGER, Frank. Anti-forensics: Furthering digital forensic science through a new extended, granular taxonomy. **Digital Investigation**, v. 18, p. 66-75, Aug. 2016.
- FLORIDI, Luciano. The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU. **Philosophy & Technology**, v. 33, n. 3, p. 369-378, 2020.
- HARRIS, Ryan. Arriving at an anti-forensics consensus: examining how to define and control the anti-forensics problem. **Digital Investigation**, v. 3, n. 1, p. 44-49, 2006.
- JAIN, Anu; CHHABRA, Gurpal Singh. Anti-forensics techniques: An analytical review. In: **2014 Seventh International Conference on Contemporary Computing (IC3)**. Noida: IEEE, 2014. p. 412-418.
- MASON, Stephen; SHELDON, Andrew; DRIES, Hein. Proof: the technical collection and examination of electronic evidence. In: MASON, Stephen; SENG, Daniel (ed.). **Electronic Evidence**. 4. ed. London: Institute of Advanced Legal Studies, 2017. p. 285-338.
- MENEZES NETO, Elias Jacob de. **Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.
- PERON, Christian; LEGARY, Michael. Digital anti-forensics: emerging trends in data transformation techniques. In: E-CRIME COMPUT. EVID. **Proceedings** [...]. West Lafayette: Center for Education and Research in Information Assurance and Security (CERIAS), 2005
- SCHAFFER, Burkhard; MASON, Stephen. The characteristics of electronic evidence. In: MASON, Stephen; SENG, Daniel (ed.). **Electronic Evidence**. 4th ed. London: University of London Press, Institute of Advanced Legal Studies, 2017. p. 18-35.
- SREMACK, Joseph; ANTONOV, Alexandre. Taxonomy of anti-computer forensics threats. In: IMF 2007: IT-INCIDENT MANAGEMENT & IT-FORENSICS, 2007, Stuttgart. **Proceedings** [...] Bonn: Gesellschaft für Informatik e., 2007. p. 103-112.
- UNITED STATES. Supreme Court. **Miranda v. Arizona**, 384 U.S. 436 (1966). Decided: June 13, 1966. Disponível em: <https://bit.ly/3QB9Qcy>. Acesso em: 03 dez. 2023.



JAMILLA MONTEIRO SARKIS

Doutoranda em Direito pela PUC-MG, com bolsa CAPES. Mestre em Direito pela UFMG. Professora Substituta na UFMG. Advogada Penalista.



relevo

Visto-me de cicatrizes
Hoje tentei deixá-las pra fora da mala
Estou bonita, nua, confortável, vestida de todas elas
Vestida de mim
Eu as trouxe - não disse que estou confortável?
Uma a uma
Quatro garrafas
Dois charutos
Vinil
E elas
Penso que não podem vê-las
Que engano!
Podem senti-las
Mas cicatrizes não desfazem, pensei
Resolvi deixá-las aqui
Mas falei pra mim:
Arruma-te,
Apruma-te,
Prepara-te,
Logo o novo vem
E vem vindo
Bem vindo

Avise quando chegar
Distraída eu costumo estar.



MARCELLA DE CARVALHO

Advogada, pesquisadora, amante de poesias, livros e metida a poetisa.



A expansão da investigação criminal e o modelo espanhol de proteção aos informantes

Por *Thiago Marcantonio Ferreira e Leonardo Avelar Guimarães*

Na clássica «Sociedade do Risco», Ulrich Beck apontava para a superação da fase que denominou de «primeira modernidade» para a da «segunda modernidade». Esse segundo modelo coloca como objeto de reflexão as insuficiências e as antinomias do primeiro e tem como característica marcante o fato de a geração social da riqueza vir acompanhada sistematicamente da produção «social de riscos». Ao se incrementar os chamados «riscos», descortina-se um cenário de insegurança e uma sensação de auto ameaça civilizatória pavimentada o caminho para a formação de uma «sociedade do risco», que também por ele é chamada de «catastrófica», onde o «estado de exceção» ameaça se converter em um estado de normalidade (BECK, 2001, p. 25-30).

Essas novas e constantes exigências dirigidas a fazer frente à sensação de insegurança generalizada ocasionou a denominada “expansão do Direito penal” (SILVA SANCHEZ, 2006). É neste cenário de «novos riscos» que se estabelecem as premissas de uma política criminal orientada à segurança em detrimento de liberdades individuais – fenômeno, aliás, não observável apenas no âmbito do Direito penal material.

O Direito Processual penal também tem sido influenciado pela onda do expansionismo (MAYA, 2017). Uma manifestação disso é a expansão da titularidade do poder investigatório criminal (FERREIRA, 2021). Com efeito, já se observava o próprio Supremo Tribunal Federal exercendo também a titularidade de procedimentos investigatórios penais, os quais, a contrário senso, deveria limitar-se a supervisionar e a controlar. Não bastasse isso, outras regulamentações administrativas buscaram conferir normatividade à atuação penal de órgãos originariamente incumbidos de realizar apurações administrativas (FERREIRA, 2021).

Merece registro também o que consta dos incisos I e II do § 2.º do art. 6.º do Decreto n.º 11.129/2022, que regulamenta a Lei Anticorrupção brasileira (Lei n.º 12.846/2013) e permite que a Administração Pública, após instaurar o Processo Administrativo de Responsabilização, alusivo ao Direito administrativo sancionador, afira não apenas

o programa de integridade da empresa imputada, como também analise eventual material probatório constituído privadamente pela sociedade empresarial em decorrência do seu programa de «compliance». Isso significa não apenas um estímulo à investigação interna-corporativa, como também a sua evidente relevância para fins de eventual escusa de responsabilização da empresa.

Sob essa ótica, constata-se que o monopólio da titularidade do poder investigatório, até então reservada à Polícia Judiciária, está sendo paulatinamente dissolvido, mediante a partilha de parcelas do poder investigatório para outros órgãos e instituições públicas (FERREIRA, 2021) e, mais ainda, para setores da iniciativa privada, dando início ao fenômeno que vem sendo chamado de «privatização» da função investigatória penal (ANTUNES, 2018, p. 119-127).

Recentemente, a Espanha, visando atender a Diretiva 2019/1937 da União Europeia, editou a Ley n.º 02/2023, que, além de trazer mecanismos de proteção e de incentivo à contribuição por parte daquele que eventualmente sabe sobre a prática de um crime que verse sobre determinados bens jurídicos, obriga todas as empresas com mais de 50 trabalhadores, bem como todas as entidades públicas, a terem um canal interno de denúncias, de análise da informação e de investigação dessas informações.

Muito embora a lei também tenha aplicabilidade para o Poder Público, no que toca à proteção do «informante» há consideráveis repercussões para as empresas privadas.

Primeiro, porque a criação do «canal interno de denúncias», agora tomado como obrigatório para as empresas privadas, é um mecanismo próprio do «compliance», pois funciona como um dos elementos estruturais de controle interno para o funcionamento do sistema de gestão de riscos empresariais. Aliás, de acordo com o que consta da exposição de motivos da referida lei, a regulação dos canais de denúncia e da proteção do «informante» é uma manifestação genuína do modelo de cooperação, próprio do Direito Penal do «compliance».

Segundo, porque a obrigação relativa à cria-



ção do canal interno constitui, inexoravelmente, uma expansão do poder investigatório penal. Efetivamente, a nova lei espanhola obriga que a empresa privada investigue os fatos aportados em seu «canal de denúncia», como também estabeleça uma estrutura interna ligada ao recebimento das notícias e a gestão da informação recebida.

Além da obrigatoriedade da investigação, a nova lei estabelece a necessidade de a empresa editar o procedimento próprio que regulará a gestão interna da informação recebida no «canal de denúncia», como também regulamentar os atos da atividade de apuração das notícias aportadas.

De um certo modo, a lei «privatiza» a investigação, fazendo operar um certo aspecto da «autorregulação» até mesmo para os mecanismos de controle interno do «compliance»; mas, por outro lado, não estabelece diretrizes mínimas a respeito de como deve ser essa investigação, por quem deve ser conduzida, quais os direitos e as garantias de eventuais pessoas (físicas e jurídicas) afetadas e vistas como suspeitas. De igual modo, nada trata sobre o órgão jurisdicional competente para a realização do seu controle processual e, principalmente, o que não pode ser feito durante a investigação.

Os pontos acima mostram não apenas os conflitos decorrentes da atribuição de uma função pública ao privado, como, ainda, e principalmente, a manifestação de um novo sistema estatal regulatório.

Assim como se dá com a atividade pública, nesses casos de sub-rogação e inequívoca expansão do poder estatal de investigação dos fatos contrários à normatividade vigente, de entrada, tudo deveria estar regulado em lei, de onde deriva toda a delegação dos poderes públicos.

Por isso, em que pese os infundáveis conflitos que certamente irão advir da nova função estatal atribuída às empresas – e aqui se utiliza a Espanha como cenário, a propósito da nova legislação vigente – se se quer realmente no Brasil proceder a incorporação de tal política criminal, o mínimo seria regulamentar legalmente essa atividade. Especificamente, seria preciso que a legislação tratasse, no mínimo, sobre o que vem a ser uma investigação interna empresarial, qual seria o seu objeto – os casos que poderiam ser passíveis da pesquisa investigativa, inclusive –, quem poderia conduzi-la, o seu procedimento, máxime as formas de controle dessa nova forma do exercício do poder público.

Não obstante reconhecida a utilidade desses novos instrumentos de compliance para a prevenção da criminalidade empresarial, não se pode per-

der de vista que, em uma perspectiva técnico-científica, é inaceitável que modificações dogmáticas dessa natureza sejam realizadas unicamente com base em argumentos utilitaristas, especialmente quando amparados no frágil argumento de quanto mais atores investigando, melhor e mais eficiente será a repressão (FERREIRA, 2021, p. 70-71).

Não se trata de fechar os olhos para a realidade, tampouco de expressar negacionismo ante as novas realidades impostas pela pós-modernidade. A questão que se coloca tem a ver sobre o quanto de sua tradição o Direito penal está disposto a (e pode) ceder para atender às novas exigências sociais impostas pela «sociedade do risco» (HASSEMER, 1998, p. 281).

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. *Revista portuguesa de ciência criminal*, v. 28, n. 1, 2018, p. 119-127.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Paidós, 2001.
- HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.º 118, abr./ju. 1993, p. 281.
- MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade do risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e de segurança. *Revista de Direito Penal, Processual Penal e Constituição*. Brasília, v. 3, n. 1, p. 97-117, jan./jun. 2017.
- FERREIRA, Thiago Marcantonio. *A expansão da titularidade do poder investigatório penal*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2022.



THIAGO MARCANTONIO FERREIRA

Doutorando (Universidad de Salamanca). Mestre em Direito (UniCEUB). Delegado de Polícia Federal.



LEONARDO AVELAR GUIMARÃES

Doutorando (Universidad de Salamanca). Professor da PUC Minas. Advogado.



Crimes raciais, Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e o Supremo Tribunal Federal (STF): o RHC n.º 222.599/SC

Por Nestor Eduardo Santiago e Francisca Lohanna Pinheiro¹

O artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP) introduz a possibilidade de aplicação do ANPP em crimes praticados sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima não seja superior a quatro anos, permitindo a composição entre o Ministério Público (MP) e o autor do fato, desde que este confesse formal e circunstancialmente a prática do delito e seja réu primário. Em se tratando de crimes raciais – crime de racismo e injúria racial – a discussão sobre a aplicação do ANPP surge diante da gravidade das infrações, da ausência de previsão legal que proíba o acordo processual e da necessidade de promover uma resposta eficaz no combate a esses crimes, pois atingem a dignidade da pessoa humana e a identidade de grupos marginalizados.

O RHC n.º 222.599/SC, julgado em fevereiro de 2023 pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Min. Edson Fachin, discutiu a possibilidade de aplicação do ANPP aos crimes raciais. Por maioria formada pelos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, não foi dado provimento ao recurso, impossibilitando a aplicação do ANPP aos crimes raciais, em especial o de injúria racial, já que a aplicação do acordo e a inibição da *persecutio criminis* exige conformidade com a Constituição Federal (CF) e com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente (Convenções de Nova York e da Guatemala).

A ementa, que retrata fielmente o voto, abordou os seguintes tópicos: i) a consecução de uma sociedade tal como a prevista no preâmbulo da CF – fraternal, pluralista e sem preconceitos – deve romper com o ciclo de dominação e desprezo à dignidade da pessoa humana; ii) lembra que o artigo 3º da CF tem como um dos objetivos o combate a todas as formas de discriminação; iii) o Brasil tem compromissos internacionais e, assim, a

aplicação de qualquer acordo “despenalizador”, ou a não persecução penal, deve estar de acordo com tais compromissos e o texto constitucional; iv) devem ser preservados os direitos fundamentais à não discriminação e à não submissão à tortura, que oprime mulheres e pessoas negras em posição inferior; v) em seu sentido teleológico e em razão do bem jurídico tutelado, o ANPP não deve ser aplicados aos crimes raciais (BRASIL, 2023).

Abriando a divergência, o Min. Nunes Marques entendeu que o recurso deveria ser provido, pois não é da competência do Poder Judiciário impedir a eventual propositura do ANPP pelo MP quando se fizessem presentes as exigências estabelecidas pelo artigo 28-A do CPP, por se tratar de negócio jurídico processual. Arguiu que não foi sequer oportunizada na origem a possibilidade de propositura do ANPP ao acusado, e reiterou que, no ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de norma penal de conteúdo material, aplica-se a lei penal mais benéfica, conforme institui o artigo 5º, XL, da CF.

Também deu provimento ao recurso o Min. André Mendonça. Além de reforçar a ideia de natureza de negócio jurídico processual, aduziu que o inciso XXXIX do artigo 5º da CF não admite a *analogia in malam partem*. Também lembrou que o mesmo inciso estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, e que o rol de crimes em que se proíbe a realização de ANPP pelo artigo 28-A do CPP é taxativo, não se admitindo espaço para interpretação analógica ou extensiva.

O delito de racismo, *per se*, já traz algumas proibições processuais penais que fogem à regra geral, como a imprescritibilidade e a inafiançabilidade (artigo 5º, inciso XLII, CF). Para Nucci (2015), tal conduta delitiva representa uma afronta à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 154.248/DF, equiparou a injúria racial (artigo 140, § 3º, Código Penal) ao crime de racis-

¹Este trabalho, originariamente, contou com a colaboração da pesquisadora do LACRIM Maria Trinyd Fernandes Parente (Bacharelada em Direito pela UNIFOR), a quem agradecemos pela participação.



mo, de modo a aplicar a interpretação extensiva quanto à incidência dos efeitos da imprescritibilidade, entendimento que pode se adequar em casos de aplicação do ANPP, como lembrado na ementa e no voto. Neste sentido, a interpretação teleológica é adequada, de modo a não permitir a incidência do ANPP em casos similares.

O artigo 28-A do CPP institui que, para a aplicação do ANPP, a medida distinta da pena privativa de liberdade deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção da conduta delitiva. Nesse sentido e em consonância com o RHC n.º 222.599/SC, dispõem Cunha, Pinto e Souza (2020, p. 436):

Baseando-se nos requisitos subjetivos e tendo em vista as particularidades do caso concreto, o tratamento constitucional mais rigoroso dispensado aos crimes de racismo em razão do bem jurídico tutelado e o fato de recaíam sobre vítimas pertencentes a grupos historicamente vulneráveis, o membro do Ministério Público com atribuições para o feito, poderá entender que o acordo (instrumento extrajudicial de política criminal) não é adequado e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, deixando, fundamentadamente, de propô-lo e, ato contínuo, formulando a denúncia em juízo.

Embora não haja uma disposição legal explícita que proíba a celebração do ANPP em crimes raciais, é importante considerar que um dos objetivos fundamentais a serem alcançados pela República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 3º da CF) é "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminação", assim como o artigo 4º, que enuncia o repúdio ao terrorismo e à prática do racismo como princípios fundamentais (inciso VII). O ANPP é uma medida processual criada com o fito de atuar enquanto um mecanismo alternativo para a resolução de conflitos criminais. No caso dos crimes raciais, por se tratar de um delito grave, a aplicação do ANPP nesses casos descumpriria o propósito da imposição sancionatória e os princípios norteadores da pena, haja vista que a medida perderia a eficácia pretendida, sendo insuficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Via de consequência, seria inviável a aplicação do ANPP aos crimes raciais, uma vez que eles não se adequam aos requisitos do artigo 28-A

do CPP, seja pela gravidade do crime, seja pelo grau de reprovabilidade, seja por não respaldar os princípios e objetivos da CF. Todavia, há que se entender os motivos expostos nos votos vencidos, já que a literalidade do dispositivo do artigo 28-A do CPP também está em consonância com a CF, pelo que se entende que o debate ainda não está devidamente encerrado, notadamente por se tratar de um posicionamento isolado da 2ª Turma do STF, sem força vinculante para as demais instâncias. Então, caberá ao presentante do MP, ao oferecer a denúncia, justificar o não oferecimento do ANPP em crimes raciais, até que a questão seja pacificada pela via legislativa ou judicial, em controle concentrado de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 222.599/SC**. 2ª Turma. Relator: Ministro Edson Fachin, 23 março de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur476423/false>. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 154.248/DF**. 2ª. Turma. Relator: Edson Fachin, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em 15 dez. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. **Leis penais especiais: comentadas artigo por artigo**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.



NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Advogado criminalista. Professor Titular da Universidade de Fortaleza. Professor Associado da Universidade Federal do Ceará.



FRANCISCA LOHANNA ALBUQUERQUE PINHEIRO

Graduada em Direito (Universidade de Fortaleza - UNIFOR). Pesquisadora LACRIM-UNIFOR (Laboratório de Pesquisas Empíricas em Ciências Criminais, Garantismo, Estudos Sócio-legais e Direito Lusófono da Universidade de Fortaleza).



Do julgamento do HC 187.035: a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a atuação supletiva do juiz na audiência de instrução criminal

Por Débora Normanton Sombrio

El Juez no puede ser parte, ni personalmente ni em nombre del Estado. (S.S. Papa Pio XII, em palestra proferida no VI Congresso de Direito Penal Internacional. In: Ecclesia, n. 640, ano 1953, p. 427 e ss).

O conteúdo da decisão proferida no HC n.º 187.035/SP, em 06 de abril de 2021, aglutina a contemporânea interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da atividade supletiva do juiz na audiência de instrução criminal. No âmbito de referido julgamento, reconheceu-se que “estamos discutindo não só o art. 212, como outros aspectos dentro do novo sistema processual penal, instituído pela Constituição de 1988, principalmente com base no art. 129, I, que é o sistema acusatório brasileiro”, para, todavia, assentar o entendimento assim ementado: “Cabe ao Juiz, na audiência de instrução e julgamento, assegurar a inquirição da testemunha pelas partes, podendo veicular perguntas caso necessário esclarecimento, conforme disposto no art. 212 do Código de Processo Penal.”

Na divergência apresentada, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou que, no contexto da reforma trazida pela Lei n.º 11.690/08, “se o legislador quisesse tirar a participação do magistrado na inquirição, não teria complementado o art. 212 com o parágrafo único, que expressamente permite essa participação.” A Min. Rosa Weber, em voto-vista, acresceu que “um sistema processual penal que relegue toda atividade probatória às partes acarreta severos prejuízos à prestação jurisdicional, à eficácia da persecução penal e até mesmo aos direitos fundamentais do acusado, pois, ao fazer do juiz refém das partes, potencializa o distanciamento do Estado-juiz da verdade dos fatos (...)”.

Trilhando distintos caminhos, os votos incorporados no acórdão expressam a posição da Corte: após indagações das partes, magistrado pode(ria) formular perguntas, a pretexto de alguma ‘verdade’ no processo, nos termos previstos na legislação ordinária.

Conquanto a 1ª Turma do STF, por maioria,

(acertadamente) tenha deferido a ordem pleiteada pela defesa no HC n.º 187.035/SP, para o fim de reconhecer a nulidade do processo-crime a partir da audiência de instrução, em virtude da inversão da iniciativa probatória (a magistrada formulou 184 perguntas comprovadamente indutivas ao acusado antes da atuação do Ministério Público), verifica-se que as razões da decisão não estão centralizadas em um exame constitucional e convencional da matéria, mas – ao revés – bastante reducionista da legislação ordinária.

Não se pode olvidar que ao STF compete, precipuamente, assegurar a eficácia material da Constituição. Mesmo que o legislador ordinário não tenha pretendido afastar a participação do magistrado na inquirição de testemunhas, eis que expressamente autorizou essa atividade probatória, é atribuição, notadamente da Corte Constitucional, controlar a convencionalidade da produção normativa, declarando a sua inconstitucionalidade ou lhe conferindo interpretação compatível com os artigos 8.1 da CADH e 14.1 do PIDCP, entre outros tratados internacionais incorporados em nosso ordenamento a respeito da imparcialidade do juiz criminal, nos termos dos §§2º e 3º do artigo 5º do texto constitucional.

O julgamento imparcial é a premissa fundamental do sistema acusatório e não admite exceções. Está relacionado com a presunção de inocência, com toda a carga e dimensão que carrega (BINDER, 2021, p. 222-228) o princípio de precedência *prima facie* de um processo que se pretende democrático (ZANOIDE DE MORAES, 2010, p. 462-463). Diante da opção política do legislador constituinte, portanto, há precedência do estado de inocência e a dúvida deve – sempre – favorecer o acusado. O magistrado não pode buscar suprir lacunas ou ‘aprimorar a qualidade epistêmica’ da acusação, a pretexto de alcançar alguma verdade.

A gestão probatória é das partes e não do juiz. Na estrutura acusatória, somente a elas é dado introduzir provas (conhecimento) aos autos (COUTINHO, 2018, p. 109). Quando o magistrado tem dúvidas ou não está convencido, ou satisfeito com os



argumentos e questionamentos das partes e passa a formular quaisquer perguntas para além da qualificação das testemunhas e orientação sobre seus deveres e prerrogativas no ato processual, está retirando a toga para assumir o lugar de parte.

A busca de informações é sempre seletiva. A formulação de perguntas serve mais para a autoconfirmação de uma hipótese primária que para a obtenção de novas informações (CORDEIRO, 1986, p. 51-52).

Estabelecer rigorosos critérios metodológicos à atividade probatória e “resistir às respostas fáceis que sacrificam direitos e garantias fundamentais” (COUTINHO, 2018, p. 105) é o eixo estrutural da processualidade democrática. A compreensão de um modelo constitucional de processo, convencionalmente decantado, exige que toda e qualquer atividade probatória demande, necessariamente, o inarredável controle metodológico, como fundamento e razão do próprio ato. Significa imprimir rigor metodológico não apenas sobre o que é introduzido nos autos, mas também como é feito e quem o faz.

Se as regras de imparcialidade se referem à posição daquele que julgará o caso concreto e buscam impedir que sobre o seu julgamento pese o *temor da parcialidade*, a atribuição de poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz – característica inquisitiva – constitui obstáculo à material incorporação dos instrumentos internacionais que visam aprimorar a proteção de direitos humanos no Brasil.

Não é possível, pelos argumentos lançados, que, nem mesmo excepcionalmente, o juiz criminal possa complementar a inquirição da testemunha ouvida em audiência de instrução sobre “pontos não esclarecidos” sem que essa atividade contamine a prova oral produzida.

As razões de decidir exauridas no HC n.º 187.035/SP vêm sendo reiteradas pelo Supremo Tribunal Federal (HC 202557, j. em 12/08/2021; RHC 220007, j. em 18/10/2022; e RHC 205.921, j. em 07/12/2021), o que significa que o nosso órgão de cúpula do Poder Judiciário está longe de compreender e referendar materialmente a garantia a um julgamento imparcial considerando-se a dimensão do instituto quando interpretado a partir das normativas supranacionais.

A persistência na metodologia processual que permite ao julgador assumir uma atribuição probatória comprometida com a ‘averiguação da verdade’ desnuda um escopo – consciente ou não – de manutenção de um modelo processual de alta inquisitorialidade e baixa densidade constitucional.

REFERÊNCIAS

- BINDER, Alberto. **Derecho Procesal Penal**. Tomo V. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2021, p. 222-228.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os Sistemas Processuais Penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Legal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



DÉBORA NORMANTON SOMBRIO

Advogada criminal. Membro consultora da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos da OAB/PR. Mestranda em Direito do Estado (UFPR). Pós-graduada em Direito Penal Econômico e em Criminal Compliance pelo IDPEE (Universidade de Coimbra/IBCCRIM). Cursou a Escola de Ciências Criminais na Georg-August-Universität Göttingen.

Respiro



Charge por: Suzart Suzart @artedesuzart



O papel dos atores processuais na (in)eficácia prática das leis antirracismo: uma análise crítica da Lei n.º 14.532/23 como expressão do populismo penal

Por Mylena Rodrigues Vieira Santos

A inovação da Lei n.º 14.532/23, ainda que seja bem-vinda e possua uma intenção de diminuir a impunidade referente aos crimes de racismo no início do procedimento criminal, não altera as dificuldades sistemáticas enfrentadas pela vítima para alcançar a pretendida punição pelo Direito Penal. Entende-se, dessa forma, que essa nova alteração surge como um alongamento do propósito populista frente aos crimes de racismo, iniciado desde sua primeira tentativa (BARRETO JÚNIOR, 2019, p. 110-112), sem excluirmos, obviamente, as melhorias escassamente aplicadas.

Segundo Garland (2021, p. 260), nem todo populismo penal será um punitivismo populista ou representará uma ala extremamente conservadora da política, complementando os conceitos já conhecidos (PRATT, 2007; SOZZO, 2009)¹. O uso do discurso do povo como fundamento para a formação de uma lei desenvolve-se, também, em movimentos sociais considerados de esquerda ou daqueles que buscam uma maior igualdade social (MENDES, 2015, p. 104).

Duas questões se instauram nesse momento: i) a usurpação do clamor da sociedade por direitos igualitários pelos legisladores que fomentam apenas sua própria agenda política; e ii) a aplicação ineficiente da legislação quando alcançam a criminalização secundária, onde o público-autor é, repetidamente, privilegiado. Explicamos.

A priori, percebe-se que o Direito Penal sempre foi eficaz ao ser usado contra a população negra. Isto porque, historicamente, não há um reconhecimento junto a essa comunidade, que teve sua imagem construída enquanto inimiga do Estado (PIRES, 2013, p. 227). A manutenção, contudo, dessa farsa política de identificação faz com que este grupo social continue a buscar a alternativa penal enquanto meio eficaz para eliminação do ato no-

civo contra si (PIRES, 2013, p. 217-220). É evidente que, ao longo do tempo, a população negra enfrenta uma onda de frustração e impunidade (CASTRO, 2018, p. 43-44), vez que o campo jurídico criminal se demonstra enquanto um fator que mantém a vulnerabilidade, sem se comprometer com as demandas de igualdade (FLAUZINA, 2006, p. 77).

Ainda que, com a alteração dada pela nova lei em que a ação se torna pública incondicionada até para injúria racial, cabendo ao Ministério Público oferecer a denúncia, é necessário relembrar-se do contrato racial (MILLS, 2022) e das estruturas de branquura (CARNEIRO, 2005) que predominam na sociedade, frutos da história colonizadora escravocrata. Nesse sentir, as investigações – feitas pelas autoridades policiais dentro de uma estrutura que identifica a pessoa negra enquanto inimiga – e se, porventura, estas seguem ao MP, outro órgão predominantemente branco, com altas chances que não percebam as sutilezas do racismo, ainda seria necessário ultrapassar a última barreira, o corpo judiciário, também majoritariamente formado por homens brancos (CNJ, 2023, p. 24-26), privilegiados pelo contrato racial e com baixo (ou quase nenhum) conhecimento sobre as tecnologias racistas (BARRETO JÚNIOR, 2023, p. 116).

De acordo com pesquisas (MACHADO et al., 2019, p. 282-283), há uma dificuldade das Cortes em considerar um crime de racismo enquanto tal. Antes da inovação legislativa, os atores processuais (MP e juízes) desclassificavam-no como injúria racial, em virtude do caráter rigoroso da lei, ao considerarem a proporcionalidade e a humanização das penas. Muitas vezes, nem alcançava o posto de um processo criminal, de acordo com as decisões judiciais (SANTOS, 2015, p. 196-197, 201). Ou seja, por mais que existam medidas processuais legisladas, os atores práticos pertencentes a esses órgãos não avançam com as perseguições penais, sem apresentar uma denúncia e sem mover a máquina processual criminal.

Enegrecer os órgãos jurídicos pelas cotas raciais, por exemplo, é um dos passos necessários a serem dados. Contudo, é apenas um. Urge uma mudança estrutural em todos esses órgãos, uma

¹ Para Pratt, o populismo penal não é a vontade retributiva do povo, sendo resultado de alterações culturais e sociais exploradas pelos agentes políticos em virtude de uma conjuntura política que fomenta a desinformação. Na análise de Sozzo voltada para América Latina, em específico a Argentina, sua consideração está posicionada em uma tentativa de aumento da segurança, em virtude da alta taxa de “crimes de rua” que é explorado pela mídia e legisladores.



nova forma de integração da população negra ao Estado enquanto cidadãos, sujeitos de direitos e garantias, que sejam, de fato, efetivadas pelos atores processuais legitimados e não utilizadas como forma de “acalmar” uma comunidade, com leis simbólicas sem efetividade para o público privilegiado pela própria estrutura jurídica.

Delineamos, também, que a despeito da alteração trazida pela nova lei, isto é, a equiparação da injúria racial ao crime de racismo (imprescritível e inafiançável), por entrar em vigor no ano de 2023, ainda não há uma jurisprudência forte ou pesquisas para indicar a possível diminuição ou não do crime de racismo. Por óbvio, é possível perceber o avanço de não considerar nenhum tipo de discriminação racial em um tom “recreativo”. Entretanto, também é uma demonstração do alto teor de punição de uma legislação que, historicamente, sempre foi simbólica e, até o momento, apenas atingiu casos isolados, sem alcançar seu objetivo de prevenção desejado pelos legisladores.

Evidencia-se, enfim, que a utilização da criminalização do racismo, dificilmente, alcançará o objetivo que pretendia ter, perceptível pelas pesquisas que demonstra quase ou nenhuma diminuição da discriminação (CARVALHO, 2014, p. 273). A utilização do Direito Penal é o meio mais falho e menos eficaz de busca por direitos igualitários, sendo usado, frequentemente, pelo corpo político, quais sejam, os atores políticos, como uma forma de angariar mais eleitores, sem se preocupar com a realização de mudanças estruturais, a fim de se promover uma sociedade menos racista. Afinal, diante das relações de branquidade, o objetivo, ainda que inconsciente, será de proteção (e consequente impunidade) entre os seus.

REFERÊNCIAS

BARRETO JUNIOR, Jurandir Antonio Sá. “Para Inglês Ver”: resumo histórico das leis de combate à discriminação no ordenamento jurídico no regime republicano no Brasil. **Revista Liberdades**: IBCCRIM, São Paulo, v. 1, n. 28, p. 105-117, dez. 2019. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/media/documentos/doc27-04-2021-11-12-48-10943.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Altera a Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), jan-2023.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: SCHWARTZ, Germano André Doederlein; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de (org.). **O Direito da Sociedade**. Canoas: Editora Unilasalle, 2014.

CNJ. **Diagnostico Étnico-Racial no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2023.

GARLAND, David. **What’s Wrong with Penal Populism?** Politics, the Public, and Criminological Expertise. *Asian Journal Of Criminology*, [S.L.], v. 16, n. 3, p. 257-277, 12 jul. 2021. Springer Science and Business Media LLC.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; SILVA, Márcia Regina de Lima; SANTOS, Natália Neris da Silva. Anti-racism legislation in Brazil: the role of the courts in the reproduction of the myth of racial democracy. **Revista de Investigações Constitucionais**, [S.L.], v. 6, n. 2, p. 267, 29 nov. 2019. Universidade Federal do Paraná.

MILLS, Charles. **The Racial Contract**. 25. ed. New York: Cornell University Press, 2022.

PRATT, John. **Penal populism: key ideas in criminology**. New York: Taylor & Francis E-Library, 2007.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. **Nor crime, neither punishment: racism in perception of judiciary and of victims of acts of discrimination**. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, [S.L.], n. 62, p. 184, 13 nov. 2015.

SOZZO, Máximo. **Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisióndepósito” en Argentina**. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 33-65, dez. 2009.



MYLENA SANTOS

Advogada, graduada pela UFS e mestranda na Faculdade de Direito na Universidade de Lisboa.



Cumprimento imediato de pena privativa de liberdade fixada em acordo de colaboração premiada: o Brasil não adotou o *plea bargaining*

Por **Rodrigo Casimiro Reis**

1. Há limites para a fixação de sanções penais atípicas no acordo de colaboração premiada?

O acordo de colaboração premiada, introduzido em nosso ordenamento pela Lei n.º 12.850/2013, alia-se a outros instrumentos de direito penal negocial (transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal) e visa atender compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil nas Convenções de Caracas (Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Dec. n.º 4.410/2002), de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015/2004) e de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, documento promulgado pelo Decreto n.º 5.687/2006).

Com o escopo de revelar-se atrativo ao investigado/acusado, a ponto de estimulá-lo a colaborar com a persecução penal, o art. 4º, *caput*, §§ 4º e 5º, da Lei n.º 12.850/2013, prevê alguns benefícios que podem ser concedidos ao agente.

No julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração (AgRg nos EDcl) na Petição n.º 13.974/DF (DJe de 28/11/2022), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que referido rol de benefícios não é exaustivo, revelando-se cabível a fixação de sanções penais atípicas à luz da gravidade do fato e da eficácia da colaboração.

Naquela assentada, a Corte Especial deliberou sobre a homologação de acordo que estabeleceu uma sanção máxima de até 12 anos de reclusão (em caso de eventual sentença condenatória) e a possibilidade de progressão de regime fora da exceção estabelecida pelo art. 4º, § 5º, da Lei n.º 12.850/2013, e sem a observância das condições objetivas do art. 112 da Lei n.º 7.210/1984 (LEP).

O STJ concluiu, por maioria, pela homologação do pacto, sob o fundamento de que o combate à moderna criminalidade organizada deu azo

à criação de um novo modelo de justiça negocial, no qual o princípio da boa-fé objetiva e o dever de lealdade adquirem especial relevo, não se encontrando o processo penal imune à autonomia da vontade das partes.

Fixadas essas premissas, passo a examinar a legalidade de as partes fixarem, em acordo de colaboração premiada, pena privativa de liberdade, a ser cumprida imediatamente pelo colaborador após a homologação judicial do pacto e independentemente da prolação de eventual sentença penal condenatória.

2. O transcurso do processo penal constitui garantia do jurisdicionado e não pode ser suprimido pelo acordo de colaboração; cumprimento de pena não pode estar lastreado, exclusivamente, nas palavras do colaborador

Em um Estado de Direito, o curso do processo penal constitui tanto instrumento indispensável à aplicação de eventual sanção penal quanto garantia contra possíveis excessos praticados pelo Estado-acusação.

Destaco, neste ponto, trecho de voto exarado pelo Ministro Gilmar Mendes, nos autos do *Habeas Corpus* (HC) n.º 164.493/PR, no qual consigna que “(...) pode-se afirmar que o fundamento do processo penal, sua razão de existir, é o reconhecimento de que, em um Estado Democrático de Direito, uma sanção penal somente pode ser imposta após a obtenção de uma condenação definitiva com total respeito às regras do devido processo”.

O Direito Penal brasileiro não admite prisão como condição de acordo (e, aqui, é importante consignar que tal matéria é objeto de legalidade estrita); a prisão está sujeita à cláusula de reserva jurisdicional e decorre de decisão cautelar (prisão processual) ou de sentença condenatória (prisão-pena).

Diferente do observado no sistema norte-americano, o Brasil não adota o *plea bargaining*



(instituto rejeitado pelo Congresso Nacional, quando do trâmite do Projeto de Lei Anticrime), no qual o acusado confessa a autoria delitiva em troca da fixação, por parte do órgão de acusação, de uma pena possivelmente inferior à que poderia ser aplicada ao final da instrução criminal.

Dissertando sobre esse específico tema, Nefi Cordeiro (2020, p. 66) adverte que “A pena fixada pelo acordo é executada até mesmo sem processo formado, com riscos de absolvição, extinção da punibilidade ou revisões judiciais posteriores do próprio acordo!”

Na mesma toada, Vinícius Gomes de Vasconcellos (2022, p. 246-247) afirma que “(...) além de violar premissa básica de que somente é legítima a pena imposta após a condenação do imputado (...), caracteriza-se descumprimento da determinação normativa de que a condenação não pode se fundamentar exclusivamente nas declarações do delator (art. 4º, § 16, Lei 12.850/13).”

Tem-se, ainda, que execução definitiva da pena, segundo posição firmada pelo Pleno do Pretório Excelso nos autos das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) n.ºs 43, 44 e 54, demanda o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Constata-se que o automático cumprimento de pena privativa de liberdade, sem que haja o exercício do contraditório e da ampla defesa, não se adequa ao sistema acusatório¹ e ensejará perigoso retrocesso em matéria de Direito Penal. Ademais, o cumprimento imediato de pena lastreado, unicamente, nas palavras do colaborador, contraria de forma peremptória o art. 4º, § 16, da Lei n.º 12.850/2013.

O fato de a Corte Especial do STJ, no aludido precedente, admitir a fixação de sanções penais atípicas (que seriam mais benéficas para o agente naquela situação específica) não autoriza que o órgão de acusação passe a sugerir a fixação de pena privativa de liberdade como condição para a pactuação de acordo, sob pena de que um incentivo estipulado pelo legislador em prol do investigado/acusado se transmude em prejuízo ao jurisdicionado, viabilizando que o *Parquet* negocie eventual pena a ser cumprida imediatamente pelo colaborador sem que haja prestação jurisdicional de cunho exauriente por parte do Estado-Juiz.

3. Conclusão

Verifica-se, portanto, que, embora o acordo de colaboração premiada represente significativo avanço no trato da criminalidade organizada, o cumprimento de pena privativa de liberdade, por implicar em restrição a direito fundamental, deve observar, nos termos do art. 5º, LV, da CF/88, o devido processo legal (*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*) e estar respaldado por substrato probatório idôneo, que tenha sido carreado aos autos pelo órgão de acusação (art. 156 do CPP) e que esteja acima de qualquer dúvida razoável (BARD, art. 66.3 do Estatuto de Roma, norma promulgada pelo Decreto n.º 4.388/2002).

REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 164.493/PR**, Relator: EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23-03-2021, DJe 04-06-2021.

_____. **ADC 43/MC**, Relator: MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05-10-2016, DJe 07-03-2018.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2022.



RODRIGO CASIMIRO REIS

Defensor Público do Estado do Maranhão. Chefe de Gabinete de Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Mestrando em Direito Constitucional (IDP). Especialista em Direito Constitucional (UNISUL). Ex-Assessor da Presidência do STJ e da Corregedoria Nacional de Justiça.

¹“(...) A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório”. ADI 5104 MC, Relator: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2014.



Direito penal do inimigo e autorização velada dos policiais para matar

Por *Wictória Alves*

Ab initio, o Direito Penal (doravante DP) do inimigo centraliza-se na identificação de qualquer entidade ou indivíduo que represente uma ameaça à soberania do Estado. Jakobs argumenta que um indivíduo, mesmo violando as normas, mantém o seu *status* de cidadão (2012, p. 29), sendo a reincidência delitiva o que transformaria em inimigo (p. 21). O DP do inimigo é um direito com vigência paralela ao DP do cidadão, e se diferenciam quanto ao seu público-alvo, inimigos e cidadãos, e quanto à sua função. Enquanto o segundo visa a reparação de fatos passados, o primeiro busca inviabilizar o cometimento de outros crimes, mirando um “possível e provável” fato futuro (p. 24-25).

A verdade é que a necessidade de um inimigo e um tratamento distinto tem natureza política (ZAFFARONI, 2007, p. 16). O Brasil, com suas raízes escravocratas, possui um inimigo bem definido que perdura há anos, o inimigo tem cor e CEP previamente determinado. São pessoas negras e que vivem em comunidades pobres ou favelas, criminalizadas antes mesmo da formação do Brasil como país independente.

Com o passar dos anos e sob a influência dos Estados Unidos sobre a América Latina, emergiu a iniciativa de empreender uma guerra às drogas, uma vez que, com a iminência da queda do Muro de Berlim, era necessário criar outra ameaça (ZAFFARONI, 2007, p. 51). Nesse contexto, as drogas, juntamente com os traficantes e consumidores, foram associados ao mesmo segmento da sociedade que historicamente permaneceu marginalizado.¹

¹O conselheiro de Nixon (presidente que iniciou a “guerra às drogas), John Ehrlichman, em 1994 admitiu que “a campanha de Nixon em 1968, e depois a administração Nixon na Casa Branca, tinham dois inimigos: a esquerda antiguerra e a população negra. (...) Sabíamos que não podíamos ilegalizar o ser-se contra a guerra ou negro, mas ao associarmos os hippies com a marijuana e os negros com a heroína, e criminalizando-os duramente em seguida, poderíamos desfazer essas comunidades. Poderíamos prender os seus líderes, fazer buscas às suas casas, interromper as suas reuniões e difamá-los todas as noites nos noticiários. Se sabíamos que estávamos a mentir sobre as drogas? Claro que sabíamos.” (BAUM, 2016, p. 1-2).

A ideia que passa é que o policial tem permissão para matar além das hipóteses de excludentes de ilicitude ou culpabilidade. Contra esse público específico, a guerra é declarada e a coação física é permitida e esperada pela sociedade. Sob esta premissa e a perpetuação de um estado de medo arraigado, ocorre a validação do agir policial, ignorando as normas legais e aos princípios fundamentais dos Direitos Humanos. Isso respalda a implementação de medidas que possibilitam a execução de indivíduos categorizados como não merecedores de consideração (ZAFFARONI, 2007, p. 74-75; ZACCONE, 2015, p. 29), levando a questionar se a frequente ocorrência de chacinas não seriam, na verdade, “faxinas” em vez de ações legais (MALAGUTI, 2003, p. 116).

É nesse ponto que o biopoder opera: com o racismo enraizado nas operações dos Estados modernos, permite que a sociedade considere aceitável tirar vidas de certos grupos. Afinal, a capacidade do Estado de cometer atos de violência letal só é garantida quando opera dentro deste conceito (FOUCAULT, 2010, p. 215). Não à toa, os Estados mais propensos à violência letal são aqueles que exibem traços de racismo mais acentuados, como no regime nazista. Essa propensão para matar, que penetrou em todos os estratos da sociedade nazista, surgiu devido ao fato de que a autoridade sobre a vida e a morte não é exclusiva do Estado, mas compartilhada por uma ampla gama de indivíduos (p. 218), pois, “a polícia mata, mas não mata sozinha” (ZACCONE, 2015, p. 23).

Nesse contexto, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, atualizado em julho de 2023, evidencia que 83,1% das mortes decorrentes de intervenções policiais em 2022 foram contra pessoas negras; ademais, 76,5% delas foram jovens entre 12 e 29 anos, identificadas como “pobres e residentes das periferias” (FBSP, 2023, p. 65-66.). O estudo ainda mostra que a maior parte das cidades com altas taxas de mortes violentas está nos Estados que também possuem os policiais mais violentos e arbitrários, destacando-se Amapá, Bahia e Rio de Janeiro. Esses dados evidenciam, inclusive, que a



atuação policial violenta não contribui para a diminuição da violência (p. 64-65).

Além disso, outros estudos revelam que, de 2005 a 2011, no Brasil, em 99,2% dos autos de resistências foi solicitado o arquivamento do inquérito pelo Ministério Público, alegando suposta legítima defesa (NDEDC, 2012, p. 28). A construção desses pedidos, muitas vezes, segue um roteiro pré-determinado sem se ater aos fatos e, até mesmo, repetindo petições. Os argumentos, na sua maioria, baseiam-se na criminalização da vítima e na descrição dos fatos pautados apenas na narrativa dos policiais, que também são réus, constante no registro de ocorrência feito em delegacia (ZACCONE, 2015, p. 159-160). A desclassificação do cidadão em inimigo é prova suficiente para isentar o policial do crime cometido, dado que, embora a pena de morte seja proibida no Brasil, há sempre espaço para a “morte sem pena” (p. 41).

No âmbito do Poder Judiciário, a competência para crimes dolosos contra a vida é do tribunal do júri. Com sua estrutura morosa, atua como “válvula de escape”, aliviando a pressão pública por punição dos policiais em casos de violência letal amplamente noticiados pela mídia, o que contribui para absolvição. O processo demorado e a estrutura burocrática da justiça criminal levam à impunidade (FERREIRA, 2021, p. 2251), corroborando que “a forma jurídica da letalidade estatal pode ser tão violenta quanto um disparo de fuzil” (ZACCONE, 2015, p. 31).

Lado outro, é relevante mencionar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 365, movida pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) em 2019. A ação denuncia que a violência policial desproporcional durante as operações nas comunidades pobres e vulneráveis do Estado do Rio de Janeiro desrespeita os preceitos fundamentais e confronta os direitos humanos. No curso dessa ação, o Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu, em 2020, a realização de operações policiais nesses territórios durante a pandemia de COVID-19, salvo em casos de extrema urgência. Esta decisão conseguiu temporariamente reduzir a quantidade de operações e, conseqüentemente, a letalidade policial no Estado. Contudo, após um ano, o número voltou a aumentar devido à crescente inobservância dos policiais à decisão do STF (GENI, 2022, p. 6).

Todavia, é crucial desmistificar o maniqueísmo em torno dos policiais, aonde parte da população os vê como heróis e outra parte os vê como monstros.

A situação na América Latina, quanto à presença e qualidade dos órgãos policiais, enfrenta grandes desafios, resultando na deterioração de um pilar estatal fundamental para a sociedade civil. Processos de autonomização, restrições à sindicalização, abordagens militares e crescente arbitrariedade contribuem para a fragilização das instituições policiais, caracterizada pela corrupção e falta de orientação moral. Isso se traduz em formas clandestinas de arrecadação de recursos, que desaparecem nas hierarquias superiores de estruturas organizacionais verticalizadas. As consequências mais sérias recaem sobre os agentes de níveis mais baixos e refletem em remunerações inadequadas, ambiente interno autoritário, exposição a riscos extremos, perda de identidade profissional, falta de acesso a informações, declínio de prestígio público e isolamento social (ZAFFARONI, 2007, p. 74).

Em síntese, é nesse cenário que o discurso autoritário, de inspiração latino-americana, alinha-se de maneira simplista com sua matriz norte-americana, que carece de fundamentação acadêmica e desvaloriza a perspectiva técnico-jurídica e criminológica. Essa abordagem, por meio de táticas questionáveis e ilegais, vende a ilusão de que a adoção de leis draconianas que reprimem os mais vulneráveis e marginalizados irá resultar em maior segurança urbana contra crimes comuns, enfoque que fortalece a arbitrariedade policial, legitimando, direta ou indiretamente, diversas formas de violência (ZAFFARONI, 2007, p. 74-75).

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** (ADPF). Origem: Rio de Janeiro. Relator: Ministro Edson Fachin. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB). Número Único do Processo: 0033465-47.2019.1.00.0000. Ano: 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em: 02 dez. 2023.

FERREIRA, Poliana da Silva. "Nas águas turvas do penal": os fatos e a prova nos processos de responsabilização em casos de letalidade policial. **Rev. Bras. Dir. Process. Penal**, v. 7, n. 3, p. 2245-2282, set./dez. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/nqsE1>. Acesso em: 01 ago. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. 2 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.



HARPER'S MAGAZINE. Dan Baum. Data de Publicação: abril de 2016. Título: **Legal It All**. Disponível em: <https://encurtador.com.br/deuB4>. Acesso em 01 ago. 2023.

HIRATA, Daniel, et al. (Rio de Janeiro). **Chacinas Policiais**: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: Geni - Grupo de Estudos dos Nevosos Ilegalismos, 2022. Disponível em: <https://geni.uff.br/2022/05/06/chacinas-policiais/>.pdf. Acesso em: 02 dez. 2023.

JAKOBS, Günther; MALIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad, André Luís Callegari; Nereu José Giacomoli 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012.

MALAGUTI, Vera Batista. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA CIDADANIA, CONFLITO E VIOLÊNCIA URBANA DA UFRJ. **"Autos de resistência"**: Uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Coord. Michel Misse, 2012.

Disponível em: <http://necvu.com.br/autos-de-resistencia-uma-analise-dos-homicidios-cometidos-por-policiais-na-cidade-do-rio-de-janeiro-2001-2011-2012/>. Acesso em: 31 jul. 2023.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.



WICTÓRIA ALVES

Advogada. Graduada em Direito (FBD). Especialista em Dir. Penal e Criminologia (CEI). Pós-graduanda em Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial e Mestranda em Dir. Penal e Ciências Criminais (FDUL).

Respiro



Charge por: Paulo Ciência @cienciapaulo

MÚLTIPLOS OLHARES

Entrevista com: *Daniela Teixeira*

Ministra do Superior Tribunal de Justiça, mestre em direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e especialista em Direito econômico e empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).



1 Após a sua recente chegada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) como integrante da Quinta Turma e da Terceira Seção da Corte, a senhora afirmou que uma de suas metas é garantir o direito das pessoas presas e acusadas. Bem pontua a profa. Ana Cláudia Pinho que garantismo penal não é sinônimo de impunidade. No Brasil, como podemos dar efetividade a esta linha de pensamento, diante do crescente sensacionalismo midiático e das reiteradas transgressões aos direitos humanos e às garantias processuais dos acusados em geral?

DANIELA TEIXEIRA “É preciso entender que liberdade sem igualdade e sem respeito ao Outro é opressão ou violência. A liberdade não pode vir a qualquer custo numa sociedade complexa. É preciso construir um Estado que articule bem seus instrumentos e sua capacidade de intervenção na realidade concreta para prover, ao mesmo tempo, liberdade, oportunidade, acolhimento, respeito recíproco (entre quem infringe a lei, quem exerce a autoridade, quem é a vítima e quem, e esta é a nova personagem necessária nesta equação, quem no Estado cuida de renda mínima, empregabilidade e renda, saúde – especialmente, saúde mental –, tutela e curatela de direitos do cidadão). O Sistema Judicial não funcionará se apenas cuidar de prender, manter preso e soltar. É preciso preocupar-se, em limites cada vez mais largos, com o indivíduo, sim, mas seu ambiente e seu futuro, e o ambiente e o futuro dos que estão à sua volta. Para dar concreção ao que falo, lembro que

foi muito discutido o caso do paciente de um habeas corpus que teria furtado shampoos no valor de R\$ 80,00. Votei pela concessão da ordem, em respeito ao princípio da insignificância. O paciente reiteradamente furtava, mas furtava para cuidar de si e em valores irrelevantes. Não havia ilicitude nem no primeiro, nem no centésimo furto, porque a conduta não é ilícita, e a Justiça deve julgar a conduta, não o indivíduo. Porém, um caso mais recente me fez ponderar que há uma distinção a ser feita quando o paciente furta reiteradamente, mas do mesmo comércio, diante das mesmas pessoas. Aqui, surge uma violência que não é insignificante. A liberdade não pode ser autorização para desrespeitar o Outro, violar reiteradamente o sossego e o direito ao trabalho do Outro, a segurança do Outro. Como resolver isso? Busquei dar um passo nessa direção ao conceder a ordem e livrar solto o paciente, mas com *distinguishing* que impõe medidas cautelares específicas e solicita atenção especial ao paciente e às vítimas. Na decisão, cito o caso dos shampoos e construo, a partir dele, a distinção. Acho que cabe transcrever aqui:

“Conheço do habeas corpus para conceder parcialmente a ordem.

Casso a fiança, porque o paciente não pode, pelos motivos expostos pela defesa, ficar preso apenas por não ter como pagá-la. A defesa cita decisão da qual fui relatora, cuja ementa é a seguinte:

‘HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE RECONHECIDA. CONDUTA PRATICADA SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. RES FURTIVA ATRELADA

A OBJETOS DE HIGIENE PESSOAL DE BAIXO VALOR ECONÔMICO, IMEDIATAMENTE RESTITUÍDOS À VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA DE EVENTUAL REITERAÇÃO DELITIVA EM RAZÃO DA ATIPICIDADE DO FATO. PACIENTE TÉCNICAMENTE PRIMÁRIA. ORDEM CONCEDIDA PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Habeas corpus que tem por objeto o trancamento de ação penal, na qual se imputa à paciente a prática do crime de furto simples (art. 155, caput, do Código Penal), pela suposta subtração de 8 (oito) frascos de shampoo, que foram restituídos à vítima logo após a captura da ré.

2. Incidência ao caso do princípio da insignificância, que retira a tipicidade da conduta imputada à paciente.

3. Eventual reiteração delitiva não confere tipicidade a condutas irrelevantes para o direito penal, ramo jurídico que só deve ser chamado em hipóteses extremas e para tutelar a violação dos bens mais caros à sociedade. Na hipótese dos autos, somada a essa conclusão está o fato de a paciente ser tecnicamente primária.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem amadurecido no sentido de compreender que é "mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delitiosa e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato" (RHC 210.198/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14/01/2022).

5. Ordem de habeas corpus concedida para reconhecer a atipicidade da conduta imputada à paciente e determinar o trancamento da ação penal, por maioria de votos, vencido o Ministro Relator (AgRg no HC n834.558/GO, relator Ministro Messod Azulay Neto, relatora para acórdão Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 20/12/2023, grifou-se)."

As circunstâncias do precedente são muito semelhantes às deste caso, porém cabe um *distinguishing*: O paciente não é primário e, pelos depoimentos das vítimas, vai àquele mercado especificamente com frequência para furtar.

A circunstância de o paciente reiteradamente furtar do mesmo lugar, perante as mesmas pessoas, causa uma insegurança a elas que a Justiça precisa abordar. Não se trata de relevar a insignificância do furto, mas sim de dar relevo ao significado de furtar perante as mesmas pessoas. Não é o valor

econômico que está em jogo, nem a condição fârmica do paciente, mas o direito de quem trabalha num determinado lugar, seja dono, seja atendente, de fazê-lo em paz e em segurança.

A atipicidade do furto insignificante pelo preço não pode tornar irrelevante a violência concreta que vivem as vítimas especificamente neste caso, reiteradamente visitadas pelo paciente e por ele desrespeitadas em sua dignidade ao terem de lidar com sua conduta que não é a de cliente, não é a de compra e venda, não é uma relação respeitosa.

A Justiça, neste caso, precisa encontrar o ponto de equilíbrio entre a condição de hipossuficiente do paciente e a condição de cidadãos que têm direito à segurança pública, na forma do art. 144, da Constituição Federal.

Assim, concedo a ordem requerida para o fim de cassar a fiança e determinar a expedição de alvará de soltura do paciente, porém estabeleço também as seguintes medidas a serem tomadas em concomitância à soltura do paciente:

“i) Fica o paciente proibido de:

a) chegar a menos de 100 metros do mercado em que aconteceram os fatos objeto destes autos;

b) dirigir-se a, abordar, entrar em contato com ou aproximar-se das vítimas e das testemunhas do processo;

ii) Determino ao paciente que se apresente:

a) ao órgão municipal de assistência social, para verificar se sua documentação está em ordem, se tem direito a algum benefício governamental para seu sustento;

b) à secretaria municipal responsável por trabalho e emprego para verificar oportunidades de obter sustento formal e legal; e, se for o caso,

c) ao RAPS, para acompanhamento de sua saúde, neste caso específico, se o juízo original entender que seja o caso.

iii) Determino que o paciente preste contas ao juízo original de sua apresentação aos órgãos apontados acima.”

Ficam mantidas as demais cautelares impostas ao paciente pelo juízo original.

Esclareça-se ao paciente as consequências do descumprimento das medidas cautelares a ele impostas.

Solicito ao órgão da Defensoria Pública do Estado de Goiás responsável pela defesa do paciente que oriente o paciente e, na medida do possível, acompanhe seus contatos com as autoridades de assistência social, empregabilidade e saúde.

Determino que o juízo original informe as garantias de segurança a que passam a ter direito, para que possam acionar a autoridade policial em caso de descumprimento.

Comunique-se com urgência a autoridade responsável pela expedição do alvará de soltura e seu cumprimento.

Solicitem-se informações à autoridade coatora e ao juízo singular, a este, em especial, a respeito da situação atual do paciente.

Após, ao Ministério Público.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de fevereiro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira Relatora”

2 O Supremo Tribunal Federal (STF), apreciando o mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, reconheceu, por maioria de votos, a constitucionalidade da figura do juiz de garantias. No entanto, algumas questões polêmicas emergiram do julgamento, a exemplo da possibilidade de o juiz promover diligências suplementares para dirimir dúvidas sobre questão relevante ao julgamento de mérito, ou mesmo de proferir sentença condenatória ainda que o presentante do Ministério Público tenha opinado pela absolvição. Acredita que a implementação do juiz de garantias marcará nova fase a um dito processo penal acusatório?

DANIELA TEIXEIRA “A implementação do juiz de garantias marcará novo momento na construção do processo penal acusatório, e esta Corte terá papel relevante em coibir distorções do modelo e em apontar aperfeiçoamentos. Estarei atenta.”

3 Até novembro de 2023, o STJ já havia superado a marca de quase 420.000 processos recebidos no ano, entre os quais mais de 70 mil ações de habeas corpus (HC). Sabe-se que o Tribunal vem adotando medidas para reduzir o expressivo número de processos, ganhando destaque o projeto estratégico intitulado “HC Potencialmente Inadmissível” (vide Portaria STJ/GDG n.º 937), que estudaria formas de obstar o conhecimento de ações. Qual a opinião da entrevistada sobre esse projeto? De que forma o STJ pode racionalizar os julgamentos ou otimizar a apreciação das ações, sem que isso implique na supressão do direito ao HC?

DANIELA TEIXEIRA “O habeas corpus é o direito maior do cidadão contra a arbitrariedade do Estado. A única defesa efetiva do cidadão, sendo que esse direito tem alçada constitucional, portanto, qualquer consideração sobre o habeas corpus deve ser feita sob o olhar a quem se destina o direito: o cidadão. Logo, na minha opinião,

o Tribunal terá que se adaptar à necessidade do cidadão que busca justiça por meio de um habeas corpus, e não o contrário. Todos os dias concedo liminares contra decisões evidentemente contrárias à lei e à jurisprudência do STJ e do STF. A mudança deve começar nos Tribunais de Justiça que não seguem os precedentes, e não na ideia de limitar o habeas corpus, o que só ocorre em períodos obscuros de ditaduras.”

4 O sistema de justiça enquanto espaço de poder vem sendo escrutinado há muito tempo, e uma crise deste sistema vem sendo anunciada. Isso decorre de sua inerente seletividade, hegemonia racial e de gênero na composição, eis que hoje majoritariamente branca e masculina, além da sua dificuldade de adequação para lidar satisfatoriamente com os problemas sociais modernos. Diante deste cenário, a senhora vislumbra alguma possibilidade de transformação do sistema de justiça? Em caso positivo, quais os caminhos para esta transformação?

DANIELA TEIXEIRA “O Sistema de Justiça no Brasil vem se transformando passo a passo, não sem retrocessos, desde o advento da Constituição Federal de 1988. O primeiro passo foi na direção de restabelecer direitos individuais depois de décadas de ditadura. O art. 5º da Constituição Federal (CF) domina a pauta até hoje. Liberdades públicas, garantias constitucionais ainda consomem debates em torno do aborto, da superação da guerra contra as drogas, do racismo em todas as suas formas, da igualdade entre os gêneros, da necessidade de se redesenhar arquitetura, urbanismo e comunicação para atender pessoas com deficiência, da cultura do etarismo, da defesa dos povos originários. Entendo que todos esses debates são necessários e urgentes, e que sua solução passa por mudar o foco do art. 5º para o art. 3º da CF. Perdemos, no meio do caminho da defesa das individualidades e da diferença, o senso do que nos une como País, sociedade, unidade de gente: perdemos uma brasilidade cuja construção precisa ser retomada. Que é ser brasileiro, brasileira? O art. 3º responde:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”

As individualidades, a igualdade e as diferenças garantidas pelo art. 5º da CF não bastam para alcançarmos os objetivos de ser brasileiro ou brasileira, que é construir uma sociedade livre, justa e solidária. É preciso que o debate comece a migrar para o que nos une como povo num território sob um Estado que ordena as relações humanas e as relações humanas com a natureza. Em uma decisão recente, tive a oportunidade de colocar em prática esse entendimento. É um primeiro passo da direção do que talvez se possa chamar de Descolonização do Sistema Judicial, no sentido de um processo de superação, paulatina, do olhar colonizador do dono do poder e do impositor de uma ordem não-livre, não-justa e definitivamente não-solidária, para, no lugar desse olhar, enxergar o Outro e abraçá-lo com o calor de um Estado solidário, de um Poder Público que cuida e constrói caminhos para a vida em sociedade para quem nossa História de Desigualdade oferece não mais do que violência e exclusão. Acho que, para iniciar o debate, este habeas corpus serve como provocação, então transcrevo:

“Decido.

O paciente andava descalço por uma estação de metrô de bairro nobre de São Paulo. Sua aparência chamou a atenção seguranças, que o abordaram e indagaram se precisava de ajuda. O paciente rejeitou a ajuda continuou andando por ali. Os seguranças passaram a segui-lo. Passaram-se quarenta minutos, e então os seguranças viram o paciente atacar a vítima e tentar arrancar-lhe sua mochila. Vítima, seguranças e populares reagiram e tentaram imobilizá-lo; o paciente agitou-se, lutou para não ser imobilizado, tentou morder quem buscava contê-lo. Afinal imobilizado, foi algemado.

O paciente foi preso em flagrante e teve sua prisão convertida em preventiva pelo juízo singular a partir de conclusões tais como:

‘Os fatos ostentam gravidade CONCRETA, pois a conduta envolveu violência. Veja-se que **NÃO há comprovação de exercício de atividade laboral remunerada, de modo que as ativida-**

des ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento.

NÃO há ainda comprovação de endereço fixo que garanta a vinculação ao distrito da culpa, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal. (e-STJ, fl. 60)’

Não me parece que essas afirmações peremptórias possam sustentar uma prisão preventiva.

Não há nos autos o que sugira que o paciente viva de atividades ilícitas, **apenas conclusões peremptórias a partir de um estereótipo do morador de rua: sem endereço fixo, sem trabalho - logo, só pode viver do crime.** A vida não é tão simples. Definitivamente não no Brasil, não em São Paulo:

‘Com a maior população de rua do Brasil, a cidade de São Paulo registrou aumento no número de pessoas que vivem nessa condição, em junho. Levantamento do Observatório Polos de Cidadania da Universidade Federal Minas Gerais (UFMG) mostra que esse número passou de 52,1 mil em maio para pouco mais de 53,4 mil. No país, o número passou de 215 mil em maio para 220 mil em junho. A base de dados é o Cadastro Único (CadÚnico). (fonte: EBC, "População de Rua Cresce em Junho, aponta estudo", datada de 1.9.2023, consultada em 9.2.2024, link <http://bit.ly/49wRHCP>)’

O Poder Público precisa estar pronto e articulado para responder às consequências desse fenômeno. E não é o encarceramento que resolverá. A Constituição Federal, em seu art. 3º, estabelece que o Brasil existe como unidade política para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Não é livre a sociedade que impõe o cárcere como solução para a miséria.

Não é justa a sociedade que não sabe o que fazer quando um morador de rua, desarmado e desposuído, desorientado e desvalido, ao se ver observado por quarenta minutos por seguranças num espaço público limpo e organizado como o metrô de São Paulo, se enfurece e acaba por ir às vias de fato com outro transeunte e causa grande tumulto até ser contido num dia de fúria.

Não é solidária a sociedade que não enxerga em todos a mesma condição humana de quem assina um decreto prisional, de quem volta do trabalho no metrô, de quem faz a segurança de uma estação, de quem a economia, a desigual-

dade e o fracasso do Poder Público jogou na rua, descalço, irritadiço, irascível, miserável. Preso, por falta de instrumental do Estado para melhor encaminhar a situação.

Na homologação da prisão em flagrante com conversão em prisão preventiva, anotou o juízo singular:

‘Ressalto também que a arguição de que as circunstâncias judiciais são favoráveis (primariedade) não é o bastante para impor o restabelecimento imediato da liberdade.

É que o Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis (STJ, HC n.º 0287288-7, Rel. Min. Moura Ribeiro, Dje 11/12/2013).

A circunstância de o paciente possuir condições pessoais favoráveis como primariedade e excelente reputação não é suficiente, tampouco garantidora de eventual direito de liberdade provisória, quando o encarceramento preventivo decorre de outros elementos constantes nos autos que recomendam, efetivamente, a custódia cautelar.

A prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada, não viola o princípio da presunção de inocência (STJ, HC n.º 34.039/PE. Rel. Min. Felix Fisher, j. 14/02/2000).

Por essas razões, tenho que a segregação cautelar é de rigor. Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal.

Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme toda a fundamentação acima (CPP, art.282, §6º).

E não se trata aqui de decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena (CPP, art.313, §2º), mas sim de que as medidas referidas não têm o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública.’

O voto condutor do acórdão impugnado expressa-se de maneira peculiar no reforço do estereótipo do morador de rua (e-STJ fls. 19-20):

‘Inicialmente anoto que a decisão atacada está fundamentada a contento, pois dela constam os motivos pelos quais a auto-

ridade apontada como coatora concluiu que a constrição seja necessária.

No mais, há provada materialidade, são promissores os indícios de autoria e razões de ordem pública justificam a constrição, pois a sociedade deve ser privada do convívio de pessoa que investe violentamente contra o patrimônio alheio.

Os demais questionamentos não comportam abordagem neste instrumento de cognição sumária, porque dependem de incursão aprofundada na prova. Importa que ao investir contra a vítima e os guardas, tentando agredi-los fisicamente, aparentemente o Paciente teria praticado roubo impróprio, porque visava fuga e o proveito do crime.

Como a pena máxima cominada ao delito imputado ultrapassa a quatro anos de reclusão, a custódia tem amparo no art. 313, inciso I, do CPP, e na hipótese de sobrevir condenação o Paciente não poderia ser beneficiado com a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos, e em razão do emprego de grave ameaça não se pode antever que o regime prisional seja o mais brando, contexto em que a constrição se mostra razoável e proporcional, sendo irrelevante neste momento a primariedade do Paciente.

Por fim, anoto que há muito os Tribunais Superiores pacificaram entendimento de que a prisão preventiva, por ter natureza de cautelar processual, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.’

“São promissores os indícios”. O prazer de condenar. “A sociedade deve ser privada do convívio de pessoa que investe violentamente contra o patrimônio alheio”. A pressa em segregar. Não estão falando de Erivan de Fretas Félix. Estão enxergando o mundo com os olhos do século XIX do inspetor Javert, de Victor Hugo. Mas o Judiciário brasileiro em 2024 não pode permitir que Erivan receba o tratamento dado Jean Valjean - o miserável que furtou dois candelabros de prata, não uma mochila, mas ainda assim recebeu uma bênção solidária da vítima, muito diferente da eterna perseguição que sofreu de uma autordade paranoica.

Os miseráveis estão às portas, sim. 54 mil na São Paulo de agosto de 2023. Mas medo não é, nem pode ser princípio de política pública no Estado de Direito.

A defesa, em caminho bastante diverso, aponta dúvida sobre a tipicidade da conduta e a necessidade de perquirição mais profunda, antes de sequer se pensar em ver no paciente o autor de um crime bem definido:

‘Ora, tratando-se de indiciado primário

e de bons antecedentes e restando claro que a correta tipificação dos fatos é da ocorrência de um delito de furto simples, mostra-se de rigor a concessão da liberdade provisória ante a ausência de uma das hipóteses legais do art. 313 do CPP. Por outro lado, ainda que assim não fosse, resta demonstrada a menor gravidade em concreto dos fatos atribuídos ao paciente, uma vez que as lesões foram causadas de modo colateral.

Neste ponto, contudo, o acórdão entendeu que se trataria de questões afeitas ao próprio mérito da causa e que demandaria a produção de provas. Assim sendo, entendeu não ser a via do habeas corpus adequada para a análise das questões levantadas pela Defensoria Pública.

Ocorre que tal posição não encontra lastro no texto legal, uma vez que um dos requisitos para a decretação da prisão preventiva é a prova de materialidade delitiva, a qual abrange todas as etapas do modelo analítico do delito, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Portanto, não só é cabível, como é crucial, a análise da presença de elementos informativos com preponderância acusatória para o delito qualificado em questão, sob pena de violação do princípio da presunção de não-culpabilidade. Isto porque apenas com a presença de elementos que façam preponderar a tese acusatória, sem que haja dúvida relevante sobre a autoria e tipicidade dos fatos, permitir-se-ia que referido princípio constitucional fosse relativizado no caso concreto, dando azo à aplicação de medidas cautelares em face da maior gravidade.

O fato da cognição realizada no habeas corpus não ser exauriente não tem como decorrência lógica a impropriedade da análise da autoria e da tipicidade dos fatos para verificar se há prova de materialidade do delito, nem condiciona de qualquer forma o Juízo do conhecimento, pela simples razão de não fazer coisa julgada material decisão prolatada com base em cognição sumária em sede de habeas corpus.

Com base nos elementos informativos pré-produzidos que instruem o writ, o julgador mediante exercício de cognição sumária irá verificar se há prova de materialidade do delito, o que abrange todas as etapas da teoria do delito: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Caso não verifique, com base apenas nos elementos pré-produzidos, a presença de todas as características do delito, segundo este viés analítico, ou mesmo haja dúvida relevante quanto à presença de uma delas, no caso a tipicidade dos fatos

imputados ao paciente se insculpido no art. 157, parágrafo primeiro, do Código Penal, deverá com base no princípio da presunção de não-culpabilidade revogar a prisão e conceder liberdade provisória ao paciente.'

Tem razão a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Não estou certa da tipificação da conduta do paciente. Tampouco estou certa da não-tipicidade da conduta de seguranças que acompanham, por quarenta minutos, um cidadão na expectativa de que erre. Quarenta minutos quatro olhos sobre alguém na miséria. Não é o caso de indagar se estamos diante de um momento de fúria?

O criminoso não age sob os olhos de quem vigia. Procura oportunidade segura. Nos autos, surge a expressão "furto de oportunidade". A oportunidade característica do furto é a coisa desassistida, sim, mas o paciente estava todo o tempo assistido: pelos seguranças. Erivan não é do ramo. Erivan é um morador de rua.

É preciso buscar outra solução para o caso. A prisão preventiva não faz sentido. O paciente precisa de mais atenção e não de segregação. É para isso que existe a assistência social, as políticas de renda básica, os abrigos, o olhar acolhedor do Poder Público.

Por todo o exposto, conheço do habeas corpus para conceder a ordem de revogação da prisão preventiva do paciente.

Solicito que o órgão da Defensoria Pública que cuida deste writ:

- i) verifique se o paciente está com sua documentação de identidade, carteira de trabalho e cartão de vacinação em dia; em caso negativo, encaminhe-o para que os recupere e atualize;
- ii) encaminhe o paciente ao órgão de assistência social do município, em busca de abrigo que ele aceite, e de oportunidades de empregabilidade e renda;
- iii) apure se é o caso de encaminhar o paciente ao RAPS; em sendo o caso, contate o RAPS para que o receba e dele cuide na extensão de suas atribuições;

De ofício, determino que o paciente cumpra as seguintes medidas cautelares:

- i) recolher-se a abrigo noturno mediante orientação da Defensoria Pública;
- ii) entrevistar-se mensalmente com a Defensoria Pública, para relatar a evolução de sua situação pessoal.

Comunique-se, com urgência, ao juízo singular esta ordem de habeas corpus.

Comunique-se, com urgência, à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para que informe esta relatora se aceita as incumbências sugeridas nesta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de fevereiro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira””

WALKIE-TALKIE

O QUE REVERBEROU NAS REDES SOCIAIS



Jacqueline Mu...
@JacqueOmuniz

Seguir

Nosso problema é de mentalidade. O que produz desesperança não é o complexo desafio de combate ao “crime organizado”, mas a vaidosa ignorância ilustrada e seus achismos prescritivos de ocasião que ignora o acervo dos saberes, vivências e práticas no Brasil e na América Latina.

16:24 · 19 jan. 24 de Bruxelas, Bélgica ·
1.534 Visualizações



Rubens R R Casara
@RCasara

Lição de direitos fundamentais: presunção de inocência. Não é difícil... Enquanto não existir uma condenação da qual não caiba mais recurso, a pessoa deve ser tratada como inocente. As « condenações » nas redes sociais são um sintoma de autoritarismo. A democracia exige mais.

9:45 · 28 dez. 23 · 20,1K
Visualizações



Luis Carlos Valois
@LuisCValois

A imprensa normalizou e regulamentou a "facção criminosa". Antes, para ser criminoso tinha q haver um fato e um julgamento, agora basta dizer "tem envolvimento com facção" para ser criminoso. A legalidade, a CF, o CPB, não valem mais nada e isso pode ser usado contra qq um...

15:21 · 13/11/2023 · 1.416 visualizações



 <http://www.ibadpp.com.br/>

 publicacoes@ibadpp.com.br

  @ibadpp