# Revista de Estudos Criminais

nº 93 - abril/junho 2024

tirant lo blanch

!TEC
Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais

PUCRS | ESCOLA DE DIREITO

# Revista de Estudos Criminais

Nº 93 - abril/junho 2024

tirant lo blanch

!TEC Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais

PUCRS | ESCOLA DE DIREITO

**Copyright©** Tirant lo Blanch Brasil
*Editor Responsável:* Aline Gostinski
*Capa, Projeto Gráfico e Diagramação:* Analu Brettas

Publicação do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais e do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da PUCRS publicada pela Editora Tirant lo Blanch Brasil.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais obtidas na Secretaria do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais.

Proibida a reprodução parcial ou total, sem autorização dos editores.

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS – ANO XXIV – Nº 93

ISSN 1676-8698
Periodicidade trimestral

ASSINATURAS:
São Paulo: (11) 2894-7330 - (48) 9 9914-0685
comercial2@tirant.com / atendimento@tirant.com
editoratirantbrasil@tirant.com

www.itecrs.org/rec

tirant.com/br - editorial.tirant.com/br

DOI: 10.53071/jou-2023-04-15-643ac31e48f30

*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).*

***Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.***
Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

*Impresso no Brasil / Printed in Brazil*

# Revista de Estudos Criminais

nº 93 - abril/junho 2024

tirant lo blanch

!TEC Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais

PUCRS | ESCOLA DE DIREITO

© Revista de Estudos Criminais® ISSN 1676-8698

# Revista de Estudos Criminais

ANO XXIV – 2024 – Nº 93

**Editores-chefes**
Prof. Dr. Daniel Achutti
Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira

**Editores-assistentes**
Mestre Alberto Ruttke
Especialista Fernando Nerung
Mestra Gabriela Gomes Casarin
Mestre Ramiro Gomes von Saltiel

**Consultores**
Prof. Dr. Alexandre Wunderlich
Prof. Dr. Nereu Giacomolli

**Conselho Editorial Nacional**
Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho (Universidade Federal do Pará)
Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Aury Celso Lopes Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt (Faculdade Damas da Instrução Cristã/PE)
Profa. Dra. Clarice Beatriz Sohngen (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Davi Tangerino (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)
Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato (Universidade Federal da Paraíba)
Prof. Dr. Geraldo Prado (Universidade Autónoma de Lisboa)
Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo)
Profa. Dra. Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas)
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Universidade Federal do Paraná)
Prof. Dr. Luiz Eduardo Soares (Universidade Federal do Rio de Janeiro)
Prof. Dr. Marcelo de Almeida Ruivo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder Souza (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello (Universidade Federal da Bahia)
Prof. Dr. Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

**Endereço para correspondência:**
Prof. Dr. Alexandre Wunderlich – Direção da Revista de Estudos Criminais
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – PPGCCRIM
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS
Av. Ipiranga, 6681 – Porto Alegre/RS
CEP 90619-900 – *E-mail*: rec@itecrs.org

# Revista de Estudos Criminais

ANO XXIV – 2024 – Nº 93

## Conselho Editorial Internacional

Prof. Dr. Adem Sözüer (Universidade de Istambul)
Prof. Dr. Arndt Sinn (Universidade de Osnabrück)
Prof. Dr. Byung-Sun Cho (Universidade Cheongju)
Profa. Dra. Clelia Iasevoli (Universidade de Nápoles)
Prof. Dr. David Sanchez Rúbio (Universidade de Sevilha)
Prof. Dr. Fernando Machado Pelloni (Universidade de Buenos Aires)
Prof. Dr. Luís Greco (Universidade Humboldt de Berlim)
Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente (Universidade Autónoma de Lisboa)
Prof. Dr. Manuel Jesus Sabariego Gómez (Universidade de Sevilha)
Profa. Dra. Maria João Antunes (Universidade de Coimbra)
Prof. Dr. Rui Cunha Martins (Universidade de Coimbra)
Prof. Dr. Stefano Ruggieri (Università deli Studi di Messina)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Bolonha)

## Professores pareceristas

Adrian Silva. Adriano Teixeira. Alaor Leite. Alexis Couto de Brito. André Machado Maya. Ângelo Roberto Ilha da Silva. Antônio Martins. Antonio Tovo. Antônio Vieira. Bruno Tadeu Buonicore. Bruno Rotta de Almeida. Caique Ribeiro Galicia. Camila Hernandes. Carolina Stein. Camile Eltz de Lima. Carlo Velho Masi. Chiavelli Facenda Falavigno. Christiane Russomano Freire. Conrado Gontijo. Daniel Brod Rodrigues de Sousa. Denis Andrade Sampaio Junior. Denise Luz. Eduardo Baldissera Carvalho Salles. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa. Eduardo Saad-Diniz. Eduardo Viana. Fabiane da Rosa Cavalcanti. Fábio D'Avila. Felipe De-Lorenzi. Felipe Faoro Bertoni. Felipe Mrack Giacomolli. Frederico Horta. Gabriel Divan. Gamil Föppel. Giovani Saavedra. Guilherme Michelotto Böes. Guilherme Lucchesi. Gustavo Noronha de Ávila. Henrique Saibro. Jacqueline Sinhoretto. Jader Marques. Jádia Timm dos Santos. Janaina Roland Matida. Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. João Daniel Rassi. João Paulo Orsini Martinelli. Jorge Trindade. José Carlos Porciúncula. José Linck. Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya. Laura Gigante Albuquerque. Laura Girardi Hypolito. Leonardo Schmitt de Bem. Luiz Antônio Bogo Chies. Luiza Farias Martins. Marçal Luis Ribeiro Carvalho. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli. Marcelo Almeida Ruivo dos Santos. Marcelo Azambuja Araújo. Marcelo Buttelli Ramos. Marcelo Mayora Alves. Marco Scapini. Marcos Eduardo Eberhardt. Mariana Gastal. Marina Pinhão Coelho Araújo. Mariana Weigert. Moysés Pinto Neto. Michelle Karen Batista dos Santos. Nestor Araruna Santiago. Patrícia Carraro Rossetto. Paulo César Busato. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. Raffaella Pallamolla. Raphael Boldt. Raquel Lima Scalcon. Renata Machado Saraiva. Romulo Fonseca Morais. Rowana Camargo. Ruth Maria Chittó Gauer. Thiago Allisson Cardoso de Jesus. Thiago Bottino do Amaral. Víctor Gabriel Rodríguez. Twig Lopes. Vinicius Gomes de Vasconcellos.

# Revista de Estudos Criminais

ANO XXIV – 2024 – Nº 93

**PUCRS**
**Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais**

**Decano da Escola de Direito**
**Prof. Dr. Sandro André Bobrzyk**

**Coordenador do PPGCCRIM**
**Prof. Dr. Nereu José Giacomolli**

**ITEC**
**Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais**

**Diretoria**
**Camile Eltz de Lima – Presidente**
**Helena Costa Franco – Vice-Presidente**
**Alberto Ruttke – Secretário Geral**
**Cristiane Petró – Tesoureira**

**Conselho Permanente**
**Alexandre Wunderlich**
**Andrei Zenkner Schmidt**
**Antonio Tovo**
**Bruna Aspar Lima**
**Camile Eltz de Lima**
**Daniel Achutti**
**Fabio Roberto D' Avila**
**Felipe de Oliveira**
**Fernanda Osório**
**Giovani Saavedra**
**Helena Costa Franco**
**Jader Marques**
**Lilian Reolon**
**Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin**
**Marcelo Almeida Ruivo**
**Paulo Vinícius Sporleder de Souza**
**Rafael Braude Canterji**
**Rodrigo Moraes de Oliveira**
**Salo de Carvalho**

# Sumário


10 **A prescrição penal em "xeque": aplicação do teste de falseabilidade de Claus-Wilhem Canaris sobre os votos vencidos do caso edmundo no Supremo Tribunal Federal**
*Airto Chaves Junior e Thiago Aguiar de Pádua*

33 **ADPF 635/RJ – A égide dos "cabeças de porco"**
*Ana Luísa Morais Barbosa e Felipe Morais Barbosa*

48 **Direito penal do inimigo e a possível influência da sua racionalidade sobre as políticas migratórias europeias e sobre a integridade do estado de direito**
*Pablo Rodrigo Alflen e Ricardo Strauch Aveline*

69 **Intimidação sistemática: os crimes do art. 146-A do Código Penal**
*Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli*

96 **O devido processo legal administrativo como garantia da ampla defesa e do contraditório e como meio de controle do compartilhamento de dados pessoais na esfera penal: breve discussão acerca do Tema 990 do STF**
*Regina Linden Ruaro e Tapir Rocha Neto*

116 **O direito capturado pela economia: a formação dos magistrados nos Estados Unidos e no Brasil e os impactos do saber econômico sobre as decisões judiciais penais**
*Ricardo Jacobsen Gloeckner e João Carlos Dalmagro Junior*

# Sumário


152 **Erro de identificação: onde está a falha no sistema de justiça criminal?**
*Carlos Henrique Borlido Haddad e Lucas de Josué Cunha Morais*

175 **O tratamento penal à lavagem de capitais na Operação Lava-Jato e sua sobreposição ao crime de corrupção: uma análise das sentenças proferidas pelo Juiz Sérgio Moro na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba-PR**
*Tarsila Fonseca Tojal e Luciano Anderson de Souza*

199 **Do controle criminal ao Empoderamento: possíveis Interações entre Colonialismo Digital, Resistência e Direitos Humanos Instituintes**
*Nelson Camatta Moreira e Ronaldo Félix Moreira Júnior*

223 **A (im)possibilidade de utilização das medidas cautelares reais para a garantia do confisco alargado**
*Ana Beatriz da Luz, Isabela Maria Stoco e Gabriel Bertin de Almeida*

242 **Prisão preventiva e lei de drogas: análise dos discursos jurídico-penais a partir do realismo marginal e criminologia cautelar**
*Franciele Silva Cardoso e Fabiana Santos Milhomem*

# A PRESCRIÇÃO PENAL EM "XEQUE": APLICAÇÃO DO TESTE DE FALSEABILIDADE DE CLAUS-WILHEM CANARIS SOBRE OS VOTOS VENCIDOS DO CASO EDMUNDO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*STATUTE OF CRIMINAL LIMITATIONS UNDER ATTACK: APPLICATION OF THE CLAUS-WILHEM CANARIS TEST OF FALSIFIABILITY ON THE DISSENTING VOTES OF THE EDMUNDO CASE IN THE FEDERAL SUPREME COURT*

***Airto Chaves Junior***[1]

***Thiago Aguiar de Pádua***[2]

**RESUMO**: O objetivo geral da pesquisa é realizar um estudo dos 5 votos vencidos no caso Edmundo no STF (AI n. 7949710), em especial o seu entendimento acerca da prescrição penal (norma que limita o período máximo durante o qual os processos criminais podem ser iniciados), submetendo seus argumentos ao teste de falseabilidade de Claus-Wilhem Canaris. Os objetivos específicos são: a) compreender a base argumentativa dos votos; b) tratar da diferenciação entre os argumentos vencedores e vencidos; c) enfrentar o problema central presente nos argumentos dos votos vencidos; d) identificar problemas marginais decorrentes da equivocada concepção do instituto da prescrição. Ao final da pesquisa, conclui-se que houve uma indevida aplicação da prescrição por parte dos votos vencidos, que corre o risco de se tornarem vencedores, com a recente alteração da composição dos membros da Suprema Corte. Quanto ao método de pesquisa, revela-se o indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica, legislação penal e constitucional, além de pesquisas relacionadas intrinsecamente com o tema.

**PALAVRAS-CHAVES**: Prescrição Penal. Extinção da Punibilidade. Caso Edmundo. Votos Vencidos.

**ABSTRACT**: The general objective of this research is to study the 5 dissenting votes in the Edmundo's case at the Brazilian Supreme Court (AI n. 7949710), in particular their arguments about the statute of limitations (a law that limits the maximum time frame during which criminal proceedings can be initiated), submitting their arguments to Claus-Wilhem Canaris' falsifiability test. The specific objectives are:

1 Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Univali (PPCJ – CAPES 6). Advogado. ORCID: http://orcid.org/0000-0003-3016-5618.

2 Pós-Doutoramento na Università degli Studi di Perugia, Itália e Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Brasil. Doutor e Mestre em Direito. Professor da Faculdade de Direito da UnB – Universidade de Brasília. Advogado. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2229-2975

a) to understand the argumentative basis of the dissenting votes; b) to deal with the differentiation between the Court's opinion and the dissenting votes; c) to address the central problem in the legal arguments of the dissenting votes; d) to identify marginal problems arising from the misconception of the statute of limitations. And finally, we come to the conclusion that there was an error in the application of law by the dissenting votes, which runs the risk of becoming the Court's majority opinion, with the recent change in the Supreme Court composition. As for the research method, it is the inductive one, which is subsidized by bibliographical research, criminal and constitutional legislation, in addition to research intrinsically related to the theme.

**KEYWORDS**: Statute of Criminal Limitations. Extinction of Punishability. Edmundo's Case. Losing Votes.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução; 2 O Caso Edmundo no Supremo Tribunal Federal (STF); 2.1 Os argumentos vencedores; 2.2 Os argumentos vencidos; 3 Observações Iniciais Críticas aos Votos Vencidos; 4 Falseabilidade de Canaris e o papel dos "Precedentes" no voto vencido. 5 Considerações Finais; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

Em linhas gerais, poderíamos dizer uma obviedade não tão óbvia, qual seja, que em matéria de aplicação das diversas teorias dos precedentes, no plural, estamos de certa maneira divididos entre dois grupos de autores: os que buscam desenvolver uma perspectiva sistêmica (construir um edifício) e os que objetivam trabalhar numa abordagem aporética (resolver um problema concreto). No entanto, podemos afirmar que ambas as referências são uma só e a mesma coisa, muito embora seja este provavelmente o objeto mais complexo de nosso "*dramatis personae*" jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ainda não achou o ponto adequado ou as bases seguras para uma adequada visão sobre o tema dos "precedentes", seja porque o poder judiciário, como um todo, ainda não conseguiu se livrar do paradigma do solipsismo da decisão radicada na discricionariedade da própria consciência[3], ou na indeterminação do próprio sentido e alcance da expressão "jurisprudência".[4]

Somos herdeiros, a propósito, de uma tradição adepta da mixagem dos dois grandes modelos de "famílias" ou "sistemas" do direito - *Civil Law* x *Common Law*

3 STRECK, Lenio. **O que é Isto - Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Do advogado, 2017.

4 PÁDUA, Thiago Aguiar de. Jurisprudência Líquida: Reflexões críticas sobre a fragilidade jurisprudencial brasileira. **Revista Thesis Juris**, 2016.

–[5], que exige reflexão sobre o art. 386 do Decreto nº 848/1890, que inseriu o Brasil como um país de "*common law*"[6], e, ainda, sem esquecer o Decreto nº 23.055, de 9 de agosto de 1933, que determinava a obrigatoriedade de respeito às decisões do STF, com um diploma normativo que não prevaleceu, segundo pensadores da época, pois por mais insistente que seja a jurisprudência, ela "não constitui norma imperativa, a cujo comando não se possa fugir", mencionando que isso estaria adequado, pois "o único compromisso que têm os juízes é com a lei e a própria consciência"[7].

O problema mastodôntico, inclusive, é aumentado quando a própria lei escrita, sob as hostes de pretensões hermenêuticas radicadas nas mesmas bases discricionárias, sucumbe diante da prevalência da exclusiva consciência do julgador, o que merecerá sempre a necessidade de verticalização analítica, como o que elegemos para tecer algumas linhas neste artigo acadêmico: o famoso caso Edmundo.

Num julgamento repleto de argumentos os mais diversos, o caso Edmundo no Supremo Tribunal Federal (AI 7949710) foi julgado em 2021 após longos 26 (vinte e seis) anos após os fatos (1995), trazendo alguma reflexão sobre os contornos jurídicos do tema, e, especialmente, quanto aos votos vencidos, as propostas relacionadas a hermenêutica atinentes a prescrição da pretensão punitiva.

O presente artigo busca abordar o caso concreto, pois representa um enigmático julgado da Suprema Corte Brasileira que poderá ser revisitado em momentos posteriores para aplicação de algumas das propostas contidas nos votos vencidos, exigindo aprofundamento de crítica e discussão ampliada.

Por este motivo, o artigo cuida de discutir alguma nuance da Teoria do Direito, submetendo os fundamentos teóricos dos votos vencidos ao teste de falseabilidade de Claus-Wilhem Canaris, de modo a refletir de maneira crítica sobre sua possível adoção em momentos posteriores pelo poder judiciário brasileiro.

Significativamente, discutimos lateralmente o modelo deliberatório, em especial os diversos tipos de racionalidade sobre a teoria dos precedentes, observando as premissas invocadas e os pretensos resultados no raciocínio de inteligência de aplicação da norma jurídica, chegando aos resultados que são elencados nas considerações finais.

---

5 CHAVES JR., Airto; PÁDUA, Thiago Aguiar de. O common law e o direito brasileiro: um olhar crítico sobre o decreto 848/1890 e a esquecida decisão de 1902 do Supremo Tribunal Federal. **Revista do IHGB**, a. 182, vol. 487, set./dez. 2021.

6 PÁDUA, Thiago Aguiar de. **O "common law" tropical e o "caso Marbury v. Madison brasileiro"**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

7 MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 56, n. 2, 1961.

Quanto ao método de pesquisa, revela-se o indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica, legislação penal e constitucional, análise de votos de precedentes, além de pesquisas relacionadas intrinsecamente com o tema.

## 2 O Caso Edmundo no Supremo Tribunal Federal (STF)

Em termos gerais, um famoso jogador de futebol brasileiro se envolveu em um acidente automobilístico com lesão corporal e resultado morte de terceiros, sendo posteriormente submetido a julgamento que passou pelas diversas instâncias do poder judiciário, culminando com a declaração da prescrição da pretensão punitiva, em razão do longo lapso temporal transcorrido entre os fatos e o julgamento final.

Sem maiores aprofundamentos fáticos, nossa reflexão aqui se relaciona aos aspectos jurídicos efetivamente aplicados, e sobre o raciocínio constante dos votos vencidos dos ministros que, no Supremo Tribunal Federal, buscavam não reconhecer a ocorrência do instituto da prescrição, ou seja, a "causa extintiva da punibilidade, consoante o art. 107, IV, do Código Penal", com várias espécies e subespécies, além de fundamentos de existência e teorias orientadoras[8]-[9].

Observamos que o raciocínio seria relativamente simples, pois havendo previsão legal a respeito da duração dos prazos que podem admitir a tramitação de um processo judicial de caráter criminal, o transcurso do respectivo prazo conduz à necessária decretação da prescrição, com a consequente extinção da punibilidade, muito embora seja possível discutir os fundamentos teóricos da prescrição penal, não é nossa intenção fazê-lo nesta breve pesquisa.

Tal discussão poderia ser realizada pelas lentes das teorias clássicas (teoria do esquecimento, teoria da expiação moral ou do remorso, teoria da emenda, teoria da piedade, teoria psicológica) ou das teorias positivistas (teoria do transcurso do tempo, teoria da perda do interesse estatal da repressão, teoria da estabilização das situações jurídicas, teoria da dispersão ou desaparecimento das provas, teoria da política criminal, teoria da presunção da negligência, teoria da exclusão do ilícito ou extinção dos efeitos antijurídicos), além da chamada prescrição funcionalista, sob diversas perspectivas, como as de Claus Roxin, Günther Jacobs, ou mesmo a perspectiva da prescrição antecipada, dentre outras[10].

8 MACHADO, Fabio Guedes de Paula. **Prescrição Penal:** Prescrição funcionalista. São Paulo: RT, 2000.

9 SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição penal e imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 31.

10 MACHADO, Fabio Guedes de Paula. **Prescrição Penal:** Prescrição funcionalista. São Paulo: RT, 2000, p. 86-197.

### 2.1 Os Argumentos Vencedores

O relator originário foi o já aposentado min. Joaquim Barbosa, que em decisão monocrática reconheceu a prescrição e a consequente extinção da punibilidade. Inconformado, o Ministério Público interpôs o recurso de agravo regimental ao colegiado, no momento em que sobreveio a aposentadoria do relator originário, com a assunção de sua vaga por parte do min. Roberto Barroso, que adotou entendimento distinto, dando provimento ao recurso, afastando a ocorrência da prescrição, declarando hígida a pretensão punitiva, mas seu voto acabou não prevalecendo.

De maneira geral, prevaleceram os argumentos do primeiro voto divergente que discordou do então segundo relator, o ministro Roberto Barroso, a partir das premissas firmadas pelo ministro Marco Aurélio, que se tornou o relator-redator para o acórdão, acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Nunes Marques, numa apertada maioria de 6 x 5, contra os ministros Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luiz Fux e Rosa Weber.

Importante registrar que desde o referido julgamento, dois ministros se aposentaram, quais sejam, os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, quando a vaga do primeiro foi preenchida pelo ministro Andre Mendonça, e a vaga deste último, ao tempo destas linhas, ainda não foi preenchida, tornando imprescindível escrutinar a compreensão de um futuro indicado sobre o referido tema.

São dois votos que podem mudar o panorama de um eventual rejulgamento da temática, que inclusive se encontra no horizonte da Suprema Corte através do Tema de Repercussão Geral n. 788 (ARE 848107), rel. min. Dias Toffoli, assim descrito: "Termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado: a partir do trânsito em julgado para a acusação ou a partir do trânsito em julgado para todas as partes".

Neste sentido, estabeleceu-se que no âmbito do processo civil vigora um entendimento que não pode ser transportado automaticamente ao processo penal. Com esse fundamento, disse o ministro Marco Aurélio: "o recurso incabível não empece – é vocábulo utilizado pelo mestre [José Carlos Barbosa Moreira] – a coisa julgada".

E prosseguiu, alegando que o processo penal não comporta a pretensão de solução jurídica sugerida pelo novo relator: "O que aponta o ministro Luís Roberto Barroso? Os recursos inadmissíveis não teriam obstaculizado a preclusão maior, para efeito de considerar-se a prescrição da pretensão punitiva, mas impediriam o início da contagem da prescrição da pretensão executória. O sistema não fecha."

E complementa, argumentando que: "no campo penal, leva-se em conta todo o período, para fins de prescrição da pretensão punitiva, até a data em que surge o interesse jurídico do Estado em executar a decisão condenatória irrecorrível", com a consequência que sugere: "enquanto não surge a pretensão da prescrição executória, está-se na seara própria a perquirir se decorrido, ou não, o prazo prescricional atinente à prescrição da pretensão punitiva".

A seu turno, com fundamento concorrente distinto, mas igualmente reconhecendo a ocorrência da prescrição, o min. Nunes Marques chamou atenção para o raciocínio do então relator, min. Roberto Barroso, que adotava uma "mixagem" interpretativa entre prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, quando a Suprema Corte alterou sua jurisprudência para admitir a execução antecipada da pena privativa de liberdade, que acabou sendo posteriormente alterada em atenção ao postulado principiológico da presunção de inocência.

Mencionou o ministro Nunes Marques: "A partir do julgamento do HC 84.078/MG, em 05/02/2009 , operou-se a mudança de entendimento desta Corte, que passou a considerar inconstitucional a execução provisória da pena e, em consequência disso, só com o trânsito em julgado para ambas as partes passou a ser possível a execução da condenação criminal", e, concluiu: "por isso, a partir desse julgamento, o marco inicial da contagem do prazo para prescrição da pretensão executória passou a ser o trânsito definitivo do julgado".

Sustentou, como consequência disso, o acerto do entendimento originário do min. Joaquim Barbosa: "a publicação do acórdão recorrido deu-se em 26.10.1999 (fls. 48) e não houve interposição de recurso por parte do Ministério Público", bem antes do julgamento do HC 84.078/MG, em 05/02/2009, já havia decorrido o prazo de 8 anos para a consumação da prescrição da pretensão executória" com base na pena efetivamente aplicada.

Em resumo, podemos observar que se reconheceu a prescrição da pretensão punitiva pelo agregado de fatos e fundamentos: (a) transcurso do lapso temporal previsto na lei penal; (b) ausência de interposição de recurso pelo Ministério Público, com recurso exclusivo da defesa; (c) impossibilidade de aplicação do entendimento do processo civil para o processo penal sobre o momento do trânsito em julgado; (d) diferentes marcos temporais em decorrência da mudança de entendimento sobre a possibilidade de execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado; e, por fim, (e) a impossibilidade de mixagem dos entendimentos sobre a prescrição da pretensão punitiva e da prescrição da pretensão executória.

Os argumentos do posicionamento firmado nos votos vencidos, ao contrário, perfilham um outro tipo de racionalidade, que será abordado na sequência, e que exigem alguma dose de prudência e reflexão.

**2.2 Os Argumentos Vencidos**

Os votos vencidos precisam ser refletidos, pois devem ser compreendidos em termos lógico-jurídicos, além de submetidos ao crivo reflexivo. Não obstante vencidos, causaram alguma perplexidade jurídica os argumentos do ministro Roberto Barroso, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Alexandre de Moraes e Rosa Weber.

Os 5 votos vencidos suscitam grandes preocupações, merecendo análise crítica, sobretudo em razão de se encontrar pautado para julgamento plenário o já mencionado Tema de Repercussão Geral n. 788 (ARE 848107), para julgamento iminente, cuja tese discutida é exatamente a prescrição criminal, considerando-se, ainda, a mudança de composição da Corte havida entre 2021 e os dias atuais.

O caso Edmundo trata de fato ocorrido em 1995 (colisão de veículo automotor, com duas vítimas fatais), com sentença e acórdão condenatórios publicados em 1999, e posteriores recursos exclusivos da defesa: recursos especial e extraordinário, respectivamente para o STJ e STF, em que o Min relator ressaltou: "o especial foi admitido e o extraordinário foi inadmitido". Houve julgamento pelo STJ e Agravo para o STF.

Vale dizer, o Recurso Extraordinário que foi inadmitido na origem remonta a 1999. A seu turno, o Recurso Especial foi admitido na origem, subiu ao STJ como REsp 302.636, rel. min. Vicente Leal, julgado pela 6ª Turma, que prolatou acórdão de 33 (trinta e três) páginas para concluir pelo "Não Conhecimento do Especial" em dezembro de 2003, ensejando a interposição de Embargos de Divergência, sem sucesso.

No STF, o relator originário extinguiu a punibilidade diante do reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, entendendo ser o prazo prescricional de 8 anos, a partir de dois fundamentos: (1) que "transcorreram mais de 08 anos entre a última causa interruptiva – qual seja, a publicação da sentença condenatória recorrível [1999]" e a data de sua análise pelo STF, em 2011; e, (2) mesmo considerando-se o acórdão do TJRJ como causa interruptiva, ocorrido também em 1999, ensejaria igualmente a prescrição em 2007, antes mesmo da distribuição do RE ao STF, apenas em 2011.

Como novo relator, o min. Roberto Barroso reverteu o entendimento do relator anterior, dando provimento ao recurso do Ministério Público, aplicando um suposto precedente da Corte, o HC 86.125/SP, relatado pela ministra Ellen Gracie

e julgado em 02.09.2005. Naquela oportunidade, ou seja 15 (quinze) anos antes, decidiu-se que "recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada". Aqui reside o elemento da complexidade argumentativa, e, ainda, do equívoco decisório, segundo entendemos.

Pois bem, quanto ao caso Edmundo no STF temos 5 votos vencidos que concebem a quantidade de recursos interpostos como elementos justificadores da justiça no caso concreto, ou ausência de prejuízo ao recorrente: "Contando-se a apelação e este agravo de instrumento, foram interpostos nada menos que 8 (oito) recursos pela defesa, sendo 5 (cinco) deles só no âmbito do STJ", e prossegue: ."Parece-me bastante improvável que alguém tenha sido prejudicado quando o nosso sistema processual, tão generoso, lhe ofereceu tantas possibilidades de revisão do julgado".

Por este motivo, alega expressamente "não admito" ou "inadmito o recurso extraordinário ", passando a argumentar sequencialmente sobre o tema da prescrição, sem ficar claro se a expressão "não admitir" significa "não conhecer" ou "negar provimento" ao recurso extraordinário, elemento central para a doutrina do processo civil desde José Carlos Barbosa Moreira, além de elemento problemático na esfera criminal quando levado ao patamar de poder interromper ou não a prescrição (na condição de confirmação do acórdão condenatório).

Com essa linha argumentativa, o min. Roberto Barroso, prolator do voto vencido e acompanhado por 4 outros ministros, delimita seu conceito de "prescrição", e lida sequencialmente sobre o problema jurídico dela ter ocorrido ou não.

Sobre a prescrição, menciona que quanto à pretensão punitiva, esta: "pode ser conceituada como o limite temporal para o poder-dever estatal de aplicar uma sanção penal em termos definitivos", e que em termos de incidência "essa modalidade de prescrição, [incide] até a formação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória" e que "a coisa julgada forma-se após não ser mais cabível a modificação do título judicial por meio da via recursal".

Mas logo a seguir complementa: "Entretanto, o recurso inadmissível não obsta a constituição do trânsito em julgado, que, assim, se opera após o esgotamento do prazo recursal cabível". Vale dizer, prossegue dizendo que: "interposto recurso inadmitido, por intempestividade, descabimento ou qualquer outra hipótese que gera o seu não conhecimento, como no caso, o título judicial torna-se imutável, não podendo servir para obstar a chamada coisa julgada", invocando

diversos julgados anteriores com a mesma origem comum, o caso da ministra Ellen Gracie sobre os juizados especiais, anteriormente mencionado[11].

Como reforço a sua argumentação, o min. Roberto Barroso complementa que legislação posterior teria reforçado o referido ponto: "entendimento acabou acolhido expressamente na legislação, já que a Lei n. 13.964/2019 alterou o art. 116, III, do Código Penal, para prever que, antes de passar em julgado a sentença final, o prazo prescricional não corre 'na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis'".

Com linhas mais explícitas, menciona que não havendo sido conhecidos os recursos especial e extraordinário, ambos por versarem sobre matéria de fato, "o trânsito em julgado operou-se após o esgotamento do prazo para interposição do recurso cabível contra o acórdão condenatório proferido pela instância ordinária", vale dizer, alega que "o não conhecimento do recurso extraordinário foi reconhecido no primeiro juízo de admissibilidade exercido pela Vice-Presidência do TJ/RJ e nesta Corte por esta Relatoria".

Retomando o argumento, sustenta a relevância da quantidade de recursos: "é importante assinalar que o trânsito em julgado não pode depender da interposição sucessiva de diversos recursos tidos como protelatórios", embora em nenhum momento tenha havido a declaração judicial de litigância de má-fé ou de interposição protelatória, como previsto na legislação recursal cível, conforme art. 80, VII, art. 139, III, art. 1.026, § 2º, todos do CPC, e art. 492, §5º, I do CPP, incluído pela Lei Federal nº 13.964, de 2019.

De forma muito confusa, até para os iniciados, o voto vencido do ministro Roberto Barroso, por fim, reconhecendo não ter havido a prescrição da pretensão punitiva antes de passar em julgado, sob o argumento de que mesmo sem a declaração do trânsito em julgado, teria havido o fenômeno da "não interrupção da prescrição" pois o recurso incabível (REsp e RE) não obsta a formação da coisa julgada, e esta teria ocorrido "15 dias após 26.10.1999" (data de não admissão dos recursos pelo TJ Local), mas que mesmo 22 anos após o transito em julgado suposto e fictício, sem o início do cumprimento da pena, também não teria havido a prescrição da pretensão executiva.

Como suporte argumentativo, alega que para se reconhecer que não houve a prescrição é desimportante a declaração expressa do trânsito em julgado, mas para o início da execução da pena, essa declaração seria indispensável: "A execu-

11 Neste momento, cita: (1) ARE 785693 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado; (2) AI 856.869-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma; (3) ARE 723590 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma; (4) RHC 116038, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma; e, (5) HC 113559, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma.

ção da pena, por isso, é marcada pela declaração do trânsito em julgado para que o réu não seja surpreendido ao interpor os recursos especial e extraordinário antes que estes sejam definitivamente decididos. Portanto, somente se inicia a execução da pena após a declaração do trânsito em julgado, mesmo que este ocorra em momento anterior".

Com isso, alegando as sucessivas mudanças de entendimento da Suprema Corte sobre a antecipação da execução da pena antes do efetivo trânsito em julgado (com sua proibição em 2009, admissão em 2016, e, novamente sua proibição em 2019), o Ministério Público não teria possibilidade de executar a pena desde 1999, mas que em 2021, com o reconhecimento da inadmissibilidade do recurso, seria possível executar a pena.

Asseverou: "penso que o princípio da presunção de inocência, tal como atualmente interpretado pelo Tribunal, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição, originariamente regulado pelo art. 112, inc. I, do Código Penal. Do contrário, estar-se-ia punindo o estado pela inação quando não poderia agir, ou seja, a prescrição somente se aplica em caso de não ser exercida a tempo a pretensão executória estatal", para concluir, ainda: que a prescrição "deve ser reinterpretada à luz da interpretação atual sobre o princípio da presunção de inocência".

Com base nos argumentos adotados, podemos observar o seguinte grupo de fundamentos: (a) o trânsito em julgado não precisa ser declarado para o caso da prescrição da pretensão punitiva; (b) o trânsito em julgado precisa ser declarado para o caso da prescrição da pretensão executória; (c) os recursos especial e extraordinário tidos por inadmissíveis não impedem a formação da coisa julgada e não interrompem a prescrição; (d) a prescrição não interrompida, com transito em julgado não declarado expressamente, mas reconhecido de forma tácita, não permite o início da execução da pena, mas tampouco dá início a contagem da prescrição da pretensão executória; (e) a prescrição não é mais regulada pela lei escrita, devendo ser reinterpretada à luz da presunção de inocência, muito embora em prejuízo do réu presumidamente inocente, num caso de verdadeira imprescritibilidade.

## 3 Observações Iniciais Críticas aos Votos Vencidos

Quanto ao Recurso Especial, e sobre seu "Não Conhecimento", temos a conhecida observação do ministro Teori Zavascki, sobretudo, no denso prefácio ao livro de João Francisco Naves da Fonseca, no sentido de que muitas vezes decorre de "erro de técnica dos Tribunais", que analisam o mérito, e deveriam prolatar o

resultado como "Desprovimento", mas muitas vezes apontam o "Não Conhecimento"[12].

Recordemos ainda a passagem contida do RE 196.430, rel. min. Sepúlveda Pertence, de 11.1997: "O recurso não foi inadmitido, já que o objeto da impugnação foi examinado", e da famosa cristalização desse entendimento a partir do RE 298.694 (rel. ministro Sepúlveda Pertence, em 08.2003), em que a Suprema Corte deliberou por separar os juízos de admissibilidade (conhecimento - não conhecimento) e de mérito (provimento - desprovimento).

Observamos que os votos vencidos no caso Edmundo optaram por aplicar um suposto precedente que se for analisado de perto, na verdade, é inaplicável. Em termos gerais, é como se fosse realizado um "martelinho de ouro" na carcaça do precedente inaplicável, não para moldá-lo, mas antes, para que ele eventualmente possa sobreviver de forma distinta, dando um "jeitinho".

Menciona-se sobre o amassamento do precedente, que: "ao invés de aplicar o precedente ou de revogá-lo, [seria o caso de] "amassá-lo" (*narrow*). Isto é, você poderia interpretar o precedente de uma tal maneira que seja mais limitada em escopo do que seria a sua melhor leitura. Ao tomar esta última rota, o precedente irá sobreviver de uma forma alterada", leia-se: desfigurada[13]-[14].

Interpretou-se, em prejuízo do Réu, que a oscilação da jurisprudência da Corte sobre a presunção de inocência deveria ser tomada em prejuízo do próprio réu, violando a essência do conceito de prescrição, que atribui ao Estado o encargo de atuar dentro dos prazos legais, e quando não se desincumbe do papel de agir a tempo e modo oportunos, impede a persecução penal e/ou a execução da pena.

O que realmente chamou atenção foi o fato de que os 5 votos vencidos no caso Edmundo aplicaram ao caso concreto a retroatividade penal prejudicial ao réu, fazendo incidir a alteração do "Pacote Moro", operada pela Lei nº 13.964, de 2019, que incluiu causa impeditiva da prescrição mais gravosa (que preconiza não correr a prescrição "na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis"), além de aplicar precedente que remonta a período em que não havia a alteração ocorrida no art. 109, IV, do CPB, por meio da Lei nº 11.596, de 2007, que acrescentou como marco interruptivo da prescrição a publicação de acórdão.

12 ZAVASCKI, Teori Albino. Prefácio in: FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos Fatos nos Recursos Extraordinário e Especial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 14.

13 PÁDUA, Thiago Aguiar de. **Análise da prática decisória do STF**: o Precedente e as 11 dimensões funcionais da 'ratio decidendi' a partir de Pierluigi Chiassoni. Brasília, 2015.

14 RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. **Columbia Law Review**, vol. 114, 2014.

Portanto, observamos que os 5 votos vencidos no caso Edmundo (AI 794971) aplicaram o precedente do JECRIM (HC 86.125/SP) de forma equivocada, leia-se: indevida e incabível. Em termos gerais, realizaram aplicação, sem dizê-lo expressamente, a técnica do precedente conhecida "*Narrowing Precedent*", ou, a 5ª Técnica do Precedente.

De fato, são conhecidas 5 técnicas de aplicação do precedente: 1) recusa da aplicação, 2) aplicação, 3) superação (*overruling*), 4) extensão (*extending*), e 5) estreitamento do precedente (*narrowing*), que envolvem as noções de autoridade da decisão e de respeito à *ratio decidendi*, ou sua modificação forçada[15]-[16].

No Direito Americano, nossa inspiração mais imediata de "estreitamento", essa chamada 5ª técnica menos conhecida do precedente (também denominado de "*stealth overruling*") ocorre quando um Tribunal declina em aplicar um precedente, mesmo que na visão da Corte o precedente seja válido, e não seja também caso de "*overruling*" e nem de sua "aplicação integral", ou seja, ocorre um ato judicial que não aplica o precedente como deveria ser o caso, e nem se realiza a sua superação por meio da revogação, ocorrendo um "estreitamento – ou amassamento - do precedente"[17]-[18].

Em termos gerais, é como se fosse realizado um "martelinho de ouro" na carcaça do precedente, não para desamassá-lo, mas, antes, para que ele eventualmente possa "sobreviver para contar a história" ainda que desfigurado, classificando-se o estreitamento (*Narrowing Precedent*) em 4 tipologias: Estreitamento Experimental ("*Experimental Narrowing*"), Estreitamento das Regras ("*Narrowing Rules*"), do Estreitamento ao Overruling ("*Narrowing to Overrule*"), e, Estreitamento Aspiracional ("*Aspirational Narrowing*"), e a noção de "Narrowing" está contida na seguinte observação:

> Pegue sua menos predileta decisão (precedente) da Suprema Corte, daquele tipo que, em sua visão seja o mais equivocadamente decidido, e imagine-se a si mesmo como um juiz do Tribunal. Se lhe pedirem para aplicar o precedente em um novo caso, você provavelmente tentaria realizar um *distinguishing*, ou em outras palavras, você iria concluir que a melhor compreensão do precedente não cabe diante do caso sob análise. Mas e se por acaso você pensar que o precedente, quando em sua melhor leitura, de fato se aplicaria ao caso sob análise? Você seria, então, confrontado com uma escolha desconfortável. Você iria sublimar sua oposição pessoal ao precedente, e aplicá-lo, não importando a sua equivocidade e qualquer injustiça resultante, ou, alternativamente, você poderia realizar um

15 PÁDUA, Thiago Aguiar de. **Análise da prática decisória do STF**: o Precedente e as 11 dimensões funcionais da 'ratio decidendi' a partir de Pierluigi Chiassoni. Brasília, 2015.

16 RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. **Columbia Law Review**, vol. 114, 2014.

17 PÁDUA, Thiago Aguiar de. **Análise da prática decisória do STF**: o Precedente e as 11 dimensões funcionais da 'ratio decidendi' a partir de Pierluigi Chiassoni. Brasília, 2015.

18 RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. **Columbia Law Review**, vol. 114, 2014.

> *overruling* no caso desfavorável, não importando a natureza drástica de tal ação. Mas uma terceira opção restaria possível. Ao invés de aplicar o precedente ou de revogá-lo, você poderia "amassá-lo" (*narrow*).[19]-[20]

Ou seja, trata-se de um equívoco que envolve retroatividade da norma prescricional não benéfica em prejuízo do réu, vedada por representar norma *ex post facto*, ferindo de morte preceitos elementares sobre o Princípio da Legalidade Estrita e sobre a Lei Penal no Tempo, embora se saiba que é admitida a combinação de leis (*lex tertia*), mas apenas quando isso beneficiar o réu, como já decidido pelo próprio STF (RE 600.817 MS, de 07/11/2013).

Isso é absolutamente preocupante, pois a manipulação do precedente (inaplicável ao caso concreto a partir de premissas fáticas e jurídicas diversas) realizada pelos prolatores dos 5 votos vencidos tem a possibilidade de se fazer majoritária quando do julgamento do Tema da Repercussão Geral n. 788 (ARE 848107), a ser julgada em 10/06/2021, cuja tese discutida é a prescrição criminal (o termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado ocorreria a partir do trânsito em julgado para a acusação ou a partir do trânsito em julgado para todas as partes?), considerando-se, ainda, a mudança de composição da Corte nos próximos dias.

E a essência do caso do Tema de Repercussão Geral n. 788 é exatamente a presunção de inocência nos casos da antiga conformação judicante sobre o entendimento da possibilidade ou não da execução provisória da pena, conforme registrou o ministro Marco Aurélio: [sobre] "precedentes do Tribunal [que] são de período em que se admitia até a execução provisória, afastada do cenário jurídico pelo aludido princípio [da presunção de inocência]".

E concluiu: "Em tese, não podendo o Ministério Público executar o título condenatório, descabe cogitar do início do prazo prescricional". A prescrição penal não pode ser analisada em desfavor do réu, com mixagens legais e jurisprudenciais de precedentes não convergentes sobre os mesmos temas, razão pela qual a comunidade jurídica deve observar com muita preocupação os 5 (cinco) votos vencidos no AI 794971 (2021), o equívoco da interpretação sobre o suposto precedente do HC 86.125/SP (2005), e o futuro julgamento do Tema 788 nos próximos dias, a partir do ARE 848107.

Afinal de contas, uma Suprema Corte que não prima pelo papel de protetora da rigidez da Constituição e, portanto, de sua supremacia, e que não está segura

19 PÁDUA, Thiago Aguiar de. **Análise da prática decisória do STF**: o Precedente e as 11 dimensões funcionais da 'ratio decidendi' a partir de Pierluigi Chiassoni. Brasília, 2015.

20 RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. **Columbia Law Review**, vol. 114, 2014.

do seu papel de protetora de Direitos Fundamentais, aliada à não percepção da mudança de paradigma do sentido da Constituição, não pode ser chamada de Corte Suprema em sentido contemporâneo.

Confundem os 5 (cinco) votos vencidos o papel de guardiã da Constituição com o incabível papel de "combatente do crime". De igual modo, uma comunidade jurídica que não se mostre crítica, apontando problemas de lacunas e antinomias sobre a proteção de Direitos Fundamentais, e igualmente não perceba seu papel num modelo Constitucional garantista, também demonstra não estar em sintonia com o sentido de dever e de proteção constitucional, conforme a famosa lição de Luigi Ferrajoli[21].

Em última análise, o quadro é de manipulação equivocada do precedente (*narrowing precedent*) combinada com a interpretação da prescrição a partir de um modelo não garantista, em desconformidade com os *principia iuris*[22-23-24], discricionário, solipsista fundado no indevido paradigma da consciência[25-26], inseridos no texto de desfiguração da Constituição de 1988.

À toda evidência, não se aplicaria o referido precedente ao caso Edmundo, pois referido REsp não foi inadmitido na origem, tendo sido admitido pelo TJRJ, enviado ao STJ, que analisou e desproveu seu mérito em 2003, com o efeito substitutivo dos recursos, substituindo a decisão anterior, ou seja, entre 2003 e 2021 transcorreram nada menos do que 18 (dezoito) anos de inércia estatal, num caso cuja prescrição é de 8 (oito) anos.

Os prolatores dos 5 votos vencidos, ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux, Alexandre de Moraes e Rosa Weber, trilharam um caminho jurídico que decidiu aplicar, *in casu*, um suposto precedente (embora inaplicável ao caso), com questões fáticas distintas e *ratio decidendi* diferentes, que sugere a reflexão sobre o chamado "modelo brasileiro de precedentes".

De fato, existe uma muito séria discussão entre diversos autores brasileiros com pensamentos e fundamentos teóricos distintos acerca das muitas nuances

21 FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 31.

22 FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** Teoria del derecho y de la democracia. 1. Teoria del derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

23 FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** Teoria del derecho y de la democracia. 2. Teoria de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

24 FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** Teoria del derecho y de la democracia. 3. La sintaxys del derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

25 STRECK, Lenio. **O que é Isto - Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Do advogado, 2017.

26 PÁDUA, Thiago Aguiar de. Jurisprudência Líquida: Reflexões críticas sobre a fragilidade jurisprudencial brasileira. **Revista Thesis Juris**, 2016.

sobre o papel do precedente na teoria do direito, como Guilherme Marinoni[27]-[28], Daniel Mitidiero[29]-[30], Lenio Streck[31]-[32]-[33]-[34]-[35] e Hermes Zanetti Jr.[36], para citar os principais autores brasileiros que divergem entre si.

Aliás, o referido e invocado "precedente" é oriundo de um julgamento da 2ª Turma, à época composta pelos ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Carlos Velloso e o ministro Joaquim Barbosa, relator originário, além da própria ministra relatora, que cuidou de um caso relativamente simples, um crime de lesão corporal (art. 129 do CPB), com condenação do paciente a uma pena de 4 meses de detenção, cujo marco prescricional era de 2 anos, antes da promulgação da Lei nº 12.234, de 2010, que alterou para 3 anos (art. 109, VI, do CPB).

Portanto, conforme observado pela Ministra Ellen Gracie no suposto precedente (HC 86.125/SP), a lesão corporal ocorreu em 06.01.2001; a denúncia fora recebida em 06.08.2001; sentença condenatória é datada de 15.05.2002; o acórdão da Apelação publicado em 07.01.2003; e, os posteriores Recursos Especial e Extraordinários foram inadmitidos na origem, diferente do Caso Edmundo.

Naquele momento (julgamento ocorrido em 2005) inexistia a alteração ocorrida no art. 109, IV, do CPB, por meio da Lei nº 11.596, de 2007 (que acrescentou como marco interruptivo da prescrição, além da publicação da sentença penal condenatória, também a publicação do "acórdão condenatório recorrível"). Por tal motivo, obviamente, a ministra Ellen Gracie observou em seu voto: "O aresto confirmatório da condenação, é certo, não é marco interruptivo da prescrição".

Por isso não se cogitou, à época, de acórdão como marco interruptivo da prescrição e, ainda, o raciocínio seguinte da Ministra Ellen Gracie:

> O órgão de segundo grau de jurisdição atuou a tempo e modo. O Estado não descurou de sua função jurisdicional. Está encerrada, portanto, a fase da prescrição da pretensão punitiva. Outra fase - a da prescrição da pretensão executória - terá início. E a partir do trânsito em julgado da condenação. Recursos especial

27 MARINONI, Luis Guilherme. **Precedente Constitucional**. São Paulo: RT, 2023.

28 MARINONI, Luis Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: RT, 2019.

29 MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: RT, 2021.

30 MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação: da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

31 STRECK, Lenio. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2020.

32 STRECK, Lenio. **Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?** Conjur, 22 setembro de 2016.

33 STRECK, Lenio. **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II**. Conjur, 29 de setembro de 2016.

34 STRECK, Lenio. **Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III**, 6 de outubro de 2016.

35 STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes? Porto Alegre: Do Advogado, 2015.

36 ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 5ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 2021.

> e extraordinário, eventualmente interpostos, quando muito, protrairão o início da contagem dessa nova modalidade de prescrição que tem a ver com a pretensão executória, mas não afetam, porque já exaurida, a prescrição da pretensão punitiva.

Além disso, entendendo a ministra Ellen Gracie que o caso seria de eventual possibilidade de tratar da prescrição da pretensão executória, e não da prescrição punitiva, concluiu: "(...) *desse tipo de prescrição não cuidou a inicial*".

Quanto a possibilidade de se buscar afastar o trânsito em julgado, observou a ministra Ellen Gracie, a partir das lições de Ada Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarence Fernandes[37], que o recurso capaz de impedir a coisa julgada "*é o recurso admissível" e, portanto, se o STF ou o STJ "confirmando o que decidido no juízo de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento retroagem*". Aqui a discussão sensível do processo civil sobre conhecimento e não conhecimento do recurso, e da recorrente forma atécnica dos tribunais em não realizarem dita distinção de maneira ortodoxa, e os diversos fatores de diferenciação entre os processos civil e penal.

Pois bem, com base nesse "precedente" de Juizado Especial Criminal, 5 (cinco) ministros do STF (Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux, Alexandre de Moraes e Rosa Weber) entenderam que não seria possível reconhecer a prescrição no caso Edmundo (AI 794971), dizendo, ainda, que não seria possível falar em prescrição da pretensão executiva, pois entre a distribuição do caso ao STF e a data de julgamento em 2021 houve a oscilação jurisprudencial sobre a presunção de inocência, o que não permitiria a execução provisória da pena, considerando decisão judicial exógena como causa "interruptiva da prescrição", violando com esse raciocínio o princípio da legalidade estrita (aliás, como a própria Corte já havia feito em 2017 no RE 966.177, rel. min Luiz Fux, no caso da suspensão da prescrição decorrente do reconhecimento da repercussão geral de processos criminais, mesmo sem previsão legal).

O argumento dos 5 votos vencidos foi deveras curioso, pois quando do julgamento do precedente invocado, ocorrido em 16/08/2005, existia a possibilidade de execução provisória da pena, eis que aplicava-se no STF o entendimento de que a presunção de inocência não obstava o cumprimento provisório da pena a partir da interposição de recurso sem efeito suspensivo, algo que só mudaria a partir de 2009, quando o STF julgou o HC 84.078, com o voto do ministro Eros Grau, demonstrando o efeito sistêmico de qualquer mudança.

37 FERNANDES, Antônio Scarence; GRINOVER, Ada; GOMES FILHO Antônio Magalhães. **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1996.

Curioso também foi o fato de que um dos ministros que participou do julgamento precedente invocado, o ministro Joaquim Barbosa, também foi relator originário do Caso Edmundo, e ele teve entendimento diametralmente oposto ao dos 5 ministros que ingressaram depois no Tribunal, prolatores dos votos vencidos, e que não participaram do julgamento precedente.

Referida (des)orientação acaba por violar os princípios da presunção de inocência, legalidade estrita e irretroatividade da Lei Penal não benéfica, com mixagem de leis e supostos "precedentes" (*lex tertia*) em desfavor do Réu, neste último caso, inclusive, em desrespeito também à jurisprudência do próprio STF, tornando os votos vencidos absolutamente preocupantes do ponto de vista jurídico, que ainda podem ser submetidos ao teste de Canaris, como elemento identificador adicional de sua disfuncionalidade teórica.

## 4 Falseabilidade de Canaris e o papel dos "Precedentes" no voto vencido

Em famoso texto publicado em 1993, o professor Claus-Wilhem Canaris desenvolveu as clássicas ideias de que nos valemos neste segundo momento crítico para analisar a perspectiva teórica dos votos vencidos no caso Edmundo no STF, num crivo crítico do teste da falseabilidade das teorias jurídicas.

Segundo Canaris, as teorias ocupam lugar de destaque no labor prático dos juristas, vale dizer, os manuais estão repletos de teorias, os estudantes as aprendem, e a jurisprudência também as utiliza com muita frequência, embora a literatura que se ocupe das teorias seja muito mais escassa, citando, sob sua perspectiva, que o trabalho mais relevante sobre a análise teórica seja o texto do professor Ralf Dreier (*Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz*)[38], alegando, ainda, que essa escassez literária seria atribuída à propagação da desconfiança sobre a ineficácia das teorias a partir da superação da jurisprudência dos conceitos[39] e da problematização do pensamento[40].

De fato, o zelo teórico não tem sido a tônica dos tribunais, e não podemos perder de vista o fato de que, aquela que provavelmente é a maior obra teórica sobre os precedentes no direito comparado, a monumental pesquisa organizada por Neil MacCormick e Robert Summers, também cuida do tema do precedente na

38 Texto clássico, que encontra guarida na coletânea mais ampla e conhecida. Cfr. DREIER, Ralf. Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz. In: **Recht - Moral - Ideologie**. Suhrkamp, 2015.

39 Sobre o tema, veja-se o verbete "jurisprudência dos conceitos" no dicionário de hermenêutica de Lenio Streck, e, ainda, nossa tradução de "No Paraíso dos Conceitos Jurídicos", de Jhering (no prelo), para maiores referencias. Cfr. STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica:** Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 106; JHERING, R. Von, «Nel cielo dei concetti giuridici», **in Serio e faceto nella giurisprudenza**, trad. di F. Vassalli, Firenze, 1954; JHERING, R. Von. **Scherz Und Ernst In Der Jurisprudenz**. Viena: Linde, 2009 [1884].

40 CANARIS, Claus-Wilhelm. Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. **Juristenzeitung**, 1993, p. 377-391.

Alemanha sob os auspícios de Ralf Dreier e Robert Alexy, com impressivas marcas de cuidado teórico[41].

E os dois mencionam, sobre o sentido de "Precedente" (*Präjudiz*), que este é a "decisão anterior possivelmente relevante para um caso atual a ser decidido", pressupondo "algum tipo de vinculação", muito embora seu uso no discurso jurídico não implique "em nada definitivo sobre a natureza ou a força dessa vinculação". A perspectiva é inicialmente reducionista: "O fato de ser relevante para qualquer decisão futura é suficiente", sendo certo que se houver lei escrita o papel do precedente será nenhum ou quase nenhum[42].

Mas, ao contrário, se não houver lei escrita, ou se ela for insuficiente, aí o papel do precedente será relativamente mais importante, como mencionam: "Se o caso puder ser decidido de acordo com o texto de uma lei, os precedentes não desempenharão nenhum ou quase nenhum papel. Se não houver uma lei relevante ou se a lei escrita precisar de adequação teórica, os precedentes terão um papel importante"[43].

É que o modelo alemão, em perspectiva comparada, adota ao menos dois tipos de precedentes (os precedentes "interpretativos" e os precedentes "substitutivos"), despenhando papéis distintos. Observam Alexy e Dreier: "no sistema alemão a maioria dos campos do direito é regulada pela lei escrita, e, assim, os precedentes interpretativos desempenham um papel muito maior do que os precedentes que substituem a lei", mas que fique bem entendido, em muitas decisões: "os precedentes interpretativos são mais importantes do que o raciocínio acadêmico ou que os pareceres jurídicos"[44].

Nossa referência ao modelo alemão se deve a três fundamentos, quais sejam, nossa tradição radicar em forte influência do modelo romano germânico (*civil law*), com temperos de *common law* "tropical", mas fundamentalmente porque além disso, usamos aqui a crítica do teste teórico de Canaris, pesadamente influenciado por Ralf Dreier, a partir de quem abordamos aspectos relativos ao uso dos precedentes, e, por fim, a profunda influência germânica sobre o direito penal brasileiro.

41 MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Londres: Routlege, 1997, p. 17.

42 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Precedent in the Federal Republic of Gennany**. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Londres: Routlege, 1997, p. 23.

43 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Precedent in the Federal Republic of Gennany**. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Londres: Routlege, 1997, p. 23.

44 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Precedent in the Federal Republic of Gennany**. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Londres: Routlege, 1997, p. 23-24.

Assim, prosseguimos com Canaris, para dizer que a teoria se apoia num certo grau de universalidade, algo que o próprio Karl Popper irá utilizar para fundar sua perspectiva da moderna filosofia da ciência: 'as teorias científicas são enunciados universais', muito embora não seja qualquer amontoado de enunciados que merecem a denominação de teoria, exigindo, antes, um conjunto de conhecimentos ordenados de maneira sistemática e organizados de maneira principiológica, sendo certo que no âmbito da ciência do direito a função das teorias consiste, primordialmente, em tornar as normas mais compreensíveis com a ajuda dos conceitos jurídicos, conectando-os com os princípios gerais do direito[45].

Com efeito, e para além (e a partir) de uma função estruturalista das teorias (*structuralistische Theorienkonzept*), tratemos dos chamados "vícios das teorias jurídicas", em termos de consistência e verificabilidade, para que possam ser aceitas ou refutadas. Assim, uma teoria carece de eficácia quando é tautológica (autoexplicativa). A seu turno, diante da falta de capacidade delimitadora, também deve ser negada efetividade a uma teoria. Por sua vez, em termos de coerência, uma teoria deve ser reputada incoerente quando contiver uma "contradição lógica", já que possuindo esse vício "é possível deduzir da teoria qualquer proposição, inclusive uma proposição contrária a ela"[46].

Também são inadmissíveis as "contradições valorativas", que permitem tratamento diferente (soluções diferentes) sem razão objetiva suficiente, permitindo a citação de Hegel: "pior para o direito escrito, se não coincide com a teoria", complementando-se o raciocínio sobre a inconsistência de uma teoria quando ela dá lugar a uma exceção sem apontar razões convincentes e compatíveis com suas premissas[47].

Por linha argumentativa similar, também observamos que se os defensores de uma teoria a violam mediante exceções inconsistentes, não significa manifestação de arbitrariedade ou insensatez, mas apenas significa que os resultados a que conduziriam sua teoria lhes parecerá inadequado por uma razão alheia a ela mesma, dando lugar a questão sobre se (e como) se pode contrastar uma teoria jurídica através de suas consequências – a insustentabilidade dos resultados ou conclusões[48].

Como se percebe, uma tal maneira de agir possui inegável similitude com o falsificacionismo de Karl Popper, uma vez que as teorias podem ser testadas (e falsificadas) através da comparação com "enunciados básicos" ou "enunciados de

45 CANARIS, Claus-Wilhelm. Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. **Juristenzeitung**, 1993.
46 CANARIS, Claus-Wilhelm. Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. **Juristenzeitung**, 1993.
47 CANARIS, Claus-Wilhelm. Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. **Juristenzeitung**, 1993.
48 CANARIS, Claus-Wilhelm. Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. **Juristenzeitung**, 1993.

contraste", e, muito embora Popper somente tenha em consideração teorias empíricas, como no exemplo da alegação de serem todos os corvos negros, falseada pela observação de corvos brancos no zoológico, e muito embora isso não possa ser feito, em regra, pelo modelo jurídico, ainda assim é possível tratar de um "falsificacionismo jurídico", já que um enunciado universal pode entrar em contradição com um enunciado básico[49].

Observamos, ainda, que uma teoria jurídica pode ser contrastada e falseada mediante a comparação com enunciados básicos, que por sua vez são fundados na norma jurídica, na Lei ou nos demais mecanismos de Direito, que não admitem aplicação de "*hipotesis ad hoc*", e a demonstração de que uma teoria jurídica é incorreta conduz a sua inaplicabilidade em sua atual formulação, que eventualmente pode ser totalmente reformulada[50].

Pois bem, dito isto, podemos concluir que os 5 votos vencidos no caso Edmundo no STF fizeram a aplicação de raciocínio jurídico que pode ser chamado de aplicação teórica do direito, admitindo, neste sentido, sua submissão ao teste de falsificação, como proposto por Canaris, uma vez que sobre os fatos apresentaram proposição de solução jurídica.

Propuseram, como já destacado, que: (a) o trânsito em julgado não precisa ser declarado para o caso da prescrição da pretensão punitiva; (b) o trânsito em julgado precisa ser declarado para o caso da prescrição da pretensão executória; (c) os recursos especial e extraordinário tidos por inadmissíveis não impedem a formação da coisa julgada e não interrompem a prescrição; (d) a prescrição não interrompida, com transito em julgado não declarado expressamente, mas reconhecido de forma tácita, não permite o início da execução da pena, mas tampouco dá início a contagem da prescrição da pretensão executória; (e) a prescrição não é mais regulada pela lei escrita, devendo ser reinterpretada à luz da presunção de inocência, muito embora em prejuízo do réu presumidamente inocente, num caso de verdadeira imprescritibilidade.

No primeiro item, observamos a contradição evidente, pois o trânsito em julgado está mencionado no art. 6º, §3º, também abrigando da LINDB: "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso", e o cabimento ou não deve ser declarado judicialmente, inclusive com a certidão de trânsito em julgado.

O segundo item entra em contradição com o primeiro, sem nenhuma justificativa objetiva racional e lógica contradição evidente.

49 CANARIS, Claus-Wilhelm. Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. **Juristenzeitung**, 1993.

50 CANARIS, Claus-Wilhelm. Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. **Juristenzeitung**, 1993.

O terceiro item não se fundamenta em aspectos teóricos, como deveria fazer, distinguindo entre os juízos de conhecimento e não conhecimento, e de mérito (provimento e desprovimento do recurso), mas sim em elemento prático do senso comum acerca da admissão e da inadmissão, que não permite saber se fala de conhecimento ou de mérito, fato inclusive já superado pela própria jurisprudência do STF, como ressaltado no RE 196.430, rel. min. Sepúlveda Pertence, de 11.1997. Além disso, por fim, admitindo-se que o conceito de recurso inadmissível seria aquele sobre o qual não se "conhece" do recurso especial ou extraordinário, não há fundamento para que esse "não conhecimento" não impeça a formação da coisa julgada.

Por sua vez, o quarto item alberga contradição brutal e inaceitável quando abriga o conceito e sua negação expressa: diz que houve trânsito em julgado (mas não interrompeu a prescrição) que continuaria a "correr", mas ao mesmo tempo não sai do lugar, impedindo a execução da pena e também o início da fruição do prazo da prescrição executória.

Em último lugar, o quinto item agasalha contradição igualmente brutal e inaceitável, ao mencionar que a prescrição não obedeceria mais ao previsto na legislação escrita, mas deve ser reinterpretada desde a forma como se regulou um dos aspectos processuais da presunção de inocência (o início do cumprimento da pena), mas não quanto ao elemento material da mesma presunção de inocência, significando a aplicação tácita de uma teoria da prescrição não baseada na lei, e nem tampouco explicitada pelo raciocínio jurídico, mas em todo o caso uma teoria da prescrição que não encontra fundamento na Constituição Federal.

Ao fazerem isso, os 5 votos vencidos aplicam um precedente anterior, oriundo da relatoria da ministra Ellen Gracie, o HC 86.125/SP, julgado em 02.09.2005, realizando o "amassamento do precedente" (*narrowing precedente*), que é absolutamente incompatível com o caso concreto que estava em julgamento, o caso Edmundo, adotando uma concepção jurídica de precedente que foge aos elementares aspectos de jurisprudência e de precedente, perfilhando caminho solipsista e voluntarioso do paradigma da consciência, tornando equivocado tanto o procedimento quanto o grupo de argumentos por ele veiculados, tornando inadmissível a utilização dos referidos argumentos e momentos ou julgamentos futuros.

## 5 Considerações Finais

Após as observações traçadas sobre o caso Edmundo no STF, podemos concluir que se tratou de um caso relativamente conhecido, embora os argumentos judiciais permaneçam pouco debatidos, seja com relação aos votos vencedores ou aos votos vencidos, estes últimos dotados de alta carga de antijuridicidade.

Os argumentos perfilhados pelos votos vencidos, registre-se, são insustentáveis, não se tratando de mero desacordo teórico, mas de efetiva e demonstrável violação à ordem jurídica, comportando críticas acadêmicas acerca da concepção do uso e manejo dos precedentes, ou dos fundamentos jurídicos mesmos, sobre a concepção de trânsito em julgado, e seu momento, além de seus efeitos no processo penal.

Além disso, também presente a inaceitável dicotomia entre trânsitos julgados diferentes, seja para a pretensão punitiva ou a pretensão executória, e o manejo da presunção de inocência em prejuízo do réu, e a adoção de uma concepção teórica de prescrição dissociada de seus fundamentos legais, que permitiu a realização do teste de falsificação teórica de Canaris, sugerindo que os argumentos dos votos vencidos não devem ser reutilizados em momentos ou julgamentos futuros.

Não obstante os votos vencidos e vencedores, é preciso repensar a aplicação do Direito e as efetivas bases teóricas que temos utilizado, ressignificando não apenas o papel da Suprema Corte, mas da própria comunidade acadêmica e do necessário papel garantista do próprio sistema de justiça. É necessário reforçar as pilastras iluministas do Direito Penal como instrumento de contenção que é, sobretudo, após o esforço de Beccaria e de inúmeros outros progressistas, forjando as bases de uma verdadeira proteção constitucional que faça chegar até nós a compreensão e a clareza do sentido e do significado do que significa os postulados da legalidade estrita, da presunção de inocência, da forma como garantia do Acusado, da autonomia e distinção processual penal contra uma indevida Teoria Geral do Processo, e, é claro, da não retroatividade normativa maléfica em prejuízo do réu.

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Precedent in the Federal Republic of Gennany**. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Londres: Routlege, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien. **Juristenzeitung**, 1993.

CHAVES JR., Airto; PÁDUA, Thiago Aguiar de. O common law e o direito brasileiro: um olhar crítico sobre o decreto 848/1890 e a esquecida decisão de 1902 do Supremo Tribunal Federal. **Revista do IHGB**, a. 182, vol. 487, set./dez. 2021.

DREIER, Ralf. Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz. In: **Recht - Moral - Ideologie**. Suhrkamp, 2015.

FERNANDES, Antônio Scarence; GRINOVER, Ada; GOMES FILHO Antônio Magalhães. **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** Teoria del derecho y de la democracia. 1. Teoria del derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** Teoria del derecho y de la democracia. 2. Teoria de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoria del derecho y de la democracia**. 3. La sintaxys del derecho.

Madrid: Editorial Trotta, 2011.

JHERING, R. Von, «Nel cielo dei concetti giuridici», in **Serio e faceto nella giurisprudenz**a, trad. di F. Vassalli, Firenze, 1954.

JHERING, R. Von. **Scherz Und Ernst In Der Jurisprudenz**. Viena: Linde, 2009 [1884].

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Londres: Routlege, 1997.

MACHADO, Fabio Guedes de Paula. **Prescrição Penal: Prescrição funcionalista**. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luis Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: RT, 2019

MARINONI, Luis Guilherme. **Precedente Constitucional**. São Paulo: RT, 2023.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação: da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: RT, 2021.

MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 56, n. 2, 1961.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. **Análise da prática decisória do STF**: o Precedente e as 11 dimensões funcionais da 'ratio decidendi' a partir de Pierluigi Chiassoni. Brasília, 2015.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. Jurisprudência Líquida: Reflexões críticas sobre a fragilidade jurisprudencial brasileira. **Revista Thesis Juris**, 2016.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. **O "common law" tropical e o "caso Marbury v. Madison brasileiro"**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. **Columbia Law Review**, vol. 114, 2014.

SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição penal e imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

STRECK, Lenio. **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II**. Conjur, 29 de setembro de 2016.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio. **O que é Isto - Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Do advogado, 2017.

STRECK, Lenio. **Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?** Conjur, 22 setembro de 2016.

STRECK, Lenio. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2020.

STRECK, Lenio. **Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III**, 6 de outubro de 2016.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes? Porto Alegre: Do Advogado, 2015.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 5ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. Prefácio in: FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos Fatos nos Recursos Extraordinário e Especial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

# ADPF 635/RJ – A ÉGIDE DOS "CABEÇAS DE PORCO"

*(ADPF 635/ RJ - THE AEGIS OF THE "PIG HEADS")*

***Ana Luísa Morais Barbosa***[1]

***Felipe Morais Barbosa***[2]

**RESUMO**: O presente artigo tem por finalidade analisar os fundamentos, fáticos e jurídicos, utilizados na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 635, oriunda do Rio de Janeiro, relacionados a operações policiais em comunidades fluminenses durante a epidemia de COVID-19. Objetiva-se realizar uma breve análise histórica do comportamento do estado brasileiro, notadamente no campo da política criminal e social, em detrimento das "minorias qualitativas", com especial recorte racial, desde a abolição da escravidão até os dias atuais. Ao fim, demonstrar-se-á que pouca ou nenhuma alteração ocorrera, repetindo nos dias atuais a lógica empregada na destruição do maior cortiço brasileiro, "Cabeça de Porco".

**PALAVRAS-CHAVE**: Minorias qualitativas. Racismo. Estado Policial.

**ABSTRACT***:* The purpose of this article is to analyze the factual and legal grounds used in the allegation of non-compliance with fundamental precept n. 635, from Rio de Janeiro, related to police operations in Rio de Janeiro communities during the COVID-19 epidemic. The objective is to carry out a brief historical analysis of the behavior of the Brazilian state, notably in the field of criminal and social policy, to the detriment of "qualitative minorities", with a special racial focus, from the abolition of slavery to the present day. In the end, it will be demonstrated that little or no change occurred, repeating today the logic employed in the destruction of the largest Brazilian tenement, "Cabeça de Porco".

**Keywords**: Qualitative minorities. Racism. Police State.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução; 2 ADPF 635/ RJ – Da retroescavadeira ao blindado; 3 Conclusão; Referências bibliográficas

## 1 Introdução

A escravidão sempre existiu. A história comprova que, por diversos motivos, sociedades escravizavam os seus semelhantes e os demais povos. A etimologia demonstra que o termo original em latim é *slavus*, que remete aos eslavos, povos indo-europeus que habitam principalmente a Europa central e oriental, tais como poloneses, russos, sérvios, eslovacos.

1 Doutora em Ciência da Religião pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF.

2 Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Grandes monumentos foram construídos por intermédio do trabalho escravo, a exemplo das Pirâmides do Egito, Coliseu de Roma e a Muralha da China.

Conforme aponta LAURENTINO[3], a escravidão é um fenômeno tão antigo quanto a história da humanidade. Da Babilônia ao Império Romano, da China Imperial ao Egito dos Faraós, desde os povos pré-colombianos da América, incontáveis seres humanos foram comprados e vendidos.

A escravização do europeu em África, contudo, possuí características peculiares. Nunca um povo tinha sido escravizado em razão da "cor" de sua pele. Era o início do subjugamento de forma sistemática do negro pelo branco. A escravidão africana é o grande sustentáculo do processo de colonização do continente americano, a partir do século XVI.

O Brasil foi o país que mais recebeu escravos (cerca de 5 milhões) vindos principalmente do Congo e de Angola. Também é o Estado-nação que por mais tempo manteve a economia baseada no sistema escravagista. Além de ser o último pais das Américas a abolir a escravidão.[4]

A mão de obra africana esteve presente na exploração do pau-brasil, no ciclo da cana-de-açúcar, no ciclo do ouro, borracha, algodão e no ciclo do café. O Brasil adotou o sistema escravagista em toda a sua extensão territorial.

Foram mais de 300 anos de escravidão sistêmica. De construção de estruturas estatais, socioeconômicas, alicerçadas na exploração, imposição, privilégios, conceitos, preconceitos, e valorização da *branquitude*. Isso tem um peso na nossa história e não desaparece em um piscar de olhos. Ao contrário, as tensões sociais visam a manutenção do status anterior.

A abolição, infelizmente, não adveio de um ato *heroico-humanitário*. Ao contrário, fora resultado de pressões externas e um acordo de elites para manutenção das castas sociais. Em 1845 a Lei Inglesa - *Bill Aberdeen* **-** proibiu o tráfico de escravos pelo Atlântico. Paulatinamente, leis nacionais como a Lei Eusébio de Queirós **(**1850)[5], Lei do Ventre Livre **(**1871)[6], Lei dos Sexagenários **(**1885)[7], restringiam a prática do trágico negro. Em 13 de maio de 1888 fora promulgada a Lei Áurea.[8]

3 LAURENTINO, Gomes. Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares, volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p.25.

4 LAURENTINO, Gomes. Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares, volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p.24.

5 BRASIL. Lei Eusébio de Queirós – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm>.Acesso em 05 de jul de 2021.

6 BRASIL. Lei do Ventre Livre – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>.Acesso em 05 de jul de 2021.

7 BRASIL. Lei dos Sexagenários – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3270.htm>.Acesso em 05 de jul de 2021.

8 BRASIL. Lei Áurea. - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm>. Acesso em 05 de jul de 2021.

No país que mais recebeu escravos, os utilizou por mais tempo e em toda extensão territorial, a abolição não ocorreu mediante a práticas sociais, assistenciais e/ou indenizatórias. Não houve reforma agrária. Ao contrário, no decorrer do processo, promulgou-se a Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850 (Estatuto da Terra)[9] que estabelecia o fim da apropriação de terras através do trabalho (sistema de sesmarias). A norma tinha uma finalidade específica, impedir que o negro virasse o dono da terra. Terra essa que fora ofertada ao imigrante branco europeu.

O negro, ex-escravo, analfabeto, sem recursos, foi jogado a própria sorte. Não bastasse isso, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890[10], criminalizou a cultura negra e tudo que a norteava. As práticas da capoeiragem, do candomblé, do samba de terreiro, eram delituosas. A vadiagem também. Bastaria não conseguir trabalho (preferencialmente ofertado ao branco europeu em um processo de *eugenização* na raça), sem ter recursos para se manter, que o negro "voltaria a senzala". A lógica era elementar: vamos libertar para depois prender.

Exemplificando, cita-se o artigo 402 do *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil*:

> Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercício de agilidade e destreza corporal conhecido pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumulto ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal;
>
> *Pena — de prizão cellular por dois a seis mezes* (593).

Conforme aponta SCHWARCZ:

> No Brasil, o sistema escravocrata transformou-se num modelo tão enraizado que acabou se convertendo numa linguagem, com graves consequências. Grassou por aqui, do século XVI ao XIX, uma escandalosa injustiça amparada pela artimanha da legalidade(…) E sendo assim, a escravidão foi bem mais que um sistema econômico: ela moldou condutas, definiu desigualdades sociais, fez de raça e cor marcadores de diferença fundamentais, ordenou etiquetas de mando e obediência, e criou uma sociedade condicionada pelo paternalismo e por uma hierarquia muito estrita.[11]

A recém-liberta população escrava, em busca de trabalho e meios de subsistência, migra para grandes cidades, principalmente a capital da época, o Rio de

9 BRASIL. Estatuto da Terra – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm>. Acesso em 05 de jul de 2021.

10 BRASIL. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>.Acesso em 05 de jul de 2021.

11 SCHWARCZ, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. 1ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p.27-28.

Janeiro. O movimento desordenado, tumultuado e não assistido pelo Estado, faz surgir os primeiros cortiços, espécie de habitações coletivas precárias de aluguel. O romance naturalista do brasileiro Aluísio de Azevedo, publicado em 1890, "O Cortiço", já denunciava a exploração e as péssimas condições de vida dos moradores destas construções cariocas.

Nas palavras de AZEVEDO:

> Entretanto, das portas surgiam cabeças congestionadas de sono; ouviam-se amplos bocejos, fortes como o marulhar das ondas; pigarreava-se grosso por toda a parte; começavam as xícaras a tilintar; o cheiro quente do café aquecia, suplantando todos os outros; trocavam-se de janela para janela as primeiras palavras, os bons-dias; reatavam-se conversas interrompidas à noite; a pequenada cá fora traquinava já, e lá dentro das casas vinham choros abafados de crianças que ainda não andam. No confuso rumor que se formava, destacavam-se risos, sons de vozes que altercavam, sem se saber onde, grasnar de marrecos, cantar de galos, cacarejar de galinhas. De alguns quartos saiam mulheres que vinham pendurar cá fora, na parede, a gaiola do papagaio, e os louros, à semelhança dos donos, cumprimentavam-se ruidosamente, espanejando-se à luz nova do dia. [12]

A solução aristocrática, mais uma vez, fora fechar os olhos para aquela classe incômoda e por fim ao "entrave" ao desenvolvimento e progresso nacional. O *slogan* era "embranquecer" e "higienizar". Os cortiços não eram bem-vindos. Tal fato é materializado com a derrubada, por ordem do prefeito do Rio de Janeiro, Dr. Barata Ribeiro, do "Cabeça de Porco", maior cortiço situado no centro do Rio de Janeiro. Os poucos pertences dos moradores, foram destruídos e vieram abaixo, junto ao cortiço. A zona sul e os jornais da época enalteciam o ocorrido.

De acordo com CHALHOUB:

> Em geral, as notícias sobre o episódio louvavam a decisão e a coragem do prefeito com alusões à mitologia greco-romana. Em estilo gongórico, bastante comum na imprensa do período, a Gazeta transfigurava o prefeito em Perseu, e o Cabeça de Porco em Cabeça de Medusa: assim, ficamos informados que a ação de Barata foi tão corajosa quanto a do filho de Júpiter, que viajou até as proximidades do inferno para dar cabo de um monstro de cabeça enorme e cabeleira de serpentes, temido pelo próprios imortais. Já no Jornal do Brasil, havia receio de que a estalagem fosse como "uma hidra igual à dos que nos fala a mitologia". A hidra era uma serpente de múltiplas cabeças, cujo o hálito venenoso matava a todos os que dela se aproximavam. Se cortadas, estas cabeças tinham a propriedade de renascer. Ou seja,
>
> o Jornal do Brasil parecia temer que o Cabeça de Porco pudesse ressurgir. Na mitologia, a derrota da hidra foi um dos trabalhos de Hércules. A moral da história do JB é que o Barata Ribeiro, homem pequeno e magricela, devia ser um

12 AZEVEDO, Aluísio. O cortiço. 3.ed. Jandira – SP: Principis, 2019. p.28-29

> Hércules dos 'novos tempos', e sua missão era purificar a cidade, livrando-a definitivamente daquele mundo de imundície.[13]

Pós Império, e inaugurando a República, a ideia da necessidade de substituir o velho (ligado ao regime anterior) pelo novo (de acordo com os novos dogmas republicanas) tornou-se mais forte e incisiva entre os responsáveis em pensar o espaço urbano. A doutrina *médico-sanitarista* organizou seu arsenal ideológico em prol de mudanças cada vez mais profundas sobre a configuração urbana do Rio de Janeiro. Sobretudo no que condiz à forma de moradia da população pobre, considerada imunda e fonte de miasmas que a todos afetariam.

O *Cabeça de Porco* foi abaixo em 1893, e contava com quase 4 mil moradores.[14]

A derrubada dos cortiços entremeados no centro da cidade maravilhosa, deu origem ao processo de favelização. Os "egressos" do *Cabeça de Porco*, por exemplo, juntaram alguns tapumes, poucos pertences que restaram, e subiram o morro, criando a primeira favela carioca, *Favela da Providência.*

Hoje as favelas, ou comunidades, são grandes problemas nacionais. Sem infraestrutura, saneamento básico, a classe menos favorecida que lá reside, em sua maioria descendentes dos escravos, sem estudos, sem pertencimento, desassistida, em um país com aproximadamente 14,8 milhões de desempregados/desocupados e uma taxa de desemprego/desocupação de 14,7%,[15] tenta sobreviver.

De relevo que a informalidade atingiu 41,6%[16] dos trabalhadores no país em 2019, com especial afetação da população preta ou parda.

Mas uma parcela significativa das "castas superiores" e a formalização de um Estado policialesco, norteado principalmente pela doutrina na "guerra às drogas", continua somente enxergando as favelas como um entrave ao desenvolvimento e progresso nacional. Elas enfeiam a paisagem. "Produzem" criminosos que incomodam o asfalto.

As soluções que vêm sendo adotadas, não diferem das utilizadas no passado. A questão chegou a níveis alarmantes de violação reiterada de direitos fundamentais das "minorias qualitativas". Esta situação fora reconhecida em 2015 pela

13 CHALHOUB, Sidney. Cidade Febril: cortiços e epidemias na corte imperial. São Paulo, Companhia das letras, 1996, p.19.

14 Estado de Minas - CABEÇA DE PORCO. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/cultura/2019/01/07/interna_cultura,1019285/cabeca-de-porco.shtml>. Acesso em 06 de jul de 2021.

15 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 06 de jul de 2021.

16 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-11/ibge-informalidade-atinge-416-dos-trabalhadores-no-pais-em-2019>. Acesso em 06 de jul de 2021.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 347, oriunda do Distrito Federal, baseada na tese do Estado de Coisas Inconstitucionais, e, recentemente, na decisão proferida na ADPF n. 635, oriunda do Rio de Janeiro, que tem como pano fático operações policiais em comunidades.

## 2 ADPF 635/ RJ – Da retroescavadeira ao blindado

> E naquela terra encharcada e fumegante, naquela umidade quente e lodosa, começou a minhocar, a esfervilhar, a crescer, um mundo, uma coisa viva, uma geração, que parecia brotar espontânea, ali mesmo, daquele lameiro, e multiplicar-se como larvas no esterco.[17]

O texto acima fora extraído do livro "O Cortiço", caracterizado pela preocupação constante com as questões sociais. A sensibilidade de AZEVEDO e outros tantos, não gerou, contudo, empatia nos governantes. O Brasil se notabiliza pela inobservação da população periférica. Seja nos seus primórdios, seja nos dias atuais.

Em 16 de fevereiro de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença[18] condenando o Estado brasileiro por falhas na prevenção, apuração e punição da violência e do uso excessivo da força em duas operações policiais. Estas teriam ocorrido nos anos de 1994 e 1995 e resultaram em 26 (vinte e seis) mortos na favela *Nova Brasília*, situada no Complexo do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro.

Dentre as medidas de reparação arbitradas, a Corte ressaltou a necessidade de o Brasil adotar providências para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência oriunda das forças de segurança.

A causa de pedir remota da ADPF 635/ RJ, não difere da realidade sistematicamente apresentada no Brasil, principalmente em um contexto de "guerra às drogas", militarização e bases de uma segurança pública norteada por uma cultura de "enfrentamento".

Os fundamentos de fato da ADPF 635/ RJ consubstanciam-se, notadamente, no ocorrido dia 15 de maio de 2020 no Complexo do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro. Na oportunidade, uma operação conjunta envolvendo o BOPE (*Batalhão de Operações Policiais Especiais*) da Polícia Militar e da Desarme (*Delegacia Especializada em Armas, Munições e Explosivos*) da Polícia Civil local, resultou em 13

17 AZEVEDO, Aluísio. O cortiço. 3.ed. Jandira – SP: Principis, 2019. p.19

18 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em 05 de jul de 2021.

mortes, interrupção da energia elétrica por 24 horas e impediu a ajuda humanitária de entrega de doações e alimentos, água e material de higiene e limpeza. Além de causar pânico aos moradores da comunidade em plena pandemia.

Em termos sucintos, a decisão monocrática do Ministro relator *Edson Fachin*, proferida no dia 05 de junho de 2020, nos autos da referida ADPF, determinou:

> (i) sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID – 19, salvo, em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial;
>
> (ii) que, nos casos extraordinários de realização destas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.[19]

A decisão gerou críticas por parcela da população e da comunidade jurídica, sob o prisma de um odioso "ativismo judicial" e inviabilização das equipes vinculadas à segurança pública.

A *Associação Ministério Público Pró-Sociedade - MPPS*, presente no julgamento da ADPF 635/ RJ na qualidade de *amicus curiae*, posicionou-se contrariamente à adoção de medidas restritivas às operações policiais no Rio de Janeiro. A entidade sustenta que restrições tornariam o trabalho policial inoperante e geraria, como consequência, aumento da criminalidade e maior insegurança para as comunidades.[20]

O argumento não parece factível. A princípio, porque a decisão não restringiu, por absoluto, operações policiais. A medida judicial, simplesmente, estabeleceu o indeclinável. O mínimo necessário a se exigir de qualquer órgão estatal dentro de um Estado que se pretenda "democrático" de "direito": fundamentação, proporcionalidade na ação, notadamente por envolver bens jurídicos fundamentais, e possibilidade de controle por órgãos externos.

O impasse é que ainda se usa a lógica do *Cabeça de Porco* e o suposto entrave ao desenvolvimento nacional. A solução "aristocrática", reiteradamente fecha

19 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>.Acesso em 05 de jul de 2021.

20 SESTREM, Gabriel. Gazeta do Povo. Publicado em 21 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/julgamento-stf-operacoes-policiais-rj/>. Acesso em 05 de jul de 2021.

os olhos para uma parcela da população, produzindo respostas simplistas e inadequadas para problemas históricos e complexos: justiçamento e criação de um inimigo do Estado.

O "*Jornal Ilustrado para a Familia*", A Estação (1879-1904), ao eleger os "heróis" da segunda quinzena de janeiro de 1893, concedeu um título para o prefeito do Rio de Janeiro, Dr. Barata Ribeiro:

> *Está resolvido a acabar de uma vez por todas com uns tantos abusos inveterados, que são a vergonha dos nossos costumes, e a decretar medidas há muito tempo reclamadas pelo publico, entre estas a benemérita demolição, que já se fez, de uns pardieiros que transformavam a rua do Machado Coelho n´um escandaloso funil".*[21]

A demolição do Cortiço foi celebrada como um espetáculo. A *besta* tinha zombado por anos do poder público e dos homens de boa ventura (hoje, "cidadãos de bem"). Conforme publicação do DIARIO DE NOTICIAS do Rio de Janeiro, em 27 de janeiro de 1893:

> *Mas agora encontrou diante de si, enérgico, implacável, terrível, um homem cujas resoluções, acertadas ou não, resistem inabalavelmente a todos os obstáculos: o honrado sr. Prefeito municipal, que jurou aos seus deuses dar a cabo d´aquelle escândalo, ainda que contra a sua pessoa se revoltassem todas as immundices que para nossa destruição ali se achavam acumulados".*[22]

A destruição do *Cabeça de Porco* não foi a mera demolição de um cortiço. Na verdade, foi um espetáculo. Uma festa de inauguração. Aos olhos da elite e dos governantes, inaugurava-se, a grande estilo, um novo inimigo para combater o atraso. Hoje este inimigo é o usuário e, principalmente, traficante de entorpecentes.

O presidente da época era o *Marechal Floriano Peixoto*, apoiado pelas baixas patentes do exército, em especial pela juventude militar doutrinada pelo positivista *Benjamin Constant*. O "Marechal de Ferro" mobilizou camadas médias e baixas da população do Rio de Janeiro no que ficou conhecido como "movimento jacobino, de fortes cores nacionalistas, conforme relata VIZEU.[23]

Ao longo dos tempos, fomos doutrinados a imaginar que respostam simples e oriundas de uma visão monocular solucionam problemas complexos e interseccionais. Nos conforta pensar que temores profundos de desigualdade e problemas sociais ocorrem em virtude de um punhado de "pó", um "baseado", ou uma pedra

21 A Estação. Jornal Ilustrado para a Família. Rio de Janeiro. 31 de Janeiro de 1893. Nº2. XXIIªAnno, p.7.

22 DIARIO DE NOTICIAS. Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 1893. Ano X, Nº2754, p.1.

23 VIZEU, Rodrigo. Os presidentes: a história dos que mandaram e desmandaram no Brasil, de Deodoro a Bolsonaro. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2019.

de *crack*. As favelas são antros de dependentes e traficantes, exterminando as drogas e os mercadores, os problemas sociais se esvaem.

Olvidam que a classe menos favorecida que reside nas comunidades, em sua maioria descendentes dos escravos, sem estudos, sem pertencimento, desassistida, em um país com aproximadamente 14,8 milhões de desempregados/desocupados e uma taxa de desemprego/desocupação de 14,7%,[24] possuí poucas possibilidades de sobrevivência. Quiçá, existência digna.

A resposta estatal, mais uma vez, não advém com políticas sociais inclusivas, como verificamos pós abolição da escravidão, mas, tão somente com o Direito Penal. As retroescavadeiras que destroçaram os cortiços hoje foram substituídas por blindados com plataformas giratórias de disparos de fuzil.

O *status* de inimigo número um do Estado, a estigmatização do traficante como alguém sanguinário por natureza, uma personalidade originariamente "desviante", o núcleo irradiador de todas as mazelas sociais, autoriza com que os órgãos estatais utilizem dos conceitos de "guerra" ao lidar com a segurança pública.

A política proibicionista, que em meados do século XX ganhou a roupagem de metodologia de "guerra às drogas", ao que pese o argumento de preocupação com a "saúde individual e coletiva", sempre esteve vinculada a diversos fatores sociais, raciais, xenófobos e econômicos.

Tais quais os ideais "desenvolvimentistas" que colocaram abaixo o maior cortiço da capital no final do século XIX. Desenvolver, concretamente, fora sinônimo de descartar o "descartável".

Para utilizar uma expressão *foucaultiana* , a *biopolítica*[25] no controle dos corpos. A maneira com que o poder controla o conjunto dos indivíduos, a população. Uma técnica de poder que busca criar um estado de vida em determinada população para produzir corpos economicamente ativos e politicamente dóceis.

E não se argumente que são os próprios moradores da comunidade os beneficiados pelas intervenções militares atuais. Ao menos pela forma com que as intervenções ocorrem diuturnamente, eles são vítimas diretas. Morre o traficante, morre o policial, morre o inocente. As balas perdidas encontram um alvo.

No ano de 2015 fora instalada uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara Federal com o objetivo de investigar as causas, consequências e os custos

24 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 06 de jul de 2021.

25 FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder; tradução de Roberto Machado. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

sociais da violência, morte e desaparecimento de jovens negros e pobres no Brasil. O relatório apontou urgências na reformulação dos objetivos das policias que permanecem com a extensão de um exército para combater um "inimigo interno".

Concluiu-se que a Polícia precisa ser vista como instrumento de valorização de cidadania. Os agentes estatais encarregados da segurança pública devem ter como foco a valorização dos direitos e garantias fundamentais, proscrevendo a ideia de enfrentamento, própria de uma planificação de guerra.

Salientado pelo *Coronel Ibis Silva Pereira*, da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, durante a 13ª reunião da CPI:

> (...) a guerra embrutece. Ela transforma qualquer um de nós, (...) Qualquer um que seja submetido a esse processo de embrutecimento tem a sua humanidade machucada, violentada (...) tem a sua humanidade comprometida.[26]

Conforme aduz FERRUGEM,[27] a guerra às drogas e suas ramificações, não é contra as drogas. Por ser uma guerra, tem um inimigo a ser combatido e uma direção para onde mirar o arsenal de guerra. Por ser guerra, é contra pessoas, como todas as guerras.

Alerta WACQUANT[28] *que a política de 'guerra à droga', ao que pese o caráter universal, desmerece o próprio nome, pois designa na verdade uma "guerrilha". Isto porque ocorre em determinado local e contra determinada camada social, na perseguição penal aos vendedores de rua, dirigida contra a juventude dos guetos para quem o comércio a varejo é a fonte de emprego mais diretamente acessível.*

A questão, analisada na ADPF 635/ RJ, expansiva a todas as incursões policiais em comunidades, gira em torno do disposto no artigo 144 da CRFB/88. Referido artigo impõe ser dever do Estado garantir a segurança e preservar a vida de todos os cidadãos. O dispositivo em comento não se satisfaz com uma mera política de enfrentamento que coloca a população vulnerável na alça de mira para proteger a outra parcela social.

A atuação estatal, notadamente em relação a segurança pública, deve estar baseada no uso da inteligência, na proporcionalidade e uso progressivo da força, no respeito às leis, e como tal, com a possibilidade de controle e fiscalização das

26 BRASIL. Câmara Federal. Relatório da CPI – Violência contra jovens negros e pobres. Brasília, junho de 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. p.85. Acesso em 05 de jul de 2021.

27 FERRUGEM, Daniela. Guerra às drogas e a manutenção da hierarquia racial. Belo Horizonte: Letramento, 2019. p.83

28 *WACQUANT, Loïc. Crime e Castigo nos Estados Unidos: De Nixon a Clinton. Revista de sociologia e política nº13, Curitiba, 1999, p.39-50.*

ações policiais por parte do Ministério Público, da Defensoria Pública e da sociedade.

Conforme dados da ANISTIA INTERNACIONAL,[29] somente em 2019, 5.804 pessoas foram mortas pela polícia no Brasil.

Ainda hoje pode ser lido na edição do *Gazeta de Notícias do Rio de Janeiro em 27 de Janeiro de 1893:*

> *Parece incrível o que se observou nessa ocasião. Moradores da estalagem, habituados talvez a ameaça de medidas nunca levadas a efeito, só deixavam os seus aposentos quando estes começavam a ser destelhados. Então quem ali se achava, poude observar um espectaculo que não deixou de impressionar tristemente. Via-se sahirem d´aquelles quartos estreitos e infectos mulheres e homens que imploravam ás autoridades os deixassem permanecer ali por mais 24 horas. Muitas destas mulheres e algumas crianças, banhadas em lagrimas, retiravam as suas camas, cadeiras, e outros objectos de uso.*[30]

O modelo de segurança pública, hoje subordinada à ideia de enfrentamento armado e violência excessiva das forças policiais, descumpre o que manda a Constituição. Descumpre por buscar aplicar o artigo 144 a somente a parcela visível da população, impactando profundamente, e de forma desleal, as populações em situação de pobreza e as pessoas negras. Em particular, homens jovens e adolescentes residentes nas favelas e periferias das cidades.

O modelo é tão inadequado e disfuncional que o policial também vira estatística. Conforme aponta FERRUGEM:

> Este aparato de guerra, além de consumir cifras consideráveis dos já saqueados cofres públicos, leva policiais mal remunerados, com salários atrasados e/ ou parcelados, triste realidade atual, para o confronto sob o risco real da perda das suas vidas. O saldo desta batalha será de pobres vitimados, seja quem for a vítima, estão do mesmo lado, ou ocupando o mesmo lugar de subalternidade na sociedade.[31]

Diante desse contexto de violação sistemática de direitos fundamentais dos moradores de comunidades, remanescentes dos antigos cortiços, remanescentes dos quilombos, remanescentes da senzala, o STF adotou em 2015, nos autos da ADPF 347 do DF, a tese do Estado de Coisas Inconstitucionais, formulada, a princípio, pela Corte Constitucional Colombiana.[32]

29 ANISTIA INTERNACIONAL. Disponível em: <https://anistia.org.br/tema-de-atuacao/seguranca-publica-e-direitos-humanos/>. Acesso em 06 de jul de 2021.

30 Gazeta de Noticias. Rio de Janeiro. 27 de Janeiro de 1893. Nº26. XIXªAnno, p.2.

31 FERRUGEM, Daniela. Guerra às drogas e a manutenção da hierarquia racial. Belo Horizonte: Letramento, 2019. p.83.

32 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 06 de jul de 2021.

Quando detectadas falhas estruturais dos poderes públicos que implicam em um cenário de violação contínua de direitos fundamentais de parcela da população, compete ao judiciário expedir ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

A gravidade da situação e sua reiteração reclama o exercício de um papel afirmativo e político do poder judiciário objetivando o aprimoramento de políticas públicas protetivas e/ou concretizadoras de direitos fundamentais que estejam sofrendo grave e massiva vulneração, sob pena de insistirmos em eternizar a lógica segregacionista do *Cabeça de Porco.*

Em meio ao contexto da pandemia, o Observatório de Favelas, em parceria com as organizações Luta pela Paz, Redes da Maré e UNICEF se uniram para desenvolver o projeto *CRIAndo Rede*: proteção à vida de crianças e adolescentes na Maré. De acordo com dados do projeto "De Olho Na Maré", que monitora os impactos dos confrontos armados no território, no primeiro semestre de 2020 ocorreram 11 operações policiais na Maré, que resultaram em 12 pessoas feridas e 4 pessoas mortas. Destas operações, 4 ocorreram após o início do isolamento social, com registro de uma morte. Quando comparado o período de 16 de março a 20 de junho de 2020 em relação ao mesmo período do ano anterior, verificou-se uma redução significativa de pessoas mortas e feridas em operações policiais.[33] Tais fatos reforçam a importância da medida cautelar da ADPF 635/ RJ para a garantia do direito à vida nas favelas.

Interessante depoimento é encontrado logo nas primeiras linhas do livro "*Cabeça de Porco*", baseado em uma longa pesquisa realizada em diversos estados brasileiros por Celso Athayde e MV Bill, sobre os jovens na vida do crime e suas razões. Conforme relata ATHAYDE,[34] é necessário que o Brasil descubra esse outro Brasil. Podíamos permitir que o Brasil soubesse que, por detrás de uma arma, tem um coração batendo. Que é preciso uma grande intervenção política no Brasil, para que não estejamos fadados a escravidão de seres humanos. Uma intervenção não policial, mas em todas as áreas. Não é tolerável ficarmos matando jovens como se fossem nossos algozes e não nos sensibilizarmos de que é nula a chance se suas famílias constituírem parte de uma sociedade civilizada.

33 Violências contra crianças, adolescestes e jovens da maré na pandemia. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://of.org.br/wp-content/uploads/2020/11/CRIAndo-Rede-boletim_pesquisa.pdf> Acesso em 05 de jul de 2021.

34 ATHAYDE, Celso. BILL, MV. SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 31.

## 3 Conclusão

No país que mais recebeu escravos, os utilizou por mais tempo e em toda extensão territorial, a abolição não ocorreu mediante práticas sociais, assistenciais e/ou indenizatórias. O negro, ex-escravo, analfabeto, sem recursos, foi jogado à própria sorte. Não bastasse isso, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, criminalizou a cultura negra e tudo que a norteava.

Foram mais de 300 anos de escravidão sistêmica. De construção de estruturas estatais, socioeconômicas, alicerçadas na exploração, imposição, privilégios, conceitos, preconceitos, e valorização da *branquitude*. Isso tem um peso na nossa história e não desaparece em um piscar de olhos. Ao contrário, as tensões sociais visam a manutenção do *status* anterior.

A recém-liberta população escrava, em busca de trabalho e meios de subsistência, migrou para grandes cidades, principalmente à capital da época, o Rio de Janeiro. O movimento desordenado, tumultuado e não assistido pelo Estado, fez surgir os primeiros cortiços. A solução da recente república fora por um fim aquele "entrave" ao desenvolvimento e progresso nacional. A reação estatal se resumiu a um ato cinematográfico de demolição, colocando os cortiços a baixo. Esse movimento iniciou o processo de "favelização".

A constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao menos em sua literalidade, impôs o respeito a dignidade da pessoa humana, a valores sociais e segurança de todos os cidadãos. Além disso, possuí como objetivo primordial erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao que pese os mandamentos Carta Magna, é fato de que as instituições não estão sendo capazes de realizar a missão constitucional. Ao contrário, as soluções que vêm sendo adotadas, não diferem das utilizadas no passado e estão diametralmente opostas as imposições constitucionais de ordem social. A utilização de um blindado com torre giratória de 360 para disparos ininterruptos e de um helicóptero da Polícia Civil, utilizado na guerra do Vietnã e usado como plataforma para disparos de fuzis 762 e 556 em direção às favelas, como política pública, ilustra nossa forma de lidar com os problemas históricos. O resultado são números de guerra, com a morte da população "descartável".

A política utilizada no *Cabeça de Porco* e diversos outros cortiços no final do século XIX, parece se eternizar, alicerçada em um discurso de "guerra às drogas" e criação de um inimigo interno. A estigmatização do traficante como alguém sanguinário e com personalidade "desviante", proliferador de todas as mazelas

sociais, autorizaria os órgãos estatais utilizem dos conceitos de "guerra" ao lidar com a segurança pública.

A decisão oriunda da ADPF 635 do Rio de Janeiro, não estabeleceu nada além do ordinário, mas o trivial, pode ser obscuro, em uma sociedade com bases firmemente alicerçadas na aristocracia.

A decisão não impediu operações policiais. A medida judicial somente fixou o indeclinável. O mínimo necessário a se exigir de qualquer órgão estatal dentro de um estado democrático de direito.

Ao que pese críticas sociais e de parcela da comunidade jurídica, o resultado imediato foi a preservação da vida humana, conforme números apontados.[35]

Não é preciso muito esforço para verificar que a simplista política de segurança pública não vem surtindo resultados satisfatórios de minimização da criminalidade. Por outro lado, levando-se em consideração o histórico de ações estatais, elas cumprem exatamente o papel aristocrático e de controle de corpos das "minorias qualitativas" ao longo da história.

A ADPF 635 do Rio de Janeiro, ao menos formalmente, é um sopro de esperança.

## Referências bibliográficas

A Estação. Jornal Ilustrado para a Família. Rio de Janeiro. 31 de Janeiro de 1893. Nº2. XXIIª Anno.

*ANISTIA INTERNACIONAL. Disponível em: <https://anistia.org.br/tema-de-atuacao/seguranca-publica-e-direitos-humanos/>. Acesso em 06 de jul de 2021.*

*ATHAYDE, Celso. BILL, MV. SOARES, Luiz Eduardo. Cabeça de Porco. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.*

AZEVEDO, Aluísio. O cortiço. 3.ed. Jandira – SP: Principis, 2019.

BRASIL. Câmara Federal. Relatório da CPI – Violência contra jovens negros e pobres. Brasília, junho de 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. p.85. Acesso em 05 de jul de 2021.

BRASIL. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>.Acesso em 05 de jul de 2021.

BRASIL. Estatuto da Terra – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm>.Acesso em 05 de jul de 2021.

BRASIL. Lei Áurea - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm>. Acesso em 05 de jul de 2021.

BRASIL. Lei dos Sexagenários – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3270.htm>.Acesso em 05 de jul de 2021.

BRASIL. Lei do Ventre Livre – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>.Acesso em 05 de jul de 2021.

BRASIL. Lei Eusébio de Queirós – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm>.Acesso em 05 de jul de 2021.

35 Violências contra crianças, adolescestes e jovens da maré na pandemia. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://of.org.br/wp-content/uploads/2020/11/CRIAndo-Rede-boletim_pesquisa.pdf> Acesso em 05 de jul de 2021.

CHALHOUB, Sidney. Cidade Febril: cortiços e epidemias na corte imperial.São Paulo, Companhia das letras, 1996.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em 05 de jul de 2021.

DIARIO DE NOTICIAS. Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 1893. Ano X, Nº2754.

Estado de Minas - CABEÇA DE PORCO. Disponivel em: <https://www.em.com.br/app/noticia/cultura/2019/01/07/interna_cultura,1019285/cabeca-de-porco.shtml>. Acesso em 06 de jul de 2021.

FERRUGEM, Daniela. Guerra às drogas e a manutenção da hierarquia racial. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder; tradução de Roberto Machado. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

*Gazeta de Noticias. Rio de Janeiro. 27 de Janeiro de 1893. Nº26. XIXªAnno.*

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 06 de jul de 2021.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 06 de jul de 2021.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-11/ibge-informalidade-atinge-416-dos-trabalhadores-no-pais-em-2019>. Acesso em 06 de jul de 2021.

*LAURENTINO, Gomes. Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares, volume 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.*

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. 1ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SESTREM, Gabriel. Gazeta do Povo. Publicado em 21 de maio de2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/julgamento-stf-operacoes-policiais-rj/>. Acesso em 05 de jul de 2021.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>.Acesso em 05 de jul de 2021.

*Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 06 de jul de 2021.*

*Violências contra crianças, adolescestes e jovens da maré na pandemia. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://of.org.br/wp-content/uploads/2020/11/CRIAndo-Rede-boletim_pesquisa.pdf> Acesso em 05 de jul de 2021.*

VIZEU, Rodrigo. Os presidentes: a história dos que mandaram e desmandaram no Brasil, de Deodoro a Bolsonaro. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2019.

*WACQUANT, Loïc. Crime e Castigo nos Estados Unidos: De Nixon a Clinton. Revista de sociologia e política nº13, Curitiba, 1999.*

# DIREITO PENAL DO INIMIGO E A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DA SUA RACIONALIDADE SOBRE AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS EUROPEIAS E SOBRE A INTEGRIDADE DO ESTADO DE DIREITO[1]

*CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AND THE POSSIBLE INFLUENCE OF ITS RATIONALITY ON EUROPEAN MIGRATION POLICIES AND ON THE INTEGRITY OF THE RULE OF LAW*

***PABLO RODRIGO ALFLEN***[2]

***RICARDO STRAUCH AVELINE***[3]

**RESUMO**: A pesquisa analisa a possível influência da racionalidade do Direito Penal do Inimigo sobre as políticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido, e suas implicações sobre a integridade do Estado de Direito. Argumenta-se que essa racionalidade, orientada pela tendência de punir sujeitos considerados inimigos do Estado, mesmo antes de cometerem um crime e fazendo uso de práticas questionáveis quanto a sua legitimidade, está presente nas políticas migratórias europeias, principalmente após o atentado de 11 de setembro de 2001, levando, dentre outros fatores, à inobservância dos direitos humanos de migrantes e refugiados. Para tanto, utilizou-se de método dedutivo com técnica de revisão bibliográfica, tendo como marco teórico a teoria do "Direito Penal do Inimigo", de Günther Jakobs, e seu diálogo com fontes relevantes de direito migratório europeu.

**PALAVRAS-CHAVE** Direito Penal do Inimigo. Direito Migratório. União Europeia e Reino Unido. Impactos. Estado de Direito.

**ABSTRACT**: The research analyzes the possible influence of the rationality of the Criminal Law of the Enemy on the migration policies of the European Union and the United Kingdom, and its implications for the integrity of the Rule of Law. It is argued that this rationality, guided by the tendency to punish subjects considered enemies of the

1 O presente trabalho foi desenvolvido no marco do Projeto de Pesquisa "Modernas Tendências do Direito Penal" desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

2 Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS. Coordenador da Comissão de Extensão em Direito da UFRGS. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo da UFRGS. Membro do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano da Universität Göttingen (Alemanha). Advogado. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7700740147197257. OrcId: https://orcid.org/0000-0002-7282-4186

3 Doutor em Ciências Sociais pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Doutorando em Direito pela UFRGS, com período de pesquisa no Max Planck Institut de Heidelberg e na Humboldt-Universität zu Berlin. Aperfeiçoamento em Peace and Development Studies no International People's College em Helsigor na Dinamarca. Professor de Direito e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica na Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0130350437776611. OrcId: https://orcid.org/0000-0002-0713-0479

State, even before they commit a crime and using practices that are questionable as to their legitimacy, is present in European migration policies, especially after the attack of September 11, 2001, leading, among other factors, to non-compliance with the human rights of migrants and refugees. To this end, a deductive method was used with a bibliographic review technique, using Günther Jakobs' theory of "Criminal Law of the Enemy" as a theoretical framework, and its dialog with relevant sources of European migration law.

**KEYWORDS:** Criminal Law of the Enemy. Migration Law. European Union and United Kingdom. Impacts. Rule of law.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução; 2 Teoria do direito penal do inimigo; 3 Direito penal do inimigo aplicado à questão migratória; 4 Detenção migratória e a racionalidade do direito penal do inimigo; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas

## 1 Introdução

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi apresentada por Günther Jakobs, pela primeira vez, na palestra proferida na Conferência de Professores de Direito Penal realizada em Frankfurt a.M., de 16 a 19 de maio de 1985, no contexto de uma reflexão sobre as novas tendências da criminalidade e suas consequências para o Direito Penal, na Alemanha,[4] e aprofundada, posteriormente, em vários outros trabalhos[5].

Remontando às principais doutrinas filosóficas acerca do conceito de "inimigo", mais precisamente de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, Jakobs sinaliza a existência de uma distinção histórica entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Tal distinção ganhou maior projeção a partir da demonstração de Jakobs de se tratar de dois tipos ideais que, apesar de não encontrarem uma nítida correlação prática, tem se manifestado com maior intensidade nas últimas décadas. Nesse contexto, sua racionalidade vem ganhando importância desde o atentado de 11 de setembro de 2001, quando sua aplicação passou a ser amplamente difundida ao redor do mundo.

4 JAKOBS Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *ZStW*, vol. 97, fascículo 4, 1985, p. 751-785. Ademais, sobre a Conferência veja RENGIER, Rudolf. Strafrechtslehrertagung 1985, *Juristenzeitung*, Ano 40, nº 20, out. de 1985, p. 936-938.

5 O principal trabalho a abordar a teoria consiste em JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Hsu, Yu-hsiu (editor). *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure,* An anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hun. Taipeh, 2003, p. 41-63, o qual foi republicado em JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Ritsumeikan Law Review,* Nº 21, 2004, p. 93-107, e também em JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 88-95. Posteriormente: JAKOBS Günther. Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, *HRRS,* vol. 8-9, set. 2006, p. 289-297; JAKOBS, Günther. Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: ROSENAU,Henning; KIM, Sangyun (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 167-182.

De acordo com a teoria, crimes como terrorismo implicam uma dimensão tão ampla de violação do contrato social que colocam em risco a própria concepção do Estado Liberal e dos valores iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, representando uma traição que coloca seus agentes na posição de inimigos. Em relação aos inimigos, pelo risco que representam, não se trata de avaliar o seu nível de culpabilidade, mas sim de garantir a proteção da coletividade face ao perigo que representam. Por isso, medidas de segurança passam a ser aplicadas, às vezes, à margem da legalidade e em detrimento de direitos e garantias constitucionais da pessoa, para prevenir a prática de atos delituosos antes mesmo de sua ocorrência, tais como escutas telefônicas, espionagem policial, instalação generalizada de câmeras, fiscalizações ostensivas em locais públicos, formatando um verdadeiro Estado Policial.

Além disso, a punição dos inimigos passa a ser realizada com penas mais elevadas e sua segregação efetivada em locais fora da jurisdição do Estado, tais como Guantánamo, onde os sujeitos estariam desprovidos de direitos, inclusive os processuais, eis que, pela gravidade dos seus atos, deixariam de ser vistos como sujeitos de direitos (pessoas). Um limbo jurídico material e processual que inevitavelmente faz recordar a expressão "direito a ter direitos", cunhada por Hannah Arendt.

Na filosofia contratualista, no entanto, Jakobs identifica duas vertentes. Enquanto Rousseau e Fichte sustentam que os inimigos devem, em qualquer caso, ser mantidos fora do Direito Penal do Cidadão, Hobbes e Kant aceitam tal premissa somente de forma excepcional, quando o *indivíduo* demonstrar reiteradamente que não consegue conviver de forma harmônica em sociedade, representando um perigo recorrente para a ordem pública.

O objetivo aqui, portanto, é identificar as principais características do Direito Penal do Inimigo e analisar se a sua racionalidade vem sendo aplicada também em relação ao campo do Direito Migratório, verificando se migrantes e refugiados que buscam proteção na Europa estariam sendo enquadrados como inimigos em uma espécie de "Direito Penal do Migrante Inimigo".

Tanto em Rousseau quanto em Hobbes, a ideia do inimigo, como aquele que rompe o contrato social, colocando em risco a sociedade, parece partir de uma concepção de que o inimigo seria um nacional que traiu o seu Estado, demonstrando não possuir humanidade, motivo pelo qual, não deveria ser tido como sujeito de direitos e sua punição deveria ser severa o suficiente para garantir total segregação social. Quando se aplica a referida racionalidade ao estrangeiro, migrante ou refugiado, questiona-se se a concepção do Direito Penal do Inimigo estaria sendo aplicada para prevenir o ingresso de determinadas pessoas indesejadas que seriam vistas como um "perigo" cultural, racial e religioso, para países da União Europeia e Reino Unido.

Busca-se analisar por meio de que práticas migratórias essa racionalidade estaria sendo aplicada e de que forma isso representaria uma violação dos direitos humanos da coletividade em geral, a qual teria que se submeter a constantes procedimentos de segurança, que, muitas vezes, demonstram-se extremamente discriminatórios.

Para tanto, procura-se responder as seguintes questões que compõem o problema de pesquisa: em que medida a racionalidade do Direito Penal do Inimigo vem influenciando a política migratória da União Europeia e do Reino Unido? Por meio de que práticas se manifesta essa racionalidade em relação à referida política migratória? Quais os direitos humanos que restam violados pela aplicação desta racionalidade ao campo migratório? Qual é a dimensão dos impactos de tais violações sobre a integridade do Estado de Direito?

A relevância do tema se evidencia pelo crescente espaço que a migração vem ganhando nas esferas política e jurídica, especialmente nos países de destino, onde vem sendo crescentemente objeto de discussão em debates eleitorais e em conferências e acordos internacionais. A hipótese de que a racionalidade presente no Direito Penal do Inimigo transcenda os âmbitos do Direito Interno e do Direito Penal, alcançando o Direito Internacional e o Direito Migratório deve ser analisada, pois sua eventual confirmação auxiliará na compreensão de fenômenos sociais e jurídicos de extrema relevância para o futuro do Estado de Direito e do objetivo hegeliano do Estado de garantir paz social.

Enquanto organizações não-governamentais clamam pela aplicação dos direitos humanos aos migrantes e refugiados, muitos políticos alegam que o controle das fronteiras é parte essencial da soberania do Estado e acolhem o desejo popular e eleitoreiro de criminalizar a migração, vedando a entrada de migrantes não desejados por meio de práticas preventivas, punindo aqueles que chegam de forma irregular (e os que auxiliam), desenvolvendo políticas discriminatórias e violadoras de direitos humanos sob o pretexto de que são pessoas potencialmente perigosas, representando risco para a ordem pública e, até mesmo, para a preservação cultural.

A pesquisa fez uso do método hipotético-dedutivo, embasado em revisão bibliográfica, partindo de pressupostos gerais para se chegar em conclusões particulares.[6] A abordagem da pesquisa se deu pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscou o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto.[7]

6 GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

7 TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo da Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 128-129.

Segundo Triviños, a abordagem de cunho qualitativo trabalha os dados buscando seu significado. O uso da descrição qualitativa procura captar não só a aparência do fenômeno como também as suas essências, procurando explicar sua origem, relações e mudanças, e tentando intuir as consequências.[8]

O trabalho tem como marco teórico os trabalhos de Günther Jakobs sobre Direito Penal do Inimigo, interpretados a partir de um diálogo com temas como "política migratória", "crimigração", "detenção migratória", "precariedades construídas", "apartheid global militarizado" e "retrocesso do Estado de Direito" (*rule of law backsliding*).

O primeiro capítulo é a presente introdução, o qual é seguido pelo segundo capítulo, onde é realizada uma análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo. No terceiro capítulo é analisada a influência da racionalidade do Direito Penal do Inimigo nas políticas e práticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido, assim como, as possíveis violações de direitos humanos envolvidas neste processo.

Nas considerações finais, os temas desenvolvidos ao longo do trabalho são retomados com uma abordagem crítica.

## 2 Teoria do direito penal do inimigo

Na análise dos projetos jurídico-filosóficos que procuram fundamentar a ideia de inimigo, Jakobs inicialmente contrapõe Rousseau e Fichte, teóricos rígidos do modelo do contrato social, à Hobbes e Kant, para quem, a princípio, o ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso.

Assim, enquanto Rousseau e Fichte sustentam que todo criminoso é um inimigo, na medida em que rompe com o contrato social, devendo ser alijado da sociedade, Hobbes e Kant entendem que o criminoso tem o direito de voltar a estar de acordo com a sociedade (*mit der Gesellschaft wieder ins Reine zu kommen*). Segundo Kant, somente se persistir ameaçando a coletividade com a sua ausência de legalidade, poderá ser expelido, pois o indivíduo que não consegue ou se recusa a entrar em um "estado comunitário geral" com os demais, deve ser afastado da vizinhança pelo Estado ou deve ser colocado sob sua custódia de segurança como um inimigo.[9]

Em "À Paz Perpétua", Kant sustenta que, com base no respeito mútuo, deveria o indivíduo aceitar e respeitar os costumes culturais e as leis do Estado em

8 TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo da Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação.* São Paulo: Atlas, 1987, p. 128-129.

9 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89.

que se encontra,[10] podendo o Estado, inclusive, recusar o ingresso de um estrangeiro quando houvesse fundamentos para identificá-lo como inimigo.[11]

No mesmo sentido, o direito universal à hospitalidade que, na teoria de Kant, é devido a toda pessoa humana, impõe um dever moral imperfeito de ajudar e de oferecer abrigo para aqueles cuja vida, integridade e bem-estar estão em perigo, porém este dever é "imperfeito" pela sua característica condicional, a qual permite exceções ao direito à hospitalidade temporária com base em motivos de autopreservação do contrato social.[12]

Para Rousseau qualquer "malfeitor" que ataque o "direito social" deixa de ser membro do Estado, pois se coloca em guerra com ele, por isso, quando se cumpre a sua pena com a execução, ela se dá não contra o cidadão, mas contra o inimigo. De forma similar, Fichte sustenta que quem abandona o contrato cidadão, seja voluntariamente, seja de forma imprevista, no sentido estrito, perde todos os seus direitos como cidadão, passando a um estado de ausência completa de direitos.[13]

Hobbes, de maneira semelhante, despersonaliza o réu de alta traição porque esse se nega, por princípio, a cumprir a Constituição existente. Para Hobbes, aquele que se rebela contra o contrato social, comete alta traição, *retornando ao estado de natureza*, tornando-se um inimigo do Estado.[14] Para superar o estado de natureza foi necessário abdicar-se parcialmente da *liberdade* em prol da *segurança*. Por isso, seu comportamento de atacar a segurança é uma traição, na medida em que promove o rompimento da segurança que caracteriza a civilização, levando ao estado de natureza, caracterizado pela "guerra de todos os homens contra todos os homens", em que "o homem é o lobo do homem".[15]

Diante de tais circunstâncias, tanto Hobbes quanto Kant conhecem um Direito Penal do Cidadão em face de pessoas que não deliquem de modo persistente "por princípio", e um Direito Penal do Inimigo em face de quem "por princípio" se desvia reiteradamente, ameaçando a segurança coletiva e a sociedade, devendo, por isso, ser excluído do *status* de cidadão. Isso se justificaria em decorrência do direito do Estado de buscar segurança frente a indivíduos que reincidem, colocando em risco a ordem pública, e em decorrência do direito dos cidadãos de

10 HEIN, Christian. "Kant's Perpetual Peace as a manual for the twenty-first century? Cosmopolitanism, ethics, and the role of the individual in a globalizing society". *US-China Law Review*. Vol. 17, n. 2, p. 25-38, Feb. 2020, p. 29.

11 KANT, Immanuel. *Perpetual peace and other essays*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1983, p. 118-119.

12 BENHABIB, Seyla. *The right of others: aliens, residents and citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 36.

13 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89.

14 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89-90.

15 HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 112-113.

exigir do Estado que tome medidas adequadas para assegurar o direito de viver em segurança.[16]

Para garantir a ordem no Estado Liberal, os inimigos não deveriam possuir os mesmos direitos, o que justificaria um tratamento jurídico distinto para terroristas, criminosos sexuais e autores de macrocriminalidade econômica. Em tais contextos, o afastamento dos comportamentos praticados em relação ao Direito seria de tamanha dimensão e duração no tempo que não haveria a garantia cognitiva mínima necessária para garantir um tratamento jurídico de sujeito de direitos.[17]

Diante desse contexto, no entanto, Jakobs adverte que a coação jurídica que recai sobre o inimigo deveria ser limitada desde uma dupla perspectiva: em primeiro lugar, o Estado não deve excluir o inimigo de todos os direitos, podendo flexibilizar alguns desde que o faça de *forma legítima*; em segundo lugar, o Estado não é livre para tudo o que bem entender, senão, deve se conter[18]. Nesse sentido, Jakobs reconhece ser possível se falar de um Direito Penal do Inimigo legítimo e de um Direito Penal do Inimigo ilegítimo.

No utilitarismo, que caracteriza a racionalidade anglo-saxã, "a maior felicidade do maior número é o fundamento da moral e da legislação" e o inimigo que coloca em risco "a maior felicidade do maior número" pode ter seus direitos sacrificados em prol da manutenção do contrato social.[19] Essa racionalidade torna-se evidente em episódios como a invasão do território aéreo paquistanês pela força aérea norte-americana, seguida pela invasão de domicílio e assassinato do terrorista Osama Bin Laden em 2011.

De forma geral, a racionalidade do Direito Penal do Inimigo é tida como fonte de inspiração para as políticas de segurança adotadas após o atentado de 11 de setembro de 2001, na medida em que se tornou difícil tratar determinados indivíduos como "pessoas que atuam erroneamente", ignorando a sua periculosidade para a sociedade.[20] Por isso, a intervenção penal nestes casos não é uma medida para compensação de um dano à vigência da norma, mas sim uma medida para eliminação de um perigo.[21] O Direito Penal do Inimigo, neste sentido, não trabalha com fundamento na culpabilidade, mas sim na periculosidade do agente.

16 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 90.

17 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92.

18 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 90.

19 BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da religião.* São Paulo: Abril, 1974, p. 10.

20 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92; mencionando a respeito ASHOLT, Martin. Die Debatte über das „Feindstrafrecht" in Deutschland, *ZIS,* n° 4, 2011, p. 186; também SINN, Arndt, Moderne Verbrechensverfolgung - auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht? *ZIS,* vol. 3, 2006, p. 109, mencionando em relação aos Estados Unidos da América não apenas o atentado de 11 de setembro de 2001, como também o caso de Guantánamo.

21 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92; sobre a vigência da norma como bem jurídico veja JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do*

No ano de 2005, semanas após ataques terroristas em Londres, o brasileiro Jean Charles de Menezes foi confundido com o terrorista Hussain Osman, que vivia no mesmo conjunto de apartamentos, sua perseguição e assassinato a bordo do metrô com sete tiros na cabeça, na estação Stockwell, deu-se por se acreditar que estaria prestes a ativar explosivos,[22] ou seja, representaria um iminente perigo à coletividade, justificando um ato preventivo extremo. Sacrificou-se o bem jurídico da vida, o direito fundamental à vida, assim como as garantias processuais inerentes ao devido processo penal (presunção de inocência, julgamento por um juiz natural e imparcial, ampla defesa e contraditório, processo justo), com uma ação de intenção preventiva em prol do direito da coletividade. O caso de Jean Charles foi investigado e foi concluído que os policiais não deveriam responder a processos administrativos. O comissariado de polícia respondeu a uma ação judicial, sendo condenado ao pagamento de uma multa, havendo sinais de que a racionalidade do Direito Penal do Inimigo possui uma dimensão estrutural, contando com o apoio de variadas instituições do Estado, unidas contra os inimigos.

Percebe-se que o Direito Penal do Inimigo faz com que o ponto de referência passe a ser o que pode acontecer, em lugar do tradicional ponto de referência do fato cometido. Por isso, na intervenção penal, o inimigo deixa de ser visto como sujeito de direitos e passa a ser visto como objeto da coação, as garantias processuais são relativizadas ou mesmo suprimidas,[23] como ocorre nas prisões de Guantánamo, onde inúmeros afegãos vêm sendo mantidos há mais de vinte anos, desprovidos de direitos humanos como o de não ser submetido à tortura, ter acesso à justiça e a um advogado, a presunção de inocência, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, análise individualizada da conduta, pena proporcional e o duplo grau de jurisdição, entre outros direitos.

O Direito Penal do Inimigo, *nesse sentido*, *parece* tender a abandonar a lógica do Direito Penal do Fato**,** em que a pessoa é punida por aquilo que ela faz e passa a trabalhar com uma lógica de Direito Penal do Autor**,** em que ele é punido por aquilo que ele é, pelo perigo que representa,[24] o que amplia as possibilidades de erro. Com base no perfil criminal (*criminal profiling*), por exemplo, pessoas originárias de países islâmicos tendem a ser objeto de controles de segurança preventiva

*Direito Penal*. 2ª ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2021, p. 44 e ss.

22 BBC. Erros e mentiras no caso Jean Charles, brasileiro morto em Londres em 2005 pela polícia. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53512282. Acesso em: 9 set. 2023.

23 JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? *ZStW,* vol. 117, nº 4, 2005, p. 850.

24 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92. Um Direito Penal do Inimigo legítimo, no entanto, não se afasta de ideia de Direito Penal do Fato, pois não leva em consideração a pessoa do autor pelo que ele é (enquanto ser natural), mas sim pela forma como ele se posiciona perante a sociedade (enquanto pessoa, como sujeito detentor de direitos e deveres), ou seja, pelo modo como organiza seus comportamentos, frustrando as expectativas normativas reconhecidas e cognitivamente cimentadas; sobre isso veja JAKOBS, Günther. *Sistema de Imputação Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, CDS Editora, 2024, p. 23 e s.

com maior frequência nos países do norte global, onde são vistas como inimigas em potencial.[25]

A concepção de que existe um inimigo que representa um perigo para a ordem pública passou a justificar medidas preventivas, ou seja, medidas anteriores à prática do comportamento delituoso. Sob o *slogan* "quem não deve, não teme", tais medidas passam a invadir a esfera da liberdade de circulação e dos direitos de personalidade, atingindo a imagem, os dados pessoais, biométricos, etc. Neste contexto se enquadram as escutas telefônicas, investigações secretas, investigadores infiltrados, proliferação de câmeras de segurança, coleta de dados biométricos, delações/colaborações premiadas, recorrentes abordagens policiais ostensivas em locais públicos como saídas de estações de metrô, entre outras medidas.[26]

A existência de inimigos em nossas sociedades, neste sentido, justificaria a aplicação de medidas de segurança que possibilitam um imenso controle social, como visto durante o período da pandemia do Covid-19 na União Europeia, onde as pessoas foram mantidas em rígidos regimes de *lock down*, sujeitas a multas. Isso pode atender aos interesses de uma agenda destinada ao controle populacional em uma sociedade crescentemente desigual, onde a concentração de riqueza vem, por exemplo, colocando uma parcela cada vez maior da população norte-americana em situação de rua, já alcançando mais de meio milhão de pessoas.[27]

Na racionalidade do Direito Penal do Inimigo, os atos já passam a serem passíveis de punição quando atingem o estágio da preparação. É o que ocorre no caso dos tratados internacionais para prevenção e punição do terrorismo e, no caso do Brasil, com a Lei nº 13.260/2016 (Lei de Terrorismo), que prevê no seu art. 5º, a punição do terrorismo desde os seus atos preparatórios (frise-se, atos que, muitas vezes, fora desse âmbito poderiam assumir o caráter de condutas neutras). Neste contexto, os Estados vêm ganhando gradualmente a configuração de Estados Policiais, em que o controle com medidas preventivas é seguido por penas cada vez mais elevadas contra os inimigos,[28] podendo chegar à prisão perpétua, como no caso do art. 77 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Conforme mencionado, o ataque de 11 de setembro de 2001 é tido como o impulsionador da racionalidade do Direito Penal do Inimigo, dando início a chamada "sociedade da vigilância", caracterizada pela proliferação das mencionadas

25 GÜNDOGDU, Ayten. *Rightlessness in an age of rights: Hannah Arendt and contemporary struggles of migrants*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 10.

26 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 93.

27 USA FACTS. How many homeless people are in the US what does the date miss. Disponível em: https://usafacts.org/articles/how-many-homeless-people-are-in-the-us-what-does-the-data-miss/. Acesso em: 9 set. 2023.

28 JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? *ZStW,* vol. 117, nº 4, 2005, p. 850.

medidas de controle social, que provocaram uma revisão dos princípios cosmopolitas e democráticos sobre os quais as sociedades do segundo pós-guerra haviam sido construídas,[29] colocando em risco os próprios pilares do Estado de Direito, na medida em que o Estado passou a abolir direitos de forma juridicamente ordenada.[30]

Essas mudanças vem sendo percebidas no contexto do chamado "retrocesso do Estado de Direito" (*rule of law backslinding*), em que uma crise de valores tem feito com que as instituições do Estado passem a ser ocupadas por pessoas contrárias à concepção do Estado Democrático de Direito e que utilizam o tema da "insegurança" para implantar maior controle sobre a coletividade, para alcançar objetivos eleitorais e implantar regimes autoritários.[31] O discurso da *lei e da ordem* produz votos, tendo sido adotado até mesmo pela esquerda política, havendo, pois, um descontrole da política criminal do Estado, com incremento das sanções penais.[32]

Essas observações iniciais demonstram que o *status* de sujeito de direitos não é algo que necessariamente não se possa perder, seja nas teorias de Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant e Bentham, seja na realidade dos fatos sociais internacionais. Neste sentido Jakobs teve o mérito de tornar clara a existência de um fenômeno jurídico e social histórico, qual seja, a existência de um tratamento penal distinto para cidadãos e inimigos, ainda que, por vezes, de forma velada.

Jakobs não concorda com a separação radical entre o cidadão e o seu direito, sustentando que "um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso" para que ele possa acertar-se com a sociedade, mantendo seu *status* como pessoa e cidadão, sem deixar o âmbito do Direito.[33]

No próximo capítulo será analisada a existência de traços da racionalidade do Direito Penal do Inimigo nas políticas e práticas migratórias, considerando o fato de que, no contexto da "guerra contra o terror", o inimigo pode não apenas estar dentro do território nacional, mas também pode estar vislumbrando a possibilidade de ingressar com o objetivo de realizar um atentando terrorista que coloque em risco o contrato social e, neste sentido, a própria concepção do Estado Liberal.

29 FAZZI, Luca. Social work, exclusionary populism and xenophobia in Italy. *International Social Work,* v. 58, n. 4, 2015, p. 596.

30 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 93.

31 TSOURDI, Evangelia L. "Asylum in the EU: one of the many faces of backsliding?". *European Constitutional Law Review*. Vol. 17, 2021, p. 477.

32 JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? *ZStW,* vol. 117, n° 4, 2005, p. 844-846.

33 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89.

## 3 Direito penal do inimigo aplicado à questão migratória

A concepção do Direito Penal do Inimigo, conforme visto no capítulo anterior, baseia-se no rompimento do contrato social que transforma o cidadão em um traidor, um inimigo e que, por isso, deixa de ser sujeito de direitos, sendo segregado socialmente para a proteção do Estado Liberal. No presente capítulo, analisa-se se e como essa racionalidade estaria presente também nas políticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido.

Se no âmbito do direito interno a existência de potenciais inimigos vem justificando uma série de medidas de segurança e prevenção, tais como escutas telefônicas, espionagem de estado, fiscalizações em locais públicos. No âmbito internacional, as mesmas razões estariam sendo utilizadas para sustentar a necessidade de fiscalizar o mar com drones, interceptar botes com migrantes, fechar fronteiras com muros e cercas e realizar detenções migratórias em massa? A racionalidade do inimigo estaria por trás das coletas de dados biométricos de migrantes e da realização de acordos internacionais para que terceiros Estados contenham migrantes em centros de detenção e interceptem embarcações (Líbia, Marrocos e Turquia)?

Para Todorov o medo real ou construído do inimigo é peça central para compreender as políticas migratórias pós-11 de setembro. Segundo o autor, os Estados podem ser classificados em três grupos de acordo com o sentimento dominante: os Estados "do apetite", os Estados "do ressentimento" e os Estados "do medo". Os Estados "do medo" seriam aqueles que constituem o Ocidente, aqueles que dominaram o mundo por séculos e que temem os efeitos da sua perda de poder para os dois grupos precedentes. Os Estados "do apetite" (*e.g.* China, Índia, Coréia do Sul, Taiwan e outros), temem que a sua emergência econômica faça com que os mesmos sejam vistos como uma ameaça, tornando-os alvo de medidas de contenção no comércio internacional. No que se refere aos Estados de ressentimento (*e.g.* países da África e do Oriente Médio), temem os ataques bélicos e *coup d'etat* que os Estados "do medo" poderiam desferir ou patrocinar, ocasionando instabilidades internas como guerras civis e emigração em massa dos seus habitantes para os Estados do medo.[34]

De acordo com as estimativas do *Watson Institute*, instituto vinculado à *Brown University* dos Estados Unidos da América, elaboradas com base nos relatórios do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), desde o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, quando o então presidente norte-americano, George W. Bush, anunciou a "guerra global ao terror" (*global war on terror*), os Estados Unidos da América lançaram ou participaram de oito guerras (sem contar a Ucrânia), as quais obrigaram 37 milhões de pessoas a deixarem

34 TODOROV, Tzvetan. *O medo dos bárbaros*. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 13.

seus lares, em uma estimativa conservadora, e, entre 48 e 59 milhões de pessoas, em uma estimativa menos conservadora. Guerras que foram iniciadas e, eventualmente, abandonadas pelo governo norte-americano, deixando um rastro de mortes, miséria, traumas, atraso e um futuro repleto de incertezas nos Estados do "ressentimento".[35]

As instabilidades existentes nos Estados do "ressentimento" auxiliam na superação dos problemas de envelhecimento populacional nos Estados de destino, beneficiando majoritariamente as elites econômicas de diversos setores e de grandes corporações que se beneficiam com a mão de obra de baixo custo em inúmeros setores e com o aumento nos valores das locações imobiliárias. O ingresso de trabalhadores migrantes também possibilita redução no custo de serviços de empregados domésticos, babas, jardinagem, corte de cabelo, reformas e manutenção residencial, que se tornam mais acessíveis, beneficiando as elites econômicas.[36]

Nesse sentido, a condição jurídica de irregularidade dos migrantes que não possuem documentos ou autorização legal para o trabalho atende ao interesse de se criar uma força de trabalho dócil e vulnerável.[37]

Em um contexto de êxodo rural generalizado e progressivo nos países da Europa Ocidental, por exemplo, as zonas rurais têm representado um cenário favorável para os recém-chegados, pois facilitam o acesso às fontes básicas de subsistência e oportunidades de emprego. As áreas rurais também oferecem níveis de invisibilidade e informalidade que ajudam a acomodar os migrantes irregulares, o que abre caminho para situações de dura exploração.[38]

O migrante irregular ou clandestino é colocado como um inimigo que está invadindo o território soberano de outro país, chegando em botes, com auxílio de coiotes, não devendo possuir direitos. Pouco se menciona, entretanto, que a irregularidade foi construída a partir de políticas e práticas migratórias conhecidas como "apartheid de passaporte" (*passport apartheid*),[39] que consiste na imposição de vistos para os nacionais dos Estados do ressentimento, com o objetivo de vedar o ingresso regular dos seus nacionais aos Estados de destino.

35 VINE, David; COFFMAN, Cala; KHOURY, Katalina; LOVASZ, Madison; BUSH, Helen; LEDUC, Rachel; WALKUP, Jennifer. "Creating refugees: displaced caused by the United States' post-9/11 wars". *Watson Institute.* Disponível em: https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2020/Displacement_Vine%20et%20al_Costs%20of%20War%202020%2009%2008.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

36 HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. *The age of migration*. 6. ed. New York: Guilford, 2020, p. 280.

37 HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. *The age of migration*. 6. ed. New York: Guilford, 2020, p. 280.

38 PALUMBO, Letizia; CORRADO, Alessandra; TRIANDAFYLLIDOU, Anna. Migrant labour in the agro-food system in Europe: unpacking the social and legal factors of exploitation. *European Journal of Migration and Law,* v. 24, 2022, p. 182.

39 KOCHENOV, Dimitry Vladimirovich. "Ending the passport apartheid. The alternative to citizenship is no citizenship – A reply". *International Journal of Constitutional Law. Vol*. 18, n. 4, Dec. 2020, p. 1528.

Diante do desespero vivido pelos migrantes e refugiados dos Estados de ressentimento, eles se submetem a pagar cerca de mil euros por pessoa aos coites para tentar ingressar nos países da União Europeia de forma irregular. A prática do "apartheid de passaporte", assim, é uma manifestação de "precariedades construídas", ou seja, barreiras desumanizadoras, artificialmente criadas, para impedir pessoas de exercer direitos humanos como o de deixar o seu país de origem em momentos de crise humanitária e o de buscar e usufruir refúgio nos Estados de destino. Direitos que estão previstos nos artigos 13 e 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos.[40]

O artigo 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos reconhece o direito de migrar, ao estabelecer que todas as pessoas têm "direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar", reconhece também o "direito de procurar e de gozar asilo em outros países", conforme disposto no artigo 14. A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, por outro lado, reconhece que toda pessoa tem o direito de buscar refúgio em outros países devido à perseguição. Migrar ou buscar refúgio em outro país não são, portanto, atos ilegais.[41]

A prática do "*apartheid* de passaporte", ao impedir que migrantes e refugiados alcancem os países de destino de forma segura, incentiva o embarque em transportes precários e clandestinos, fornecidos pelo crime organizado, colocando em risco o direito à vida e à segurança pessoal, previstos no artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Essa política migratória nega os direitos humanos aos migrantes, sob o pretexto de que são originários de países "inimigos" e que são pessoas possivelmente perigosas. Por outro lado, explora sua vulnerabilidade como meio de obter mão de obra dócil e de baixo custo.

Vistas de forma global, as medidas migratórias aplicadas aos migrantes e refugiados da África e do Oriente Médio na União Europeia e no Reino Unido (dentre outros) assemelham-se àquelas utilizadas durante o regime de *apartheid* na África do Sul, motivo pelo qual vêm sendo descritas por Besteman como "apartheid global militarizado". Segundo Besteman, trata-se de um sistema que, a um custo elevadíssimo e, utilizando tecnologia de ponta, destina locais reservados (União Europeia e Reino Unido) para determinadas pessoas (os cidadãos e os turistas) com base em critérios raciais, religiosos, políticos, educacionais e econô-

40 CRÉPEAU, Françoise. "Towards a global and diverse world: 'facilitating mobility' as a central objective of the Global Compact on Migration". *International Journal of Refugee Law*. Vol. 30, n. 4, 2018, p. 658.

41 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Revised Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention*. Disponível em: https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3bd036a74/unhcr-revised-guidelines-applicable-criteria-standards-relating-detention.html. Acesso em: 5 set. 2023.

micos (europeus, brancos, cristãos e pessoas ricas de outras regiões), possuindo controles de ingresso (*check points*), detenção daqueles que tentarem o ingresso de forma irregular (os inimigos) e a criação de mecanismos legais que possibilitem o ingresso daqueles que prestam serviços necessários (os migrantes desejados por serem qualificados e com recursos) na região reservada.[42]

Isso se torna evidente a partir da metáfora utilizada pelo chefe da diplomacia da União Europeia, Josep Borrel, que afirmou em seu discurso de inauguração da Academia Diplomática Europeia, no dia 13 de outubro de 2022, que "a Europa é um jardim" e que "o resto do mundo" "não é exatamente um jardim, a maior parte do resto do mundo é uma selva, e a selva poderia invadir o jardim".[43] A metáfora foi utilizada para fundamentar o desejo de que as pessoas que moram na "selva", os inimigos, permaneçam na "selva" e que a União Europeia adote medidas preventivas de contenção, dissuasão e externalização para conter a "selva", como se as pessoas envolvidas não fossem sujeitos de direitos. Novamente a racionalidade do Direito Penal do Inimigo demonstra-se bastante presente.

Para o bem maior da coletividade, faz-se necessário garantir a preservação do "jardim" em face da invasão dos bárbaros, o que justificaria a utilização de um conjunto de práticas migratórias desumanizadoras ou *non-entrè mechanisms*, tais como, a interceptação de embarcações, os acordos com países de trânsito para detenção de migrantes, a utilização de centros de detenção migratória na União Europeia, o controle marítimo com drones, a criminalização de quem auxilia no resgate de migrantes em botes clandestinos e os *push backs* (retorno forçado de embarcações de refugiados no mar ou a proibição do ingresso de refugiados nas fronteiras através de muros, cercas, jatos de água e recusa no recebimento de pedido de refúgio, seguida por deportação). Dentre os objetivos dessas práticas, encontra-se o de tornar o Sistema Europeu Comum de Asilo e os tribunais europeus inacessíveis aos "inimigos", o que faz sentido na ótica do Direito Penal do Inimigo, em que o inimigo perde os seus direitos.[44]

Essas práticas de contenção são realizadas sobre o pretexto de garantir segurança em face do estrangeiro, de origem desconhecida, o chamado "extracomunitário", visto como uma espécie de bárbaro.[45] Os mecanismos de contenção, enquanto conjunto de práticas desumanizadoras, podem ser utilizadas também

42 BESTEMAN, Catherine. "Militarized global apartheid". *Current Anthropology.* Vol. 60, n. 19, Feb. 2019, p. 28.

43 LIBOREIRO, Jorge. Josep Borrell apologises for controversial 'garden vs jungle' metaphor but defends speech. *Euronews.* Disponível em: https://www.euronews.com/my-europe/2022/10/19/josep-borrell-apologises-for-controversial-garden-vs-jungle-metaphor-but-stands-his-ground. Acesso em: 7 set. 2023.

44 GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; HATHAWAY, James C. "Non-Refoulement in a world of cooperative deterrence". *Columbia Journal of Transnational Law.* Vol. 53, n. 2, 2015, p. 236-238.

45 TOMASELLI, Alessandro. "Sicurezza ed Immigrazione Nell'UE: Profili di Diritto Europeo e Riflessioni Critiche." *Cross-Border Journal for International Studies.* Vol. 2, n. 1, 2017, p. 97.

com o objetivo de dissuadir futuros refugiados de buscar refúgio em determinados Estados de destino. Neste sentido, a informação sobre mecanismos de contenção, tais como, a autorização legal da Diretiva da União Europeia para detenção de solicitantes de refúgio por até um ano e meio em centros de detenção circula entre migrantes e refugiados com o objetivo de dissuadir pessoas indesejadas da ideia de migrar e buscar refúgio no bloco europeu.[46]

Por serem majoritariamente de origem islâmica, os migrantes e refugiados que embarcam rumo à Europa em embarcações clandestinas recebem um tratamento bastante distinto daquele fornecido aos migrantes ucranianos, brancos, cristãos e aliados.

Na Bulgária, o Primeiro-Ministro, Kiril Petkov, justificou o tratamento diferenciado aos ucranianos com toques de racionalidade do Direito Penal do Inimigo, ao dizer que os ucranianos eram europeus, "pessoas inteligentes e educadas" e "não pessoas com passado incerto, que podem ter sido terroristas". Com uma narrativa semelhante, o Presidente da Hungria, Viktor Orban, afirmou que não era necessário ser um cientista de ponta para perceber a diferença entre "as massas chegando de regiões muçulmanas em busca de uma vida melhor na Europa" e os "refugiados ucranianos que estão fugindo da guerra".[47]

Neste sentido, no âmbito migratório adota-se a racionalidade do Direito Penal do Inimigo na medida em que abandona a lógica do Direito Penal do Fato e passa a trabalhar com uma lógica de Direito Penal do Autor**,** em que o indivíduo é punido por aquilo que ele é, migrante indesejado. O migrante islâmico, originário de Estados falidos, é visto como uma ameaça, um inimigo em potencial, passando a ser punido com a restrição de uma série de direitos humanos.

Após o atentado de 11 de setembro de 2001, houve a adoção da perspectiva de securitização, em que migrantes passaram a serem vistos também como uma ameaça à segurança e à integridade cultural dos Estados de destino,[48] sendo estabelecida uma relação significativa entre migração e crime, conhecida pelo termo "crimigração".[49]

---

46 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Revised Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention.* Disponível em: https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3bd036a74/unhcr-revised-guidelines-applicable-criteria-standards-relating-detention.html. Acesso em: 5 set. 2023.

47 RELIEFWEB. *The Ukraine Crisis Double Standards: Has Europe's Response to Refugees Changed?* 2 mar. 2022. Disponível em: https://reliefweb.int/report/ukraine/ukraine-crisis-double-standards-has-europe-s-response-refugees-changed. Acesso em: 5 set. 2023.

48 HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. *The age of migration*. 6. ed. New York: Guilford, 2020, p. 234.

49 STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review,* [*s. l.*], v. 56, n. 2, p. 367-419, Dec. 2006, p. 368-369.

Em 2016, pesquisas do *Pew Research Center* apontaram que a crise de refugiados de 2015-2016 e a ameaça de terrorismo estavam muito relacionadas entre si na mente de inúmeros europeus. Em 8 das 10 nações europeias pesquisadas, mais de 50% das pessoas acreditavam que os refugiados que chegavam na União Europeia aumentavam a probabilidade de atentados terroristas em seus países.[50]

Não surpreendentemente, o estudo descobriu que as percepções negativas em relação aos muçulmanos aumentaram na última década. A visão dominante é que eles querem se diferenciar do resto da sociedade, em vez de adotar os costumes e o modo de vida da nação,[51] representando um perigo para a manutenção cultural e étnica da Europa. Além disso, a sua presença passou a ser associada a grupos extremistas e ataques terroristas por políticos oportunistas.[52]

Um dos casos que ilustram a transformação de migrantes em inimigos ocorreu em 2015 na Polônia, quando a retórica "islamofóbica" se tornou uma estratégia de sucesso nas eleições. Durante a campanha, o líder do partido eleito, Jaroslaw Kaczinski, sustentou que os migrantes estavam impondo as leis islâmicas nas regiões da Suécia onde viviam e que o ingresso dos refugiados na Polônia implicaria na mudança da cultura e em níveis mais baixos de segurança. Essa retórica levou centenas de pessoas às ruas com *slogans* como: "hoje refugiados, amanhã terroristas" e "Polônia livre do Islã".[53]

A declaração de guerra ao terrorismo islâmico e a construção simbólica de um conflito de civilizações, neste sentido, aumentou a hostilidade em relação aos migrantes e refugiados, dando início à chamada "sociedade da vigilância", caracterizada pela proliferação de medidas de controle social.[54]

A mídia passou retratar migrantes e refugiados como uma ameaça à segurança, identidade e cultura.[55] Ao vincular o migrante ao terrorismo, torna-se mais factível a sua visualização como "inimigo", o que facilita a justificativa de medidas de segurança que excepcionam os direitos humanos. A ideia de uma "crise de segurança", neste sentido, que inclui também dimensões étnicas, culturais e religiosas, passou a ser utilizada para, na prática, retirar os direitos dos migrantes e

50 FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. *Refugees, migration and global governance.* New York: Routledge, 2020, p. 18.

51 FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. *Refugees, migration and global governance.* New York: Routledge, 2020, p. 18.

52 BLITZ, Brad. "Another story: what public opinion data tell us about humanitarian policy." *Journal on Migration and Human Security.* Vol. 5, n. 2, 2017, p. 380.

53 FULLERTON, Maryellen. "Borders, bans, and courts in the European Union." *Roger Williams University Law Review.* Vol. 23, n. 2, Spring 2018, p. 393.

54 FAZZI, Luca. Social work, exclusionary populism and xenophobia in Italy. *International Social Work,* v. 58, n. 4, 2015, p. 596.

55 FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. *Refugees, migration and global governance.* New York: Routledge, 2020, p. 3.

refugiados, tornando-os alvos de práticas ilegais, tais como *push backs*, fechamento de fronteiras, detenção migratória e deportação de migrantes em massa, restrições de acesso à justiça e outras medidas para contenção dos "inimigos" com práticas excepcionais, que outrora seriam inaceitáveis.[56]

Migrantes e refugiados, dentro e fora da União Europeia e do Reino Unidos, passaram a ser alvo de crescente hostilidade desde 2001, com aumento do nível de xenofobia, especialmente em relação a pessoas de origem islâmica. Esse comportamento tem como reflexo o aumento do ressentimento por parte da minoria islâmica nos países que compõem a União Europeia, agravando os conflitos, a violência e insegurança. Os exemplos mais recentes encontram-se na Suécia, onde grupos de pessoas contrárias ao islã realizaram a prática de queimar o Alcorão em locais públicos, o que gerou protestos em diversos países islâmicos com a queima da bandeira sueca em um protesto no Paquistão e a destruição do prédio da embaixada da Suécia em Bagdá, após manifestantes invadirem e atearem fogo no mesmo, em julho de 2023.

## 4 Detenção migratória e a racionalidade do direito penal do inimigo

No sistema judicial, as pessoas são presas por causa de algo que fizeram, enquanto na detenção migratória as pessoas estão sujeitas à privação de liberdade por aquilo que elas são, ou na linguagem das diretivas da União Europeia, porque não atendem a certos critérios administrativos. Em muitos casos, isso ocorre porque os detidos são originários de países islâmicos que vivem crises humanitárias, sendo classificados como pessoas que podem solicitar refúgio para evitar o seu retorno aos países de origem, representando despesas para os Estados de destino. Desta forma, "tecnicamente" não cumprem os requisitos para obtenção de visto e sua tentativa de ingresso poderá ser alvo de detenção migratória, seguida por deportação.[57]

Na maioria dos países, a prisão judicial é regulamentada por procedimentos bem estabelecidos com o objetivo de proporcionar responsabilidade e transparência da prisão e das experiências dos presos. A detenção migratória não é regulamentada da mesma forma e, portanto, as condições dos detidos podem ser aplicadas arbitrariamente e muitas vezes são severas,[58] o que aproxima a detenção

56 SINHA, Anita. "Defining detention: the intervention of the European Court of Human Rights in the detention of involuntary migrants." *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 50, n. 3, Spring 2019, p. 182.

57 NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. Understanding immigration detention and its human impact. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). *Immigration detention: the migration of a policy and its human impact*. New York: Routledge, 2015, p. 3.

58 NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. Understanding immigration detention and its human impact. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). *Immigration detention: the migration of a policy and its human impact*. New York: Routledge, 2015, p. 3.

migratória da racionalidade de um Direito Penal do Inimigo ilegítimo, em que as garantias processuais são retiradas e as penas aplicadas são desproporcionais.

As detenções migratórias não costumam ser determinadas por decisões devidamente fundamentadas em lei e baseadas em fatos comprovados, mas sim em decisões discricionárias de autoridades migratórias que privam as pessoas da liberdade sem justificativa e, muitas vezes, nem prazo de duração. Assim, além de desconhecerem os motivos e fundamentos legais de suas detenções, migrantes e solicitantes de refúgio detidos, diferentemente das pessoas condenadas judicialmente a penas de privação de liberdade, não sabem quando voltarão a ter liberdade. As incertezas sobre a duração da detenção e sobre o resultado da solicitação de refúgio causam imensa ansiedade e outros problemas de saúde física e mental.

A detenção é geralmente justificada com base na percepção do risco de as pessoas fugirem ou serem um perigo para o público, na incerteza sobre a identidade, na facilitação da resolução de reivindicações de imigração ou na remoção do país.[59] Nestes procedimentos, migrantes e refugiados não são vistos como sujeitos de direito, mas sim como objetos da coação estatal.

A narrativa da segurança, baseada no medo do inimigo, assume tamanha dimensão que se deixa de considerar a existência de direitos a serem observados no contexto de um Estado de Direito. Práticas arbitrárias de detenção, que são vedadas pelas normas internacionais, passam a ser aplicadas à luz do dia e o direito à liberdade de movimento deixa de ser aplicado aos inimigos.[60] Assim, a privação de liberdade, em hipóteses não previstas em lei, que se configura como uma das mais sérias violações de direitos humanos, interferindo no direito de ir e vir e na liberdade física de uma pessoa passa a ser vista com naturalidade quando se trata de migrantes e refugiados.

## 5 Considerações finais

Percebe-se, assim, uma série de aplicações da racionalidade do Direito Penal do Inimigo nas políticas e práticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido, destacando-se as medidas preventivas utilizadas contra sujeitos específicos, classificados como inimigos, independentemente da sua conduta, negando-lhes o acesso a direitos como o de solicitar refúgio, seguido pelas práticas de detenção migratória que, em muitos casos, tolhem direitos processuais como acesso

59 GRIFFITHS, Melanie. 'A proud tradition'? Immigration detention in the United Kindgom. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). *Immigration detention: the migration of a policy and its human impact*. New York: Routledge, 2015, p. 14.

60 ACNUR. Diretrizes para a detenção. *Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção*. Genebra: UNHCR, 2012. Disponível em: https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=53d602884. Acesso em: 7 set. 2023.

à justiça, o devido processo legal, a ampla defesa e contraditório, culminando com punições desproporcionais como a criminalização do ingresso irregular de quem foge da miséria e da violência com penas elevadas.

A utilização da racionalidade do Direito Penal do Inimigo tanto no Direito Interno quanto no Direito Internacional afronta os direitos humanos e os ideais iluministas, colocando em risco a própria concepção do Estado de Direito que passa a ser substituído por um Estado Policial, onde as autoridades estão acima das leis, podendo, cada vez mais, agir de forma preventiva, fiscalizando e tolhendo a liberdade de pessoas pelo que elas são e não pelo que fizeram.

Ao direcionar tais medidas preventivas a um determinado grupo étnico, racial e religioso, as políticas migratórias inspiradas no Direito Penal do Inimigo agravam o ressentimento que é sentido por pessoas de origem islâmica, ampliando os riscos de atos de violência e animosidade na União Europeia e no Reino Unido.

O contrato social deve abranger toda a comunidade internacional, garantido a todos uma vida digna, independentemente de raça, religião, nacionalidade ou condição econômica. Os problemas climáticos, a concentração de riqueza e o domínio tecnológico em si tendem a criar cada vez mais ondas maciças de migrantes e refugiados ao redor do mundo. Deixá-los fora do contrato social e do Direito sob o pretexto de que são inimigos pode acabar isolando aqueles que estão no contrato social, que passam a representar uma minoria, e a história da queda do Império Romano pode se repetir.

A brilhante concepção de Günther Jakobs, sobre o "Direito Penal do Inimigo", neste sentido, auxilia na compreensão de uma racionalidade que transcende o campo penal interno, alcançando os âmbitos internacional e migratório. Conhecer a teoria do Direito Penal do Inimigo é fundamental para compreender os impactos da sua racionalidade sobre o Estado de Direito e sobre as crescentes ameaças à paz internacional.

## Referências bibliográficas

ACNUR. Diretrizes para a detenção. *Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção.* Genebra: UNHCR, 2012. Disponível em: https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=53d602884. Acesso em: 7 set. 2023.

ASHOLT, Martin. Die Debatte über das „Feindstrafrecht" in Deutschland, *ZIS,* n° 4, 2011, p. 180-192.

BBC. *Erros e mentiras no caso Jean Charles, brasileiro morto em Londres em 2005 pela polícia*. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53512282. Acesso em: 9 set. 2023.

BENHABIB, Seyla. *The right of others: aliens, residents and citizens.* Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da religião. São* Paulo: Abril, 1974.

BESTEMAN, Catherine. "Militarized global apartheid". *Current Anthropology.* Vol. 60, n. 19, Feb. 2019, p. 26-38.

BLITZ, Brad. "Another story: what public opinion data tell us about humanitarian policy." *Journal on Migration and Human Security*. Vol. 5, n. 2, 2017, p. 379-400.

CLAYTON, Gina; FIRTH, Georgina. *Immigration and Asylum Law*. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

CRÉPEAU, Françoise. "Towards a global and diverse world: 'facilitating mobility' as a central objective of the Global Compact on Migration". *International Journal of Refugee Law*. Vol. 30, n. 4, 2018, p. 650-656.

FAZZI, Luca. Social work, exclusionary populism and xenophobia in Italy. International Social Work, *v. 58, n.* 4, 2015, p. 595-605.

FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. *Refugees, migration and global governance*. New York: Routledge, 2020.

FULLERTON, Maryellen. "Borders, bans, and courts in the European Union." *Roger Williams University Law Review*. Vol. 23, n. 2, Spring 2018, p. 393-418.

GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; HATHAWAY, James C. "Non-Refoulement in a world of cooperative deterrence". *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 53, n. 2, 2015, p. 235-284.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRIFFITHS, Melanie. 'A proud tradition'? Immigration detention in the United Kindgom. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). *Immigration detention: the migration of a policy and its human impact*. New York: Routledge, 2015.

GÜNDOGDU, Ayten. *Rightlessness in an age of rights: Hannah Arendt and contemporary struggles of migrants*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. *The age of migration*. 6. ed. New York: Guilford, 2020.

HEIN, Christian. "Kant's Perpetual Peace as a manual for the twenty-first century? Cosmopolitanism, ethics, and the role of the individual in a globalizing society". *US-China Law Review*. Vol. 17, n. 2, p. 25-38, Feb. 2020.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *ZStW,* vol. 97, fascículo 4, 1985, p. 751-785.

JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Hsu, Yu-hsiu (editor). *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure,* An anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hun. Taipeh, 2003, p. 41-63

JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Ritsumeikan Law Review,* N° 21, 2004, p. 93-107.

JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS,* Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 88-95.

JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? *ZStW,* vol. 117, n° 4, 2005, p. 839-851.

JAKOBS Günther. Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, *HRRS,* vol. 8-9, set. 2006, p. 289-297.

JAKOBS, Günther. Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: ROSENAU,Henning; KIM, Sangyun (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 167-182.

JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. 2ª ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2021, p. 44 e ss.

JAKOBS, Günther. *Sistema de Imputação Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, CDS Editora, 2024, p. 23 e s.

KANT, Immanuel. *Perpetual peace and other essays*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1983.

KOCHENOV, Dimitry Vladimirovich. "Ending the passport apartheid. The alternative to citizenship is no citizenship – A reply". *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 18, n. 4, Dec. 2020, p. 1525-1530.

LAVENEX, Sandra. "Failing forward towards which Europe: organized hypocrisy in the Common European Asylum System". *Journal of Common Market Studies*. Vol. 56, n. 5, July 2018, p. 1195-1212.

LIBOREIRO, Jorge. Josep Borrell apologises for controversial 'garden vs jungle' metaphor but defends

speech. *Euronews*. Disponível em: https://www.euronews.com/my-europe/2022/10/19/josep-borrell-apologises-for-controversial-garden-vs-jungle-metaphor-but-stands-his-ground. Acesso em: 7 set. 2023.

NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. Understanding immigration detention and its human impact. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). *Immigration detention: the migration of a policy and its human impact*. New York: Routledge, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Revised Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention*. Disponível em: https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3bd036a74/unhcr-revised-guidelines-applicable-criteria-standards-relating-detention.html. Acesso em: 5 set. 2023.

PALUMBO, Letizia; CORRADO, Alessandra; TRIANDAFYLLIDOU, Anna. Migrant labour in the agro-food system in Europe: unpacking the social and legal factors of exploitation. *European Journal of Migration and Law,* v. 24, 2022, p. 179-192.

RELIEFWEB. *The Ukraine Crisis Double Standards: Has Europe's Response to Refugees Changed?* 2 mar. 2022. Disponível em: https://reliefweb.int/report/ukraine/ukraine-crisis-double-standards-has-europe-s-response-refugees-changed. Acesso em: 5 set. 2023.

SINHA, Anita. "Defining detention: the intervention of the European Court of Human Rights in the detention of involuntary migrants." *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 50, n. 3, Spring 2019, p. 176-227.

SINN, Arndt, Moderne Verbrechensverfolgung - auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht? *ZIS,* vol. 3, 2006, p. 107-117.

STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review,* [*s. l.*], v. 56, n. 2, p. 367-419, Dec. 2006.

TODOROV, Tzvetan. *O medo dos bárbaros*. Petrópolis: Vozes, 2010.

TOMASELLI, Alessandro. "Sicurezza ed Immigrazione Nell'UE: Profili di Diritto Europeo e Riflessioni Critiche." *Cross-Border Journal for International Studies*. Vol. 2, n. 1, 2017, p. 81-102.

TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo da Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987.

TSOURDI, Evangelia L. "Asylum in the EU: one of the many faces of backsliding?". *European Constitutional Law Review*. Vol. 17, 2021, p. 471-497.

USA FACTS. *How many homeless people are in the US what does the date miss*. Disponível em: https://usafacts.org/articles/how-many-homeless-people-are-in-the-us-what-does-the-data-miss/. Acesso em: 9 set. 2023.

VINE, David; COFFMAN, Cala; KHOURY, Katalina; LOVASZ, Madison; BUSH, Helen; LEDUC, Rachel; WALKUP, Jennifer. "Creating refugees: displaced caused by the United States' post-9/11 wars". *Watson Institute*. Disponível em: https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2020/Displacement_Vine%20et%20al_Costs%20of%20War%202020%2009%2008.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

# INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA: OS CRIMES DO ART. 146-A DO CÓDIGO PENAL

*SYSTEMATIC INTIMIDATION: CRIMES UNDER ART. 146-A OF THE BRAZILIAN PENAL CODE*

***LEONARDO SCHMITT DE BEM***[1]

***JOÃO PAULO MARTINELLI***[2]

**RESUMO.** O crime de intimidação sistemática, como denominado pelo legislador, mais conhecido pelo termo *bullying*, foi inserido no Código Penal pela Lei n° 14.811, de 12 de janeiro de 2024, que instituiu medidas de tutela à criança e ao adolescente contra a violência escolar. Trata-se de um problema mundial, com ampliação de seu raio diante da evolução tecnológica (*e-bullying*). O legislador prescindiu de outras sanções em favor da referência penal. O abandono do caráter subsidiário do Direito penal veio acompanhado de atecnias na descrição típica da hipótese fática. A atenta análise dogmática permite extrair que se tratam de crimes complexos, de dano, materiais (exigindo resultado naturalístico) e carecedores de habitualidade para consumação. Este artigo decorre da realização de pesquisa descritiva e reflexiva e busca trabalhar as principais questões penais sobre as duas novas incriminações incorporadas ao Código Penal.

**PALAVRAS-CHAVE.** Intimidação sistemática. Ambientes presencial e virtual. Violência física ou psicológica. Habitualidade. Crimes de resultado. Bullying.

**ABSTRACT.** The crime of systematic intimidation, as called by the legislator, better known by the term "bullying", was inserted into the Brazilian Penal Code by Law No. 14,811, of January 12, 2024, which established measures to protect children and adolescents against school violence. It is a global problem, with its scope expanding in the face of technological evolution (e-bullying). The legislator dispensed with other sanctions in favor of the criminal reference. The abandonment of the subsidiary character of criminal law was accompanied by technicalities in the typical description of the factual hypothesis. A careful dogmatic analysis allows us to extract whether these are complex crimes, involving damage, material crimes (requiring a naturalistic result) and lacking habituality for consummation. This article

1 Pós-Doutor em Direito penal pela Universidad de Castilla La-Mancha (Espanha). Doutor em Direito Penal pela Università degli Studi di Milano (Itália) em cotutela com a Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor Adjunto V de Direito e Processo Penal na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

2 Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Professor do IBMEC-São Paulo, FAAP e da Faculdade Damas de Recife (Mestrado). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo. Advogado criminalista, consultor jurídico e parecerista.

results from descriptive and reflective research and seeks to address the main criminal issues regarding the two new crimes incorporated into the Brazilian Penal Code.

**KEYWORDS.** Systematic intimidation. In-person and virtual environments. Physical or psychological violence. Habituality. Crimes of naturalistic result. Bullying.

**SUMÁRIO**: 1 Antecedentes históricos e legislativos; 2 Previsão legal: contravenção e crime ou crimes?; 3 Origem, conceito, características e classificações do bullying; 3.1 Intimidação sistemática; 3.2 Agente(s) delitivo(s): bully(ies); 3.3 Atuações violentas; 3.4 Vítima(s)delitiva(s): alvo(s); 3.5 Intencionalidade; 3.6 Sem motivação evidente; 3.7 Atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação; 3.8 Ações praticadas; 4 Cyberbullying; 4.1 Ferramentas digitais; 4.2 Modalidades de cyberbullying; 4.3 Características do cyberbullying; 4.4 Subsidiariedade expressa; 5 Objetividade jurídica e estrutura delitiva; 6 Responsabilidade penal por omissão; 6.1 A figura dos professores e do corpo diretivo nas escolas; 6.2 A figura dos espectadores; 6.3 A figura dos genitores; 6.4 A figura do administrador das redes sociais; 7 Elemento subjetivo do tipo; 8 Consumação e tentativa; 9 Sanções cominadas, benefícios penais e ação penal; 10 Notas conclusivas; Referências bibliográficas.

## 1 Antecedentes históricos e legislativos

Presente na literatura especializada desde 1904 por iniciativa de Stanley Hall, o fenômeno do *bullying* passou a ser estudado sistematicamente, algumas décadas depois, pelo professor de psicologia da Universidade de Bergen, na Noruega, Dan Olweus. Ele é apontado como pioneiro nas pesquisas sobre os problemas do *bullying*[3].

Em específico, o pesquisador definiu três critérios que auxiliam sua identificação: ações repetitivas contra a mesma vítima por tempo prolongado; desiquilíbrio de poder, dificultando a defesa da vítima; e, ausência de motivos que justifiquem os ataques[4]. De seus estudos resultou um programa de intervenção *antibullying* com dois objetivos: elevar a conscientização sobre o *bullying* e apoiar e proteger às vítimas de violência escolar[5].

Trata-se de problema mundial, com ampliação de seu raio com a evolução tecnológica. Não se fala apenas do *bullying* presencial, senão também do *bullying* eletrônico.

3 GUARESCHI, Pedrinho. ***Bullying***: mais sério do que se imagina. Porto Alegre: Edipurs, 2008, p. 15-16.

4 CALHAU, Lélio Braga. *Bullying*, criminologia e a contribuição de Albert Bandura. **De jure**: Revista Jurídica do MPMG. Belo Horizonte, n. 11, jul./dez, 2008, p. 83.

5 LIMBER, Susan; OLWEUS, Dan. *Bullying* in School: Evaluation and Dissemination of the Olweus Bullying Prevention Program. **American Journal of Orthopsychiatry**, 80, 2010, p. 124-134.

No Brasil, em 2015, com a Lei n° 13.185, de 6 de novembro, instituiu-se um programa de combate ao *bullying* (art. 1°) que, além de buscar prevenir e combater sua prática em toda a sociedade, elencou objetivo voltado à área escolar, com a capacitação de professores e equipes pedagógicas para a implementação de ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema (art. 4°, II). A violência escolar e outras condutas disruptivas praticadas por alunos e alunas podem comprometer o desenvolvimento emocional das vítimas e, em certas situações, acarretar consequências muito graves, como o próprio suicídio ou massacres escolares.

Por meio da Lei n° 13.431/2017, de 4 de abril, o legislador elencou diferentes formas de violência que podem atingir crianças e adolescentes. Na classe da violência psicológica incluiu o *bullying* como um dos meios de discriminar, depreciar ou desrespeitar os menores (art. 4°, II, *a*). Observando as condições peculiares, é dever assegurar a proteção integral e oportunidades para que vivam em ambientes sem violência, preservando-lhes suas saúdes física e mental, além de seus desenvolvimentos moral, intelectual e social (art. 2°).

Além do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima de violência normatizado pela Lei n° 13.431/2017, mecanismos de prevenção e enfrentamento da violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes, nos termos da Constituição Federal e de Tratados Internacionais, foram dispostos pela Lei n° 14.344/2022, de 24 de maio. Nada impede, guardadas as diferenças necessárias com maus-tratos infantis e violência intrafamiliar, a prática do *bullying*, decorrente de ação ou omissão, em ambiente doméstico (art. 2°, I a III). Neste caso, as condutas representarão violação de direitos humanos (art. 3°).

Pelo exposto, observa-se que o *bullying* poderá ocorrer em ambiente escolar ou familiar. Isso não significa que apenas crianças ou adolescentes são vítimas de intimidação sistemática ou que a conduta somente ocorra nestes contextos. Pode acontecer envolvendo colegas de uma empresa, sendo uma pessoa adulta a vítima de constante intimidação. Ainda pode suceder em outro espaço em que haja relações interpessoais, como no quartel (ambiente militar), em clubes ou em igrejas (ambientes culturais), no sistema prisional, etc.

Indiferente aos protagonistas envolvidos, veja-se que em nenhum dos diplomas o *bullying* recebeu enfoque penal. Sua tipificação ocorreu com a promulgação da Lei n° 14.811/2024, de 12 de janeiro, que, além de outras medidas, incluiu esta conduta no art. 146-A no Código Penal. Na arquitetura legislativa, trata-se de *crime* contra a liberdade pessoal, embora esta escolha tenha suscitado discordância entre os próprios juristas, como veremos em seguida.

## 2 Previsão legal: contravenção e crime ou crimes?

Recentemente o legislador prescindiu de outras sanções em favor da referência penal. Por menos de uma década sustentou um dos objetivos do Programa de Combate à Intimidação Sistemática, instituído pela Lei n° 13.185/2015, consistente em "evitar, *tanto quanto possível*, *a punição* dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil" (art. 4°, VII).

O abandono da diretriz revela que a intervenção mínima é somente um princípio de ética legislativa e, embora fosse prudente considerá-lo, o populismo penal demonstra como é fácil preterir as demais áreas de conhecimento ou medidas de política social.

Considerando o caráter subsidiário do Direito penal, por certo haverá vozes questionando se a criminalização era necessária, afinal, há outras estratégias de enfrentamento e combate do *bullying*, um problema de saúde pública. Este debate, embora legítimo, dificilmente sensibilizará as instâncias judiciais de controle, geralmente passivas em temas penais[6].

Cumprirá especialmente aos membros da Ciência Penal revelar que a infração, como um todo, e sua redação típica, em particular, apresentam questões discutíveis e, em certos pontos, bastante problemáticas. De início, qual a natureza jurídica do art. 146-A, *caput?*

Alguns autores, em suas redes sociais, a partir da definição prevista no art. 1° do Dec.-lei n° 3.914/1941, de 9 de dezembro, perfilham que a respectiva infração é simples contravenção penal, de sorte que o legislador cominou, *isoladamente*, pena de prisão. Discorda-se. A partir da Constituição Federal de 1988, a regra prevista no artigo inaugural da Lei de Introdução ao Código Penal, carece de sentido. Ao regular o princípio da individualização (art. 5°, XLVI), o constituinte autoriza o legislador comum a prever qualquer pena às infrações, exceto às proibidas no próprio texto da Carta Maior[7].

A cominação isolada de multa não torna a infração uma contravenção. Observe que a Lei n° 14.811/2024 incluiu o *bullying* no elenco dos *crimes* contra a liberdade (art. 146-A), no título dos *crimes* contra a pessoa (Título I da Parte Especial).

6 DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 19 e ss.

7 Já antes da Constituição Federal, no âmbito eleitoral, o legislador previu vários *crimes* punidos exclusivamente com multa (*v.g.* art. 292, art. 303, etc., da Lei n° 4.737/1965). Ainda, na Lei n° 6.091/1974, que dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dia de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais, previu expressamente como *crime* eleitoral conduta a que não cominou nem pena privativa de liberdade e tampouco pena de multa (art. 11, *caput* e V), apenando com *o cancelamento do registro do candidato ou de seu diploma, quando já houver sido proclamado eleito*. Levando "a ferro e fogo" o conceito do art. 1° do Dec.-lei 3.914/1941, a previsão configuraria *infração sui generis*.

Portanto, é inapropriado, desrespeitando a arquitetura legislativa, insistir que a infração não é crime, porquanto apenada isoladamente com multa. O princípio da legalidade matiza que não existe *crime* sem *lei*. Nestes termos, quando a lei prevê uma infração, em regra, é crime[8]. Apenas não o será se o legislador expressamente consignar, em lei, que a infração em específico é uma contravenção[9].

Ainda: seria absolutamente singular, para não usar um termo mais forte, entender que a infração, na forma básica do *caput*, é mera contravenção e, na forma qualificada do parágrafo único do art. 146-A, revela-se um crime que não configura infração de menor potencial ofensivo e, assim, não admite qualquer mecanismo de diversificação da Lei n° 9.099/1995.

A partir da incriminação, sob o ângulo da proporcionalidade, pode-se argumentar que a cominação isolada de multa ofende a faceta de proteção penal insuficiente e, ademais, a seguir a regra do art. 49 do Código Penal, enfatizar que nem mesmo seu destinatário será a vítima da conduta. É uma *pena penitenciária*, como denominava René Dotti[10]. De fato, embora necessário, é inapropriado que o recurso pecuniário se volte ao incentivo de atividades e de programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário (art. 1° da LC n° 74/94), quando existe lei específica que instituiu um Programa de Combate à Intimidação Sistemática.

Entende-se que a insuficiente proteção penal, na prática, será compensada pela cláusula de subsidiariedade prevista expressamente no preceito secundário do tipo legal, de sorte que, levando-se em conta a descrição da hipótese fática, carente de taxatividade em alguns pontos, dificilmente o agente infrator não terá praticado crime mais grave. Na verdade, como também pontua Hugo Rogério Grokskreutz[11], não parece árduo comprovar a prática do verbo nuclear do respectivo tipo penal em que se traveste o *bullying*. Isto é, diante das intermediárias ações do agente lesivo, pode-se adequar formalmente a conduta em outro tipo penal. E estes são *sempre* mais graves que a modalidade da infração prevista no *caput* do art. 146-A.

A tutela penal se faz de acordo com a seguinte incriminação:

**Intimidação sistemática (*bullying*)**

8 Ao prever a expressão "se a conduta não constituir *crime* mais grave", o legislador passa a ideia de que a previsão em tela é de um crime, podendo deixar de incidir a multa se outro crime, *mais grave*, for imputado ministerialmente ao agente. A relação primariedade-subsidiariedade é extraída de uma comparação entre dois crimes.

9 Como exemplos, além do Dec-.lei n° 3.688/1941, de 3 de outubro, a *Lei das Contravenções Penais* (arts. 18/70), pode-se citar o Dec-.lei n° 6.259/1944, de 10 de fevereiro, que dispõe sobre o serviço de loterias (arts. 45/60).

10 DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 601.

11 GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. Aspectos penais e socioeducativos do bullying. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 16, n. 31, 2016, p. 151.

> *Art. 146-A. Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais:*
>
> *Pena - multa, se a conduta não constituir crime mais grave.*
>
> ***Intimidação sistemática virtual (cyberbullying)***
>
> *Parágrafo único. Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line* ou por qualquer outro meio ou ambiente digital*, ou transmitida em tempo real:*
>
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave.*

## 3 Origem, conceito, características e classificações do *bullying*

O vocábulo *bullying* se origina da palavra inglesa *bully*, que significa, como substantivo, pessoa *valente*, *tirana* ou *brigona*. Como verbo, por sua vez, significa *intimidar*. A derivação com o sufixo '*ing*', indica uma ação contínua, é dizer, o que acontece no presente e persiste no futuro, algo rotineiro. Ainda que receba outras traduções, ou mesmo que revele tradução inadequada, nosso legislador acabou por denominar o delito de *intimidação sistemática*.

A interpretação do tipo penal exige, de plano, que se conceitue *bullying*. Ana Barbosa Silva, em cartilha elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, discorre que o termo é utilizado para qualificar condutas agressivas no âmbito escolar, praticadas por meninos ou meninas. Os atos de violência, não necessariamente físicos, ocorrem de modo intencional e repetitivos contra um ou mais alunos vulnerabilizados, é dizer, impossibilitados de fazer frente às agressões sofridas. Descreve a autora que essas condutas não apresentam motivações específicas ou justificáveis. Em última instância, de acordo com a médica psiquiatra, significa dizer que "de forma 'natural', os mais fortes utilizam os mais frágeis como meros objetos de diversão, prazer e poder, com o fim de maltratar, intimidar, humilhar e amedrontar suas vítimas"[12].

Carolina Giannoni Camargo, por sua vez, discorre sobre um conjunto de *características* que permitem reconhecer este fenômeno: a situação de agressão física e/ou psicológica ocorre *entre pares*; quem realiza a agressão age com *intencionalidade*; há *frequência* ou *insistência* na conduta agressiva, acontecendo diária, semanal ou mensalmente; trata-se de violência *gratuita*, dispensando-se o comportamento

12 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. ***Bullying***: cartilha – Projeto Justiça nas Escolas. Brasília: CNJ, 2010, p. 7.

provocativo do ofendido; a violência é *velada*, de modo que as agressões ocorrem na presença de espectadores[13].

Em termos legais, apenas em 2015, ao prever no ordenamento jurídico a primeira lei com o objetivo de contenção da violência escolar, o legislador definiu *bullying:* "*todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o fim de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas*" (art. 1°, § 1° da Lei n° 13.185/2015).

De acordo com a mesma legislação, "a intimidação sistemática (*bullying*) está caracterizada quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda, ataques físicos, insultos pessoais, comentários sistemáticos e apelidos pejorativos, ameaças por quaisquer meios, grafites depreciativos, expressões preconceituosas, isolamento social consciente e preconceituoso, pilhérias" (art. 2°, I a VIII da Lei n° 13.185/2015).

Conforme as ações praticadas, são diversas suas *classes* legais: *bullying verbal* (insultar, xingar e apelidar pejorativamente); *bullying moral* (difamar, caluniar e disseminar rumores); *bullying sexual* (assediar, induzir e/ou abusar); *bullying social* (ignorar, isolar e excluir); *bullying psicológico* (perseguir, dominar, intimidar, aterrorizar, amedrontar, manipular, chantagear ou infernizar); *bullying físico* (socar, chutar, bater); *bullying material* (furtar, roubar, destruir coisas de outrem) e *bullying virtual* (depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social) (art. 3°, I a VIII da Lei n° 13.185/2015).

Ao analisar a nova incriminação, percebe-se que o legislador compôs a redação típica do art. 146-A, *caput*, do Código Penal com parte do conceito legal (art. 1°, § 1°), com os atos de intimidação, humilhação ou discriminação que caracterizam a intimidação sistemática (art. 2°) e com as ações praticadas que ensejam suas distintas classes (art. 3°). Cumpre-nos, em seguida, buscar esclarecer cada um de seus elementos, o que não parece tarefa simples.

### 3.1 Intimidação sistemática

Na definição dicionarizada[14], *intimidar* é incutir medo, provocar apreensão, amedrontar, aterrorizar ou apavorar. O agente deseja dominar a vítima e, para tanto, age de maneira violenta contra ela. O mais fraco é explorado pelo mais forte,

13 CAMARGO, Carolina Giannoni. A violência chamada *bullying*. **Revista de Direito Público**, n. 65, 2011, p. 202-203.

14 Disponível em: http://www.uol.michaelis.com.br, acesso em 30 jan. 2024.

havendo um cenário de desequilíbrio de poder entre os pares envolvidos, muito embora este elemento conceitual (essencial) não tenha recebido acolhida na descrição da conduta típica.

Adverte-se que uma conduta isolada não concretiza o crime; ao contrário, requer-se uma atuação persistente, contínua ou constante. Inclusive, João Paulo Martinelli e Leonardo de Bem já reconheciam que as ofensas proferidas de modo *não* sistemático poderiam ser concurso de injúrias, mas não *bullying*[15]. Parte da doutrina entende que esta característica pode ser extraída implicitamente do advérbio *sistematicamente*, havendo redundância no emprego do elemento *repetitivo* na norma incriminadora[16]. Existe razão no argumento. Se a intimidação deve decorrer de condutas sistematicamente praticadas, é óbvio que é necessário haver repetição. Contudo, pensamos que é possível desenvolver com mais precisão.

Um procedimento sistemático pressupõe um método (sistemático pode ser interpretado como metódico). Assim, o tipo penal exige não apenas condutas habituais, e sim uma série de condutas que se desenvolvem de acordo com o método escolhido pelo agente para intimidar o ofendido. Essa diferença singela afeta diretamente a prova do elemento subjetivo, que, no caso, consiste na consciência e vontade de intimidar a vítima segundo um planejamento prévio para alcançar esse fim. É um crime unicamente doloso, conforme veremos.

Um procedimento sistemático descarta a casualidade e a simples repetição de condutas. Ofensas repetitivas dirigidas a uma pessoa podem não configurar o *bullying*, de acordo com a orientação legal, se a reiteração não fizer parte de um método para intimidá-la. Exemplifica-se: se **A** encontra **B** uma vez por semana e faz piadas com sua religião, sem o dolo de intimidá-lo, não estará configurado o art. 146-A, *caput* do Código Penal. A série de ofensas deve fazer parte de um suposto método escolhido pelo agente para chegar ao resultado pretendido: a alteração no estado psíquico do sujeito ofendido, afetando a própria liberdade individual.

### 3.2 Agente(s) delitivo(s): *bully*(*ies*)

A atuação do agressor pode ser individual ou em grupo. Trata-se de *crime unissubjetivo*, pois a intimidação sistemática pode ser praticada por qualquer quantidade de pessoas. Um, dois, três ou quantos agentes integrarem o concurso de pessoas. De outra banda, admite-se que a descrição típica descarta qualquer qualidade essencial do sujeito ativo. Porém, como destacado, uma das caracterís-

15 MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito penal**: lições fundamentais: parte especial: crimes contra a pessoa. 5ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 714.

16 Por hora, tão-somente a partir de publicações em redes sociais, pois não tivemos acesso às novas edições físicas, é a posição dos Promotores André Estefam e Rogério Sanches Cunha, ambos do Ministério Público de São Paulo, e do Procurador de Justiça Francisco Dirceu Barros, do Ministério Público de Pernambuco.

ticas do *bullying* é o abuso sistemático ocorrer *entre pares*. Considerando esta particularidade, um aluno pode intimidar sistematicamente outro, sofrendo os efeitos penais se imputável[17]. Mas, um professor não poderá ser *bully* tendo o aluno como vítima-alvo.

### 3.3 Atuações violentas

A intimidação sistemática requer atuações violentas por parte do agente. As agressões poderão ser *físicas* (*v.g.* socar, chutar, bater) ou *psicológicas* (*v.g.* perseguir, dominar, manipular, amedrontar, chantagear e infernizar). A violência física é a agressão corporal praticada pelo agente. Essas agressões podem ser de pouca relevância, como a contravenção de vias de fato, ou até muito graves, dando causa à morte da vítima. Por outro lado, a violência psicológica é o ataque à integridade moral do ofendido, à sua honra, à sua autoestima.

O art. 146-A, *caput*, reconhece a violência física ou psicológica como meio para a prática da intimidação, isto é, o dolo envolve um método para atingir a vítima com uso de agressões. Isso leva a outro problema: se o agressor quer intimidar a vítima com uso de violência física, mediante agressões corporais constantes, embora caracterizado o *bullying*, não haverá punição por este delito, diante de sua natureza subsidiária, respondendo o agente pelo concurso de lesões corporais. Parece estranho, mas é juridicamente possível que a pena do agente seja bem maior pelos meios escolhidos do que pelo fim pretendido.

### 3.4 Vítima(s)delitiva(s): alvo(s)

O sujeito passivo do crime é a pessoa sobre a qual recaem as consequências da conduta intimidatória sistemática. É o *alvo*, singular ou plural. Em geral, trata-se de pessoa vulnerável em relação ao agressor, isto é, "em franca desigualdade de poder, seja por situação socioeconômica, situação de idade, de porte físico ou até porque numericamente estão desfavoráveis". Ademais, como acrescenta Ana Barbosa Silva, "as vítimas, de forma geral, apresentam algo que destoa do grupo (são tímidas, introspectivas, *nerds*, muito magras, são de credo, raça ou orientação sexual diferente, etc.)". Para a psiquiatra, "este fato, por si só, já as torna pessoas com baixa autoestima e, portanto, são mais vulneráveis aos ofensores. Não há justificativas plausíveis para a escolha, mas certamente os alvos são aqueles que não conseguem fazer frente às agressões"[18].

17 A aplicação de sanção está restrita às condutas praticadas por adultos. Se as condutas forem praticadas no âmbito escolar, no qual menores de dezoito anos são autores e vítimas de *bullying*, a aplicação de medidas socioeducativas, a nosso juízo, não atenderia aos fins preventivos que se pretende com a punição. Soa até estranho: punir o jovem ao mesmo tempo em que impõe medidas de proteção à criança e ao adolescente.

18 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. ***Bullying***: cartilha – Projeto Justiça nas Escolas. Brasília: CNJ, 2010, p. 7.

A literatura aponta as várias consequências do *bullying* – especialmente se praticado no ambiente escolar – "como reações de estresse, baixo rendimento escolar, baixa autoestima, pensamentos destrutivos, como a ideia de vingança, que pode ser exteriorizada contra a própria instituição e pensamentos e ações suicidas, segundo a mídia tem noticiado"[19]. Para tocar com as mãos, em 2023, em Goiás, uma adolescente de dezesseis anos, depois de sofrer perseguição virtual, lesbofobia e *bullying*, ateou fogo contra o próprio corpo[20]. Os casos se multiplicam e não ficam restritos ao Brasil. Na Índia, três médicas foram presas acusadas de praticar *bullying* contra uma colega de faculdade que acabou se suicidando[21]. Não se descarte reações descontroladas da(s) vítima(s), provocando massacres em escolas (tentativas ou homicídios em massa)[22].

### 3.5 Intencionalidade

O preceito releva um delito doloso. Em todo caso, embora dispensável, o legislador deu destaque à premissa psicológica da vontade, entendida na linguagem cotidiana como *querer* a realização do tipo objetivo. Ou seja, quem comete a intimidação sistemática não faz *sem querer*; pelo contrário, ataca física ou psicologicamente a vítima *de modo intencional*.

### 3.6 Sem motivação evidente

Carolina Camargo enfatiza que o *bullying* não é uma doença, mas que o comportamento agressivo do autor pode ser justificado, entre outros motivos, por um transtorno psicológico (que, por evidente, não o priva de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de se determinar de acordo com esse entendimento). Para a autora, as ações praticadas sistematicamente pelo agressor podem derivar de educação violenta no ambiente familiar, de educação permissiva por parte dos responsáveis, transtornos comportamentais com gatilhos de agressividade insistente, ou mesmo já ter sido alvo de *bullying* em outros ambientes, inclusive em casa[23].

19 PINGOELLO, Ivone; HORIGUELA, Maria Morales. *Bullying* na sala de aula. **De jure**: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 15, jul. 2010, p. 146.

20 Disponível em: https://www.terra.com.br, acesso em 02 fev. 2024.

21 Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-48443574, acesso em 02 fev. 2024.

22 Em Poços de Caldas, no ano de 2023, um adolescente de catorze anos atacou outros quatro jovens da mesma idade com golpes de faca em frente a uma escola. Ele havia prometido se vingar dos antigos colegas por ter sofrido *bullying*. Disponível em: https://www.em.com.br, acesso em 06 fev. 2024.

23 CAMARGO, Carolina Giannoni. A violência chamada *bullying*. **Revista de Direito Público**, n. 65, 2011, p. 206-207. Para ilustrar, a literatura científica aponta que, na maioria dos casos, os alunos agressivos pertencem a lares nos quais ocorre a violência familiar. A respeito, referindo-se a outros pesquisadores: PEREIRA, Ana Carina Stelko; SANTINI, Paolla Magioni; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti. *Um livro a se debater*: *Bullying*: mentes perigosas nas escolas, de Ana Beatriz Barbosa Silva. **Psicologia**: teoria e prática, v. 14, n. 1, 2012, p. 198.

Em que pese essas variáveis, quer na conceituação legal antes exposta, quer no tipo penal em comento, observa-se que o legislador é indiferente ao motivo que conduz o(s) agente(s) a cometer(em) a intimidação sistemática. Neste aspecto, ao invés de subir o coro de críticas em torno da previsão abstrata do elemento subjetivo, concordamos com Hugo Rogério Grokskreutz, ao identificar que a expressão trazida legalmente não tem o "desígnio de restringir e condicionar o seu próprio alcance por meio de uma prévia pesquisa psicológica do agente lesivo/autor", mas sancionar a conduta "independentemente dos motivos íntimos de cada agente"[24].

A redação típica poderia ser mais clara, ou mesmo evitar este elemento, mas a expressão *sem motivo evidente* não significa que o sujeito atua *sem nenhum motivo*. Mesmos em casos de motivação aparente, por exemplo, a tipicidade pode estar presente. Vamos supor que **A** é um estudante muito rico de uma Universidade. Seu pai é dono de diversas empresas e seu padrão de vida é muito superior ao dos colegas de instituição. Por essa situação, **A** sempre teve um comportamento esnobe com os demais. Repentinamente, uma crise econômica leva seu pai à falência e a notícia se espalha. Aqueles que se sentiam desprezados por **A** passam a fazer piadas em sala de aula (ou nas redes sociais) sobre sua nova realidade econômica. Diante de tantas provocações, **A** fica desmotivado para seguir com o curso superior. O caso traz uma espécie de vingança dos estudantes contra quem os rebaixava pela situação econômica superior. Ainda que as publicações satíricas contra **A** possuam motivação aparente, já fica claro que não se trata de ofensas gratuitas e, a nosso juízo, subsiste o crime.

### 3.7 Atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação

Novamente se referindo aos meios pelos quais as condutas violentas repetitivas podem ser realizadas, e descartando a redundante previsão de *atos de intimidação*, pois o núcleo típico é concebido no verbo *intimidar*, o agressor pode se valer de *atos de humilhação* (rebaixamento, menosprezo ou aviltamento) ou de *discriminação* (diante dos múltiplos significados, acolhe-se um mais genérico, de categorização a partir de certa característica[25]). Qualquer dos meios têm conotações claramente negativas, indicando tratamento arbitrário *entre pares*.

Vamos além. Importante advertir que estes dois conceitos são bastante vagos, ainda mais porque o crime não é humilhar ou discriminar, senão intimidar

24 GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. Aspectos penais e socioeducativos do bullying. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 16, n. 31, 2016, p. 157.

25 MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 326.

*por meio de* atos de humilhação e discriminação. Existe um duplo desafio para compreender o que o legislador pretende evitar.

Especificando, *humilhar* é rebaixar moralmente uma pessoa, atingindo significativamente sua autoestima. Veja-se que, por si só, a humilhação representa um desvalor de resultado difícil de apurar juridicamente. Talvez a melhor fonte conceitual sejam os tipos dos crimes contra a honra, sopesando a humilhação como atentado à honra objetiva e subjetiva da vítima. Acontece que o art. 146-A exige a humilhação como meio de intimidação, isto é, o desvalor do resultado é a alteração no estado psíquico da pessoa humilhada na sua liberdade individual.

Por sua vez, *discriminar* é distinguir negativamente um indivíduo por alguma característica que não pertença ao padrão desejado pelo autor. Novamente, deve-se recorrer a outras normas para delimitar o alcance do tipo e, neste caso, há duas previsões legais compatíveis: a injúria qualificada (CP, art. 140, § 3°) e as formas de discriminação contidas na Lei n° 7.716/1989, que descrevem as searas de racismo e de injúria racial[26]. Em síntese, o desvalor do resultado consiste em rebaixar a vítima, em sua autoestima, com ofensas relacionadas à religião, à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, ou à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Ressalta-se que o desvalor do resultado exige, ainda, a intimidação do ofendido.

Se as ofensas forem proferidas sem que a vítima se sinta intimidada, porém, com o dolo de intimidar, haverá tentativa inidônea (crime impossível) do delito do art. 146-A. Entretanto, pode o agente incorrer em algum tipo penal relacionado ao crime de racismo, caso o teor dos ultrajes for além da pessoa individual.

### 3.8 Ações praticadas

Uma multiplicidade de ações também pode caracterizar a intimidação sistemática, sendo que as frentes *física* e *psicológica* são supérfluas a nosso juízo, pois inerentes ao comportamento violento do agressor. Em síntese: *verbais* (xingar, insultar ou apelidar pejorativamente), *morais* (caluniar, difamar ou disseminar boatos), *sexuais* (assediar, induzir e/ou abusar), *sociais* (ignorar, isolar ou excluir) e *materiais* (furtar, roubar e destruir pertences). Aqui temos o segundo "bloco" das formas de intimidar a vítima, que complementa o primeiro, exposto no tópico anterior.

Parece-nos que seria mais coerente se o legislador utilizasse apenas o segundo "bloco" de condutas, já que é sensato admitir que a intimidação por atos de

26 E conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO 26/DF (rel. Min. Celso de Mello), como racismo social, pode-se incluir a orientação sexual e a identidade de gênero.

humilhação e discriminação já abrange as ações verbais, morais, sexuais, sociais ou materiais. A redação, provavelmente, é muito aberta para permitir ao intérprete considerar *bullying* o que quiser, a depender de sua vontade. Novamente, fica explícito outro atentado ao princípio da legalidade penal.

As ações *virtuais* se amoldam em específico ao *cyberbullying*, objeto de análise sequencial, razão pela qual é descabida sua previsão na parte final do art. 146-A, *caput*, do Código Penal.

## 4 *Cyberbullying*

O uso e o abuso das tecnologias de informação e de comunicação também servem para a prática da intimidação sistemática, naquilo que se convenciou chamar *cyberbullying*. Trata-se, em síntese, de "tipo de violência contra uma pessoa praticada através da *internet* ou de outras tecnologias relacionadas (meios virtuais). Praticar *cyberbullying* significa usar o espaço virtual para intimidar e hostilizar uma pessoa (*v.g.* colegas de escola, professores, chefes, subordinados, colegas de mesma hierarquia ou mesmo pessoas desconhecidas), difamando, insultando ou atacando covardemente"[27]. É um *bullying* praticado por meio de novas tecnologias.

O *bullying* praticado basicamente pela *internet* ou outros meios virtuais ganha números crescentes (e espantosos) diariamente, sobretudo diante da facilidade de acesso aos modernos instrumentos e da possibilidade de que as agressões decorram anonimamente ou camufladas por apelidos de contato[28]. O crescimento desenfreado, repita-se, ensejou reflexos jurídicos em contra-ataques do legislador, primeiro definindo o fenômeno – "*há intimidação sistemática na rede mundial de computadores* (*cyberbullying*), *quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de crias meios de constrangimento psicossocial*" (art. 2°, parágrafo único, da Lei n° 13.185/2015), depois incriminando a conduta para além do uso de instrumentos computacionais, com penas de reclusão, de dois a quatro anos, e multa (CP, art. 146-A, parágrafo único)[29].

A cominação elevada de pena é decorrência do fato de os conteúdos ofensivos publicados virtualmente constituírem elementos que potencializam a lesão a interesses jurídicos da vítima, mormente os de ordem psicológica, considerando

27 RAMOS, Luis Leandro; GALIA, Rodrigo Wasem. **Assédio moral e *cyberbullying* no trabalho**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 228.

28 VANCIM, Adriano Roberto; GONÇALVES, José Junqueira. *Cybercrimes e cyberbullying:* apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade. **Jurisprudência Mineira**. Belo Horizonte, a. 62, n. 199, out./dez, 2011, p. 39.

29 O Código Penal possui previsão semelhante nas disposições comuns dos crimes contra a honra (CP, art. 141, § 2°).

a rápida e imediata transmissão e replicação, bem como a permanência das informações no ambiente digital[30]. É por causa do meio utilizado pelo agente que há tratamento legal diferenciado para esta modalidade.

### 4.1 Ferramentas digitais

Há uma multiplicidade de ferramentas digitais previstas no tipo como meio de prática do *cyberbullying*. Para as respectivas análises, é dever ter cuidado na compreensão dos elementos normativos, afinal, a valoração de cada qual requer mais que o conhecimento comum.

A primeira hipótese é a prática da conduta *por meio da rede de computadores*. Nota-se que o texto faz uso da preposição "*de*" aglutinada com o artigo definido feminino "*a*". Assim, uma interpretação literal levaria à conclusão de que não se trata *de* qualquer rede, mas *da* rede de computadores[31]. Provavelmente, o legislador quis se referir à *internet*, que é a rede mundial de computadores mais popular e acessada. Entretanto, outras redes de computadores, inclusive internas, também podem ser utilizadas. Por isso, seria melhor o texto ter utilizado "por meio *de* rede de computadores". E o que se entende por *rede de computadores*?

Em definição específica, "referem-se a dispositivos de computação interconectados que podem trocar dados e compartilhar recursos entre si. Esses dispositivos em rede usam um sistema de regras, chamados de protocolos de comunicação, para transmissão de informações por meio de tecnologias físicas ou sem fio"[32]. Também conhecidos como "*nós*", estes dispositivos servem para enviar, receber e/ou trocar tráfego (links) de dados, voz e vídeos, a partir de *hardwares* e *softwares* que compõe o ambiente. Computadores e telefones celulares, entre outros, são alguns exemplos de "*nós*" conectados a uma rede.

Um conceito de *rede social* se infere da Res.-CNJ n° 305/2019, que estabelece parâmetros para uso de redes sociais pelos membros do Poder Judiciário. *In verbis*: "consideram-se redes sociais todos os sítios da *internet*, plataformas digitais e aplicativos de computador ou dispositivo eletrônico móvel voltados à interação pública e social, que possibilitem a comunicação, a criação ou o compartilhamento de mensagens, de arquivos ou de informações de qualquer natureza" (art. 2°, parágrafo único). Pela definição, é imprescindível a interação pública entre os usuários. Um grupo de *WhatsApp* dos membros da família não é rede social, por faltar a interação pública. A conta no *Instagram*, se aberta ao público, ao contrário,

30 CONTE, Christiany Pegorari; ROSSINI, Augusto Eduardo. *Aspectos jurídicos do cyberbullying*. **Revista FMU Direito**. São Paulo, a. 24, n. 34, 2010, p. 51.

31 A mesma técnica gramatical é utilizada nos arts. 122, § 4° e 141, § 2°, ambos do Código Penal.

32 Disponível em: https://aws.amazon.com, acesso em 05 fev. 2024.

enquadra-se na definição. Há inúmeras redes sociais, com os mais variados tipos de propósitos, que permitem trocas de mensagens, áudios, vídeos e qualquer outro material digital. Atualmente, não há dúvidas de que postagens em redes sociais possuem um alcance imensurável e o tema requer cautela. A possibilidade do anonimato constitui uma barreira para o esclarecimento de condutas criminosas.

Outra ferramenta virtual é o *aplicativo*, cuja finalidade básica é auxiliar o usuário a realizar certas atividades ou tarefas, como pagamento de contas, ajustes de textos, etc. Porém, os *apps* de comunicação e de entretenimento também podem ser utilizados ilicitamente. Pode ocorrer, por exemplo, do usuário se valer de certo aplicativo para editar fotos da vítima com a finalidade de a constranger psicologicamente, resultando em sofrimento.

Na informática, o *jogo on-line* é "um tipo de jogo eletrônico jogado via *internet*, onde um jogador com computador, vídeo game, *gadgets*, televisão ou outro tipo de aparelho eletrônico conectado à rede, pode jogar com outros jogadores sem que ambos precisem estar no mesmo ambiente"[33]. Além do entretenimento, os jogos eletrônicos também trazem aspectos negativos: provocam vício, promovem mudanças comportamentais e conduzem a obsessão pelo destaque, fatores que podem auxiliar na realização de atos depreciativos.

Após a invocação casuística, o legislador fez uso da técnica de interpretação analógica ou extensiva, prevendo locução genérica *por qualquer outro meio ou ambiente digital*. Incluem-se, geralmente, os *celulares*, com suas chamadas de vídeo ou serviços de mensagens instantâneas. Atualmente, ademais, a inteligência artificial já consegue reproduzir a voz e há programas que chegam a despir as pessoas. Algo seríssimo. Há, ainda, diferentes *mídias digitais*, como *banners* em *sites*, *links* patrocinados, anúncios pagos feitos em redes sociais, comerciais que antecedem ou interrompem vídeos em algumas plataformas sociais, anúncios virtuais, entre outros. Outros *ambientes virtuais* que podem ser usados para a prática do *bullying* são *e-mails*, fóruns *on-line*, salas de bate-papo, blogs, etc. Nestes ambientes é possível inserir textos, vídeos e imagens para potencializar a agressão virtual.

A *transmissão em tempo real* (*streaming*) se caracteriza pela cobertura ao vivo em servidor próprio ou da *internet* de eventos em geral (*e-sports*, palestras, etc.) e que pode ser seguida por vários usuários com a utilização de salas de bate papo, por exemplo. Situação interessante ocorre quando há transmissão em tempo real e, posteriormente, o material transmitido fica disponibilizado para quem deseja lhe assistir em tempo futuro. Nesse caso, ainda que as cenas tenham sido presenciadas por meio da gravação, e não simultaneamente, não restam dúvidas de que houve

33 Disponível em: https://pt.wikipedia.org/, acesso em 05 fev. 2024.

a transmissão em tempo real, o que, segundo o Supremo Tribunal Federal, torna o crime permanente (INQ 4781, rel. Min. Alexandre de Moraes).

O fenômeno do *cyberbullying*, por qualquer destes meios, de acordo com Conte e Rossini, "abarca todo e qualquer tipo de assédios, coações, chantagens, manipulações, perseguições, xingamentos, humilhações, constrangimentos e condutas similares"[34].

### 4.2 Modalidades de *cyberbullying*

A primeira variação é o *flaming*. Verifica-se com a transmudação do debate em torno de uma ideia em um linchamento moral pela *internet*[35]. A urbanidade do início da discussão cede espaço a um tratamento com troca de insultos entre os envolvidos. Inicia-se uma "*flame war*". Segundo Aranha, "a *flame war* pode ser descrita como um conflito de opiniões que toma lugar em fóruns, redes sociais e outros espaços de discussão *on-line*. Mais do que simples desavença ou discordância, envolve uma torrencial quantidade de postagens e/ou mensagens de natureza pejorativa, muitas vezes '*off-topic*'. O '*flamer*' se desconecta da discussão e passa a ter por meta a promoção de um 'linchamento *on-line*', concentrando-se mais na humilhação, desacreditação e ofensa do opositor do que no combate das ideais em si"[36]. Aranha informa sobre pessoas que cometerem suicídio, outras que se demitiram do emprego e abandonaram sua família e, ainda, casos de evasão escolar. Nestes termos, assim, trata-se de conduta que ultrapassa os limites da civilidade e produz efeitos psicológicos e sociais que não podem ser negligenciados.

A segunda variação é o *cyberstalking*. A *internet* e as redes sociais facilitaram o contato de pessoas, umas com as outras, sem a necessidade de aproximação física. O que de um lado é bom, de outro pode afetar a tranquilidade individual, quando o *cyberstalker* passa a fazer uso do ambiente virtual para tirar o sossego da vítima, enviando mensagens indesejadas ou comentários inoportunos. O fim é abalar psicologicamente a vítima a partir de marcação cerrada. Christiany Conte e Augusto Rossini reforçam que "o *cyberstalker* visa dominar psicologicamente a vítima através de repetidas mensagens de aproximação via *e-mails, scraps*, postagens em *blogs*, etc., que abalam sobremaneira a vítima, causando-lhe perturbação emocional"[37].

34 CONTE, Christiany Pegorari; ROSSINI, Augusto Eduardo. *Aspectos jurídicos do cyberbullying*. **Revista FMU Direito**. São Paulo, a. 24, n. 34, 2010, p. 51.

35 ARANHA, Gláucio. *Flaming* e *cyberbullying*. **Ciberlegenda**. Rio de Janeiro, n. 31, 2014, p. 123.

36 ARANHA, Gláucio. Flaming e cyberbullying. **Ciberlegenda**. Rio de Janeiro, n. 31, 2014, p. 124.

37 CONTE, Christiany Pegorari; ROSSINI, Augusto Eduardo. *Aspectos jurídicos do cyberbullying*. **Revista FMU Direito**. São Paulo, a. 24, n. 34, 2010, p. 54-55.

A terceira variação é a *impersonation*. Uma pessoa se faz passar por outra virtualmente, invadindo sua rede social ou conta de *e-mail*, para enviar mensagens desagradáveis ou postando algo desagradável que difama o agredido. Por vezes o agressor cria um perfil *fake* com o mesmo objetivo ou mesmo uma comunidade para atacar a vítima (*v.g.* "eu odeio..."). Isso pode ocorrer, por exemplo, nas plataformas mais comuns como *Instagram, Facebook, LinkedIn*, visto que as informações pessoais costumam ser facilmente acessadas por qualquer pessoa.

A quarta variação é o *outing*. Nesta alternativa o agressor compartilha dados privados ou informações particulares sobre a vítima, quer por e-*mails* ou publicando-as *on-line*. O conteúdo pode estar relacionado, de acordo com Conte e Rossini, "às opções políticas, religiosas, sexuais ou qualquer outro tipo de informação que a vítima deseja que permaneça em sigilo, aí incluídas respostas de mensagens privadas ou imagens"[38].

A quinta variação é a *exclusion*. Configura-se com a conduta de excluir intencionalmente uma pessoa de uma comunidade ou grupo *on-line* em que ela interagia socialmente e de modo constante. O comportamento pode ir além do isolamento social, visto que os membros nativos podem deixam comentários maliciosos em desfavor do excluído. É o inverso de outra variável, chamada *harassment*, que ocorre quando a vítima é assediada *on-line*, recebendo uma série de mensagens (abusivas ou ameaçadoras) de uma pessoa ou de várias pessoas do grupo.

A sexta variação aqui exposta, de um rol não taxativo e provável de ampliação diante da utilização inadequada das tecnologias digitais, é o *sexting*. Este perigo por trás das telas consiste na transmissão de textos erotizados em seu conteúdo, podendo incluir vídeos e fotos sexuais (*nudes*). O envio ocorre por meio das tecnologias de comunicação. As imagens podem ter sido captadas sem o consentimento da vítima (*v.g.* em seguida a relação sexual ou durante o banho), serem enviadas pela própria vítima ao parceiro e "vazadas" contra sua vontade em seguida ao término da relação (*v.g.* casamento ou namoro) ou serem recebidas por celulares por meio da tecnologia *Bluetooth* (conexão sem fio) que permite a troca de informações.

### 4.3 Características do *cyberbullying*

Conte e Rossini pontuam a disparidade de características do *e-bullying* em comparação ao *bullying*: o agressor não precisa ser maior ou mais forte que as suas vítimas; os ataques são voltados (essencialmente) ao abalo psicológico da vítima; o anonimato permite ações que não seriam realizadas presencialmente; as condutas do agressor acabam potencializadas diante do alcance maior propiciado pela co-

38 CONTE, Christiany Pegorari; ROSSINI, Augusto Eduardo. *Aspectos jurídicos do cyberbullying*. **Revista FMU Direito**. São Paulo, a. 24, n. 34, 2010, p. 56.

nectividade e pelo compartilhamento imediato dos conteúdos; os ataques podem ocorrer a qualquer tempo e adquirem um caráter de permanência; a vítima é mais vulnerável e desprotegida com o uso de recursos tecnológicos, estando mais propensa a tentar suicídio; sua vida pessoal, familiar e profissional é afetada de forma avassaladora[39].

Quanto às características dos envolvidos, os autores centram a atenção às crianças e aos adolescentes, destacando que elas são mais vulneráveis (que os adultos), porque não possuem capacidade e maturidade intelectual e, sobretudo, emocional, para se protegerem de possíveis agressões. Ademais, pontuam que os menores são igualmente agressores, em especial porque se utilizam da *internet* sem o controle de um responsável e se valem deste instrumento com o fim de interagir e se relacionar acobertados, frequentemente, pelo anonimato[40]. Da construção de ambos, ademais, infere-se, ao menos, a tendência de preservação de uma das características do *bullying* no *cyberbullying*, qual seja, a identidade de pares (entre agressor e alvo). O que se reforça com uma revisão da literatura sobre publicações relacionadas ao *cyberbullying*[41].

O crime é igualmente unissubjetivo, pois pode ser praticado por uma ou mais pessoas. Não há exigência de concurso de agentes, apesar da referência no tipo. Surge uma questão sobre a prática das condutas por meio das redes sociais quando uma agente posta algo humilhante à vítima e há o compartilhamento por terceiros. Segue um exemplo: **A** publica numa rede social ofensas a **B**, com o intuito de provocar humilhação; **C**, por conta própria, republica o conteúdo postado por **A**; também **D** e **E** o fazem; diante de várias repostagens, cria-se uma situação de intimidação em **B**. A reiteração das ações é coletiva e não individual; logo, para fins de punição dos agentes em concurso, haverá necessidade de se comprovar o acordo de vontades (prévio ajuste entre os agressores, de modo que saibam e queiram agir em conjunto para atingir o resultado desejado com a intimidação sistemática) ou, pelo menos, que um agente atuou com a consciência de contribuir com a conduta de outro, mesmo que não se conheçam.

### 4.4 Subsidiariedade expressa

Ao contrário da modalidade básica do crime com previsão no *caput* do art. 146-A do CP, que dificilmente não cederá passo à outra incriminação, são poucas

39 CONTE, Christiany Pegorari; ROSSINI, Augusto Eduardo. *Aspectos jurídicos do cyberbullying*. **Revista FMU Direito**. São Paulo, a. 24, n. 34, 2010, p. 51-52.

40 CONTE, Christiany Pegorari; ROSSINI, Augusto Eduardo. *Aspectos jurídicos do cyberbullying*. **Revista FMU Direito**. São Paulo, a. 24, n. 34, 2010, p. 53-54.

41 WENDT, Guilherme Welter; LISBOA, Carolina Saraiva. Agressões entre pares no espaço virtual: definições, impactos e desafios do *cyberbullying*. **Psic. Clin**. Rio de Janeiro, vol. 25, n.1, 2013, p. 73 ss.

as ações intermediárias no *cyberbullying* que serão punidas primariamente, avaliando que a sanção do crime do art. 146-A, parágrafo único, é relativamente alta em comparação com outros crimes.

Sua incidência, assim, está vinculada à não aplicabilidade de outra norma incriminadora a ela preferível. A pornografia da vingança (CP, art. 218-C, § 1°), uma forma de concretização do *sexting*, é crime mais grave que o *e-bullying*. Descarta-se a punição do agente que perseguir a vítima, reiteradamente, por meio digital, ameaçando sua integridade psicológica, pois a pena do *cyberstalking* é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa (CP, art. 147-A).

## 5 Objetividade jurídica e estrutura delitiva

Em ambas as categorias temos *crime complexo*, pois não existe um único bem jurídico tutelado. Como a conduta pode ocorrer de múltiplas formas, além da liberdade, que, por leitura meramente topográfica, é o interesse principal, outros podem ser atingidos, como a integridade física e psíquica, a tranquilidade, a privacidade, a segurança de informações, etc. Percebe-se que a integridade pessoal é ofendida, mediante agressões físicas ou ataques verbalizados, reduzindo o campo de liberdade da vítima (Seção I do Capítulo VI do Título I). O fim do legislador é garantir a dignidade do ser humano (e seu pleno desenvolvimento, especialmente diante dos índices de ações sistematicamente agressivas em desfavor de crianças e adolescentes[42]).

São *crimes de dano*, pois há efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados. Qualquer forma do delito afeta negativamente o bem-estar da(s) vítima(s), tanto no momento em que é praticada quanto no futuro. Pesquisas psicológicas revelam que ser vítima de ações agressivas repetitivas aumenta o estresse e pode resultar em sintomas de ansiedade e depressão. Em casos extremos, como destacado, alguns enfrentam tendências de automutilação ou ideação suicida. Nos jovens, ademais, é comum os danos indiretos, afetando-se a assiduidade e/ou o desempenho escolar, em especial quando a vítima tem de encarar o agressor virtual também em sala de aula[43].

## 6 Responsabilidade penal por omissão

Pelo art. 13, **§ 2° do Código Penal,** assume a posição de garante quem está obrigado, desde que possível, a evitar o resultado lesivo ao bem jurídico por determinação legal, por obriga**ção assumida ou por ingerência.** Em seguida, ainda

42 CARVALHO, Lélia Júlia; MOREIRA, Denise Bastos; TELES, Claudia Alves. Políticas públicas de combate ao *bullying* no âmbito escolar: estratégias de enfrentamento no Brasil, Estados Unidos, Finlândia, Espanha e Portugal. **Revista Projeção, Direito e Sociedade**, v. 8, n. 2, ano 2017, p. 38.

43 Disponível em: https://www.apa.org/, acesso em 04 fev. 2024.

que brevemente, discorremos sobre a posição da garante derivada da lei, um dos cernes da responsabilidade penal por omissão.

A lei deve ser expressa em atribuir obrigações, não bastando recomendações genéricas. Por exemplo, não basta uma lei afirmar que os professores são responsáveis pela integridade dos alunos dentro da escola; é preciso ir além e estabelecer o que deve ser feito para proteger a integridade dos menores. Da mesma maneira que a lei incriminadora deve ser interpretada restritivamente, também a lei que obriga a atuação do agente precisa ser direcionada a um comando. Não se pode esquecer que a desobediência ao dever de agir é o fundamento do crime omissivo impróprio; logo, devem ser aplicadas as regras de interpretação da lei penal.

Ademais, como advertem João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, "a própria Carta Magna define que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; assim, a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância deve estar prevista em lei em sentido estrito, aquela votada em Parlamento, segundo o processo legislativo. Incluem as leis ordinárias e as complementares, os decretos legislativos e as medidas provisórias, desde que convertidas em lei"[44]. Ou seja, a desobediência a normas não editadas pelo Parlamento não pode fundamentar um crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão.

A partir daqui se constrói a trilha para buscar as fontes do dever de agir que podem fundamentar o *bullying* por omissão. Há diversas normas que carregam regras de tutela a bens jurídicos, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n° 9.394/1996), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/1990), a Lei Maria da Penha (Lei n° 11.340/2006), o Marco Civil da *Internet* (Lei n° 12.965/2014), entre outras.

Assim, a responsabilidade penal por omissão deve levar em consideração o local onde os fatos foram praticados, o modo de execução e se havia lei (em sentido estrito) com mandamento direcionado para a atuação em prol da tutela do bem jurídico. Vale recordar que não se pode confundir a responsabilidade penal, exclusiva da pessoa física nesse caso, e a responsabilidade civil, que também pode incidir sobre a pessoa jurídica.

### 6.1 A figura dos professores e do corpo diretivo nas escolas

Aduz o art. 5° da Lei n° 13.185/2015 que é dever do estabelecimento de ensino conter a prática de *bullying*. De igual modo, com a promulgação da Lei n° 13.663/2018, definiu-se que ao estabelecimento de ensino incumbe a promoção de

44 MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito penal**: lições fundamentais: parte geral. 8ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 724.

medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (*bullying*), no âmbito das escolas (art. 12, IX da Lei n° 9.394/1996).

Os diplomas referidos dispõem a respeito da existência de um dever de garantia atribuído aos professores e ao corpo diretivo em relação aos interesses dos alunos. Em seus respectivos âmbitos de competência, cada qual deverá desempenhar funções de cuidado e de vigilância com o fim de impedir resultados lesivos aos bens jurídicos de titularidade dos discentes.

Nestes termos, é possível responsabilizá-los penalmente pela omissão se não impedirem situações de violência sistemática entre pares no âmbito escolar. Para ilustrar, imagine que **A** é um adolescente que sistematicamente é humilhado e agredido por um grupo de colegas durante o intervalo de aulas e mesmo em atividades curriculares. O descaso dos docentes e membros da diretoria, mesmo conhecedores da situação, favorece a continuidade das práticas abusivas em desfavor da vítima. Esta situação produz em **A** um quadro de transtorno depressivo agudo que o leva a cancelar sua matrícula no respectivo colégio.

A responsabilização não deriva unicamente do cargo e das funções desempenhadas pelos profissionais, senão se exige de cada qual, primeiro, o conhecimento da idoneidade das ações praticadas pelos agressores e, segundo, o conhecimento da vinculação destas condutas hostis praticadas em acumulação com o comprometimento da integridade psíquica da vítima, ou seja, o dolo do sujeito ativo (docente ou diretor) deve abranger a situação de agressão e humilhação que sofre a vítima do *bullying* cuja integridade moral é ofendida[45].

Para evitar o comprometimento efetivo da integridade pessoal dos alunos, deve o diretor escolar e o corpo de docentes da unidade diligenciarem para pôr termo aos comportamentos agressivos de alguns alunos (*v.g.* os valentões, os repetentes mais velhos, aqueles com histórico de suspensão por brigas, etc.), pelos meios estritamente adequados e necessários. É obrigatório controlar e vigiar os lugares na escola (salas de aula, pátios de recreio, corredores, banheiros, ginásios) inclusive durante a realização de atividades curriculares, como uma aula de educação física, ou complementares, como em colônia de férias.

### 6.2 A figura dos espectadores

Por vezes, a prática da intimidação sistemática é manifesta e envolve, além do agressor e da vítima, como protagonistas individuais ou coletivos, os chama-

45 POMARES CINTAS, Esther. Problemas de imputación del comportamiento omisivo del docente ante las prácticas de acoso escolar *('bullying')* entre menores. **Revista de Derecho penal**, 2010, p. 455.

dos *espectadores*. São pessoas que acompanham as cenas como testemunhas. Elas convivem com o problema e, em regra, se omitem. Podem ser responsabilizados? Não há dever legal de agir, como o que afeta diretores e docentes, mas a eles toca um dever de solidariedade geral. O ato infracional análogo à omissão de socorro (CP, art. 135) é descartado, porém, sempre que demonstrado que a inércia decorreu de medo ou insegurança (inexigibilidade de conduta diversa). Como reforçam Alexandre Morais da Rosa e Neemias Moretti Prudente, "presenciam muitas vezes o abuso, mas se calam, por que, se delatarem o agressor, poderão se tornar as próximas vítimas"[46].

### 6.3 A figura dos genitores

Pais e mães podem ser responsabilizados pelas condutas de *e-bullying* praticadas por seus filhos e filhas menores? Não é a simples qualidade de ascendente que os obriga a impedir atos lesivos praticados pelos descendentes, sendo – *sempre* – necessário analisar as condições reais em que foram cometidos, como ensina Juarez Tavares[47]. E a realidade concreta pode dificultar ou afastar a responsabilização por omissão, porque a supervisão parental adequada pode ficar comprometida, entre outros, pelos seguintes fatores: a) o uso do computador e/ou do celular é particularmente individual; b) a senha de acesso aos aparelhos não é compartilhada com os pais; c) geralmente são os filhos e não os pais os experts da tecnologia; d) grande parte dos genitores está ausente da residência familiar em razão de suas atividades profissionais; e) os jovens podem usar aparelhos fora de casa (*cyber* ou *lan house*). Também é complicada a demonstração do dolo dos genitores, que deve abranger a consciência de que sua omissão contribui para a conduta do menor pelo qual são responsáveis. Sendo assim, provável que a responsabilidade penal ceda espaço à responsabilidade (objetiva) civil (CC, art. 932, I).

### 6.4 A figura do administrador das redes sociais

Quando uma postagem em rede social possui caráter ilícito, não apenas quem inseriu o conteúdo pode ser responsabilizado, mas também a pessoa física ou jurídica controladora. Em se tratando de responsabilidade penal, não há previsão de atribuição à pessoa jurídica e é dever ter cuidado para responsabilizar a pessoa física, especialmente por omissão. Há dois pontos que precisam ser superados em cada situação concreta: (a) quem deve responder? (b) quais são as circunstâncias que permitem a responsabilidade penal?

46 ROSA, Alexandre Morais da; PRUDENTE, Neemias Moretti. *Bullying* escolar e justiça restaurativa. **Boletim do IBCCRIM**, ano 17, n. 207, fevereiro, 2010, p. 10.

47 TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 323.

A Lei n° 8.078/1990 não pode ser utilizada porque nela estão previstas as regras relativas à prestação de serviço ao usuário. Não há deveres estabelecidos sobre o conteúdo divulgado no Código de Defesa do Consumidor. O Marco Civil da Internet (Lei n° 12.965/2014) possui apenas princípios que devem ser obedecidos e delega a regulamentação a outras normas. Enfim, não há lei que estabeleça regras específicas de conduta às empresas provedoras de *internet* e redes sociais que permita extrair a posição de garante da pessoa física.

Porém, a jurisprudência reconhece que a mera notificação feita ao provedor, por meio do ofendido ou seu representante legal, é suficiente para gerar a obrigação de retirar o material. Veja-se decisão do Superior Tribunal de Justiça: "ao ser comunicado de que determinada imagem postada em seu *site* possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, deve o provedor de compartilhamento de vídeos removê-lo preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante" (3ª Turma, REsp n° 1403749/GO, rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, DJ 25-03-2014). Ademais, uma ordem judicial é a mais concreta aplicação da lei penal, o que vincula o responsável a cumpri-la.

Uma vez expedida a ordem judicial à pessoa jurídica, cabe ao responsável estabelecido por contrato o seu cumprimento. Esse indivíduo, com o mandado, tem consciência de sua função na estrutura da empresa e de que há uma ação a ser praticada. Em caso de recusa e, admitindo-se o entendimento jurisprudencial, há concurso de infrações, pois, além do *bullying* por omissão, também se configura a desobediência (art. 330). A ordem judicial que afirma o dever de agir por parte da empresa responsável pela mídia social fomenta a existência de dolo de contribuir para a intimidação da vítima e de atingir o funcionamento da Justiça.

## 7 Elemento subjetivo do tipo

Já destacamos que a expressão "*modo intencional*" era desnecessária. Ela presume dolo e, em regra, toda infração penal deve ser dolosamente praticada, salvo quando houver expressa previsão da modalidade culposa (CP, art. 18, parágrafo único). Como não há referência à culpa, apenas resta reconhecer exclusivamente o dolo.

Diante das exigências típicas, não há como admitir o dolo eventual. Os comportamentos devem ser praticados "de modo intencional e repetitivo", ou seja, a habitualidade pressupõe consciência constante de que ocorrem ofensas dirigidas à intimidação.

Da mesma maneira que acontece nos crimes contra a honra, a princípio, o intuito de brincar, ainda que a piada seja de mau gosto, não enseja crime (trata-se do denominado *animus jocandi*). No entanto, como adverte Carolina Giannoni Camargo, "a brincadeira só existe quando todos os envolvidos se divertem". As-

sim, tanto a brincadeira de mau gosto como um apelido jocoso podem se tornar *bullying*, "quando a pessoa que as recebeu não gostou, e a pessoa que as cometeu faz de maneira intencional, gratuita e frequente"[48].

## 8 Consumação e tentativa

Qualquer tipo de atentado à liberdade individual exige um mínimo de constrangimento, de modificação negativa no estado físico ou psicológico da pessoa. Não é suficiente praticar as condutas com a *finalidade de intimidar*, pois a redação é clara: a intimidação é um dos requisitos do tipo. Ponto importante, assim, é reconhecer um resultado naturalístico para a consumação dos crimes, não bastando a prática de qualquer das condutas descritas no preceito primário. Trata-se, pois, de *crimes materiais* ou *de resultado*.

A forma básica do crime – *bullying* – se consuma com o constrangimento da(s) vítima(s) em razão da demonstração repetitiva de visível superioridade física ou suposta superioridade psicológica do agressor. A consumação da modalidade qualificada – *e-bullying* – também exige um resultado naturalístico consistente na alteração do estado psicológico da(s) vítima(s).

O *bullying* e sua versão eletrônica acontecem *insistentemente*, de modo que configuram *crimes habituais* e, a seguir a doutrina penal majoritária, não admitem tentativa.

## 9 Sanções cominadas, benefícios penais e ação penal

Como antes destacado, violando o princípio da proporcionalidade no aspecto da vedação de proteção insuficiente, o crime de *bullying* do art. 146-A, *caput*, é apenado unicamente com multa. Sua aplicação segue as regras do art. 49 e seguintes do Código Penal.

O julgador, preliminarmente, fixa um número de *dias-multa* que será no mínimo de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta. Em seguida, atendendo principalmente à situação econômica do réu, arbitra o dia-multa em uma quantidade concreta de dinheiro, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente à época do fato, nem superior a cinco vezes este salário. Quando as duas fases estiverem satisfeitas, para obter a pena pecuniária que deverá ser paga pelo condenado ao Fundo Penitenciário, o juiz multiplica o número de dias-multa pelo valor que representa o numerário diário[49].

48 CAMARGO, Carolina Giannoni. A violência chamada *bullying*. **Revista de Direito Público**, n. 65, 2011, p. p. 203.

49 MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito penal**: lições fundamentais: parte geral. 8ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 724.p. 1225-1226.

Aparentemente, há violação ao princípio da proporcionalidade entre as duas categorias de intimidação sistemática, afinal, se a conduta do *caput* for perpetrada "por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line e/ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real" há um salto qualitativo de pena (cumulação da multa com privação de liberdade) e outro quantitativo (visto que o crime qualificado deixa de ser infração de menor potencial ofensivo). Atente-se que o bem jurídico tutelado é o mesmo, porém, o meio de execução (com apoio tecnológico) pode atingir um resultado mais grave pelo potencial maior de alcance das ofensas. No entanto, a nosso juízo, não parece nada proporcional a variação das sanções cominadas pela diferença no desvalor do resultado.

Interessante destacar que, considerando o conceito legal de infração de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei n° 9.099/1995), o crime de *bullying* não se enquadraria nesta definição, pois cominada *isoladamente* pena de multa. Nada obsta, porém, por analogia, a incidência dos mecanismos de diversificação penal previstos na citada legislação, como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional da pena. Não cabe proposta de acordo de não persecução penal devido o modal da conduta (violenta). Por sua vez, para o *cyberbullying*, nenhum mecanismo de diversificação penal referido poderá incidir.

De *lege ferenda*, melhor se o legislador previsse o preceito secundário com permissão de cumulação das penas. Para isso, a redação deve autorizar a aplicação da sanção do art. 146-A "além da pena correspondente à violência praticada". Um exemplo dessa técnica legislativa é o art. 345 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões). Este crime é apenado com detenção (de quinze dias a um mês), ou multa, "*além da pena correspondente à violência*". Aqui, o legislador reconhece uma pluralidade de bens jurídicos afetados e, como tal, permite aplicação cumulativa das penas. O mesmo se vê no *bullying* e no *bullying eletrônico*.

Em qualquer das categorias é crime de ação penal pública incondicionada.

## 10 Notas conclusivas

Este artigo teve como objetivo geral analisar dogmaticamente as condutas de intimidação sistemática, alocadas no art. 146-A do Código Penal, com a promulgação da Lei n° 14.811/2024. Os fenômenos do *bullying* e do *e-bullying* suscitarão muitas discussões na seara penal e nossa intenção foi antecipar algumas questões que parecem essenciais, razão pela qual, na sequência, pontuamos as principais conclusões:

O constituinte autoriza o legislador ordinário a prever qualquer pena para um crime, salvo as proibidas em seu texto, de modo que a previsão isolada de multa ao *bullying* não altera sua natureza para contravenção penal, estando superada

a definição do Dec-.lei n° 3.914/1941 (art. 1°) a partir do princípio da individualização penal (CF, art. 5°, XLVI).

O *bullying* exige não apenas condutas habituais, e sim uma série de condutas que se desenvolvem de acordo com o método escolhido pelo agente para intimidar a vítima. O agressor pode atuar sozinho ou coletivamente, tratando-se de crime unissubjetivo. Sua atuação contra a vítima, singular ou plural, é revestida sempre de violência física ou psicológica.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, mas o legislador é indiferente ao motivo que conduz o agente a cometer a intimidação sistemática. Pelas exigências típicas, entendemos que o *bullying* não é compatível com a figura do dolo eventual, visto que a habitualidade pressupõe consciência constante de que há ofensas dirigidas à intimidação.

Uma multiplicidade de ações caracteriza a intimidação sistemática. Se praticada no espaço virtual, por meio de novas tecnologias de informação e de comunicação, denomina-se *cyberbullying*. Há uma multiplicidade de ferramentas digitais e distintas modalidades que afetam um número ainda maior de vítimas, considerando a rápida e imediata transmissão e replicação, bem como a permanência das informações no ambiente digital.

A incidência de qualquer das categorias está condicionada a inexistência de um crime mais grave. O caráter subsidiário dos delitos é expresso. De *lege ferenda*, melhor se o legislador previsse nos respectivos preceitos secundários a permissão de cumulação de penas, autorizando a aplicação da sanção do art. 146-A além da pena correspondente à violência praticada.

Trata-se de *crimes complexos* (não existe um único bem jurídico tutelado, embora por leitura meramente topográfica, a liberdade seja o interesse principal), *crimes de dano* (há efetiva lesão dos bens jurídicos tutelados), *crimes materiais* (existe mudança negativa no estado físico ou psicológico da pessoa sistematicamente intimidada), *crimes dolosos* e que não admitem tentativa, configurando *crimes habituais* em que as ações violentas são insistentes.

Em alguns contextos será possível a responsabilidade por crime comissivo omissivo, mas a lei deve ser expressa em atribuir obrigações, não bastando as recomendações genéricas. Assim, um docente pode ser considerado garantidor do aluno se não impedir casos de violência sistemática conhecendo a idoneidade das ações praticadas pelo agressor e conhecendo que as condutas hostis praticadas em acumulação comprometem a integridade física ou psicológica da vítima. A responsabilização não decorre unicamente do cargo ou funções exercidas.

O *bullying* está presente nas escolas, nos clubes, em relações laborais, nas famílias. Realiza-se entre pares sempre que exista relações interpessoais. Sua am-

pliação decorreu com o avanço tecnológico. Embora outras estratégias de enfrentamento e combate fossem possíveis, com a Lei n° 14.811/2024 as condutas ganharam referência penal. Resta aguardar para saber como as Instâncias de Controle se manifestarão a respeito.

## Referências bibliográficas

ARANHA, Gláucio. *Flaming* e *cyberbullying*: o lado negro das novas mídias. **Ciberlegenda**. Rio de Janeiro, n. 31, p. 122-133, 2014.

CALHAU, Lélio Braga. *Bullying, criminologia e a contribuição de Albert Bandura*. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 11, p. 81-91, jul./dez, 2008.

CAMARGO, Carolina Giannoni. A violência chamada *bullying*. **Revista de Direito Público**, n. 65, p. 202-215, dez./jan, 2011.

CARVALHO, Lélia Júlia; MOREIRA, Denise Bastos; TELES, Claudia Alves. Políticas públicas de combate ao *bullying* no âmbito escolar: estratégias de enfrentamento no Brasil, Estados Unidos, Finlândia, Espanha e Portugal. **Revista Projeção, Direito e Sociedade**, v. 8, n° 2, ano 2017.

CONTE, Christiany Pegorari; ROSSINI, Augusto Eduardo. *Aspectos jurídicos do cyberbullying*. **Revista FMU Direito**. São Paulo, a. 24, n. 34, p. 46-65, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional**: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 601.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. Aspectos penais e socioeducativos do *bullying*. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 16, n. 31, p. 151-169, 2016.

GUARESCHI, Pedrinho. ***Bullying***: mais sério do que se imagina. Porto Alegre: Edipurs, 2008.

LIMBER, Susan; OLWEUS, Dan. *Bullying* in School: Evaluation and Dissemination of the Olweus Bullying Prevention Program. **American Journal of Orthopsychiatry**, 80, p. 124-134, 2010.

MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito penal**: lições fundamentais: parte geral. 8ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito penal**: lições fundamentais: parte especial: crimes contra a pessoa. 5ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

PEREIRA, Ana Carina Stelko; SANTINI, Paolla Magioni; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti. *Um livro a se debater*: *Bullying*: mentes perigosas nas escolas, de Ana Beatriz Barbosa Silva. **Psicologia**: teoria e prática, v. 14, n. 1, p. 197-202, 2012.

PINGOELLO, Ivone; HORIGUELA, Maria Morales. *Bullying* na sala de aula. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 15, p. 145-156, jul. 2010.

POMARES CINTAS, Esther. Problemas de imputación del comportamiento omisivo del docente ante las prácticas de acoso escolar *('bullying')* entre menores. **Revista de Derecho penal**, n. 2, p. 143-457, 2010.

RAMOS, Luis Leandro G., WALIA, Rodrigo Wasem. **Assédio moral e *cyberbullying* no trabalho**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; PRUDENTE, Neemias Moretti. *Bullying escolar e justiça restaurativa*. **Boletim do IBCCRIM**, ano 17, n. 207, fevereiro, 2010.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying*: cartilha – Projeto Justiça nas Escolas. Brasília: CNJ, 2010.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

VANCIM, Adriano Roberto; GONÇALVES, José Eduardo Junqueira. *Cybercrimes e cyberbullying:* apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade. **Jurisprudência Mineira**. Belo Horizonte, a. 62, n. 199, p. 21-55, out./dez, 2011.

WENDT, Guilherme Welter; LISBOA, Carolina Saraiva. Agressões entre pares no espaço virtual: definições, impactos e desafios do *cyberbullying*. **Psic. Clin**. Rio de Janeiro, vol. 25, n.1, p. 73-87, 2013.

# O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO E COMO MEIO DE CONTROLE DO COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA ESFERA PENAL: BREVE DISCUSSÃO ACERCA DO TEMA 990 DO STF

*ADMINISTRATIVE DUE PROCESS AS A GUARANTEE OF FULL DEFENSE AND ADVERSARIAL PROCEEDINGS AND AS A MEANS OF CONTROLLING THE SHARING OF PERSONAL DATA IN THE CRIMINAL SPHERE: A BRIEF DISCUSSION OF STF TOPIC 990*

***Regina Linden Ruaro***[1]

***Tapir Rocha Neto***[2]

**RESUMO:** O presente artigo propõe uma análise do Tema 990 do Supremo Tribunal Federal (STF) no que se refere ao devido processo legal como meio de controle do compartilhamento de dados pessoais de investigados por ilícitos criminais. Pretende-se demonstrar que a inexistência de uma Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais (LGPD) em matéria penal não afasta a eficácia imediata do direito fundamental à proteção de dados pessoais estabelecendo-se seus contornos. Como fundamento teórico, utiliza-se a contribuição da doutrina e da jurisprudência do STF na ADI 6649 que demarcam os critérios a serem utilizados pelas autoridades quando do compartilhamento de dados pessoais dos investigados.

1 Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (1993) com titulo revalidado pela UFRGS e Pós-Doutora pela Universidad San Pablo - CEU de Madri (2006/2008), Estágio Pós-doutoral na Universidade San Pablo - Ceu de Madri (2016). Professora Titular da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Decana Associada da Escola de Direito/PUCRS (2018/2021) Procuradora Federal/AGU aposentada Compõe o Grupo Internacional de Pesquisa "Protección de Datos, Seguridad e Innovación: retos en un mundo global tras el Reglamento Europeu de Protección de datos". Coordenadora no Brasil pela PUCRS/PPGD/PUCRS no Projeto "Identidad Digital, Derechos Fundamentales y Neuroderechos" - Espanha, Projeto PID2020-120373RB-I00, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Ciencia e innovación. Pesqwuisadora parte de la Red Internacional de Investigadores de la la South EU Google Data Governance Chair de la Universidad CEU-San Pablo. Professora convidada do Máster en Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la Información da Universidade San Pablo de Madrid-CEU/ Espanha, Membro do Comitê Gestor do Biobanco da PUCRS. Lidera o Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq: Proteção de Dados Pessoais no Estado Democrático de Direito na Linha de Pesquisa Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação. Foi uma das Coordenadoras do Grupo do PPGD/PUCRS no Projeto HANGAR (criação startup jurídica). Compõe o Conselho Consultivo da AIRES/PUCRS (AI Robotics Ethics Society. Compõe o Grupo de Pareceristas da Curadoria da "Plataforma Digital do Núcleo de Estudos de Saúde e Bioética - AJURIS/UNIMED. Advogada e Consultora Jurídica nas áreas do Direito Administrativo, Direito Digital e da Proteção de Dados Pessoais. Sócia Fundadora do Regina Ruaro Advogados Associados. E-mail: rruaro@pucrs.br. https://lattes.cnpq.br/8023231740817826. orcid.org/0000-0003-1144-9383. CEL. (51) 981586864

2 Doutorando em Ciências Criminais na PUCRS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal. Advogado criminalista sócio do escritório Zenkner Schmidt, Aspar Lima & Rocha Neto Advogados Associados. Email: tapir@advocaciapenal.com.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3070048405534188. orcid.org/0009-0008-1062-581X. CEL. (51)994378181

**PALAVRAS-CHAVES:** Devido processo legal. Direito fundamental. Eficácia imediata. Proteção de dados pessoais. Tema 990 STF.

**ABSTRACT:** This article proposes an analysis of Federal Supreme Court (STF) Topic 990 with regard to due process of law as a means of controlling the sharing of personal data of those investigated for criminal offenses. The aim is to demonstrate that the lack of an General Personal Data Protection Law (LGPD) in criminal matters does not rule out the immediate effectiveness of the fundamental right to the protection of personal data by establishing its contours. The theoretical basis is the contribution of doctrine and the case law of the Supreme Court in ADI 6649, which defines the criteria to be used by the authorities when sharing the personal data of those being investigated.

**KEY WORKS**: Due process of law. Fundamental right. Immediate effectiveness. Protection of personal data. Topic 990 STF.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O Direito Fundamental à Proteção de Dados e a sua eficácia imediata; 3 O Tema 990 do STF e a necessidade do respeito a critérios específicos para a execução de medidas invasivas de direitos fundamentais; 4 A ADI 6649 do STF e os critérios fixados para compartilhamento de dados pessoais relativos ao artigo 4º, inciso III, da LGPD; 5 O Projeto de Lei nº 1515/22 e os critérios para o devido processo legal administrativo de compartilhamento de dados pessoais; 6 Considerações finais; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

O dever estatal de proteção da sociedade contra a criminalidade e o exercício das atividades de investigação e de repressão de infrações penais usualmente trazem discussões relacionadas à proteção e à relativização de garantias individuais imanentes a todo e qualquer cidadão. O binômino segurança pública e liberdade individual simboliza a problemática atinente à busca pelo equilíbrio de dois axiomas igualmente relevantes: de um lado, o legítimo exercício das funções das autoridades persecutórias e, de outro, as garantias individuais daqueles que são investigados e acusados de terem praticado uma infração penal.

O direito fundamental à segurança pública não é absoluto e possui limitações previstas no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na Constituição Federal de 1988 ("CF/88"), para coibir a violação de garantias individuais, em especial o direito à intimidade e à vida privada (artigo 5º, inciso X, da CF/88), o direito ao sigilo de dados (artigo 5º, XII, da CF/88) e o direito à proteção de dados pessoais (artigo 5º, inciso LXXIX, da CF/88.

Uma questão relevante e que suscita uma reflexão por parte dos estudiosos do Direito é o compartilhamento de dados pessoais entre instituições públicas, como a Receita Federal e a Unidade de Inteligência Financeira – UIF com o Ministério Público e com a Polícia. Essa prática tem sido um mecanismo frequentemente

utilizado pelos órgãos de segurança para dar maior eficiência às atividades de investigação e de repressão a infrações penais.

A viabilidade dessa troca de informações que envolvem dados pessoais cobertos pelo sigilo constitucional que se encontram à disposição de órgãos da administração pública brasileira, como informações bancárias e fiscais, e a discussão sobre a necessidade de que esse compartilhamento seja precedido e autorizado por decisão judicial chegou ao Supremo Tribunal Federal diante de sua relevância temática e de seu embasamento constitucional.

No final do ano de 2019, o Plenário da Suprema Corte brasileira fixou a tese com repercussão geral no âmbito do Tema 990 e decidiu pela constitucionalidade do compartilhamento de dados pessoais por órgãos administrativos de inteligência e de fiscalização à míngua de autorização judicial[3].

Ocorre que o julgamento não elucidou questões que são atinentes aos direitos fundamentais da intimidade, da vida privada e da proteção dos dados pessoais. Isso porque, apesar de exigir a existência de um procedimento formal sujeito a controle jurisdicional posterior, o acórdão que deu origem à tese do Tema 990 não estabeleceu de maneira objetiva quais são os critérios que devem ser respeitados nesse aludido procedimento formal para que o compartilhamento de dados pessoais seja considerado legal/legítimo e tampouco definiu quais os efeitos que o eventual desvirtuamento gera para aquele caso penal ao qual a documentação aportou.

A falta da elucidação dessas questões já demonstraria, por si, a relevância do estudo, mas ele se torna ainda mais necessário, na medida em que hoje não se tem no Brasil uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no âmbito do direito penal, o que, *a priori*, poderia gerar interpretações sobre a ausência de cobertura dos dados pessoais dos investigados no âmbito criminal com o afastamento da incidência deste direito fundamental que está previsto no artigo 5º, inciso LXXIX, da CF/88.

Nesse particular, o artigo tem o objetivo, sem pretender esgotar a discussão, de trazer reflexões sobre em que medida: (i) a troca de informações contendo dados pessoais pressupõe, para sua legalidade, a presença de critérios previamente delimitados para ser efetivada, (ii) se o descumprimento desses critérios implica na nulidade do procedimento – compartilhamento – efetuado pelos órgãos de inteligência e de persecução penal e (iii) se essa nulidade pode ser derivada para os demais atos processuais praticados em decorrência do compartilhamento de

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 04/12/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?_docTP=TP&docID=755364496. Acesso em 09/09/2023.

dados pessoais sem a adoção dos critérios atinentes ao devido processo legal no âmbito da investigação.

O estudo, inicialmente, traz o referencial teórico sobre o direito fundamental à proteção de dados. Posteriormente, o trabalho examina o inteiro teor do acórdão relativo ao Tema 990 do STF à luz da ADI 6649 do STF e discute alguns pontos do Projeto de Lei nº 1515/22, que está em tramitação perante a Câmara dos Deputados e que trata sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPDP) para fins de segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública e de investigação e repressão de infrações penais. A análise dos julgamentos e do projeto de lei evidencia uma lacuna jurisprudencial e legislativa que conduz o artigo a apresentar critérios que devem ser cumpridos para que o compartilhamento de dados pessoais seja considerado legítimo e não gerar a nulidade dos atos de investigação praticados no âmbito da persecução penal.

O artigo está ancorado na linha de pesquisa Direito, Ciência, Tecnologia & Inovação e no Projeto de Pesquisa, Proteção de Dados Pessoais e Acesso à Informação no Estado Democrático de Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito e na linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, ambos da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

## 2 O Direito Fundamental à Proteção de Dados e a sua eficácia imediata

Para compreender-se a inafastabilidade do direito fundamental à proteção de dados do âmbito de proteção dos investigados por ilícitos penais faz-se necessário, primeiramente, tratar da eficácia dos direitos fundamentais. O tema em debate foi objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais desde meados do século passado com surgimento e desenvolvimento na sociedade alemã, sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte*, especialmente, a partir de decisões promulgadas pelos tribunais alemães[4]. Além disso, o surgimento da expressão *Drittwirkung der Grundrechte* (eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais) teve forte influência de Hans Carl Nipperdey em trabalho doutrinário publicado em 1954 ("*Die Würde des Menschen*")[5].

No que diz respeito ao uso da expressão "direitos fundamentais", é importante destacar que o constituinte brasileiro se inspirou, principalmente, na Lei

4 MARTINS, Thiago Penido. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2803.pdf. Acesso em 09/09/2023.

5 NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 43.

Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976[6]. Contudo, ao contrário da Constituição Portuguesa que consagrou expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a atual Constituição Brasileira não previu o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º, da CF/88), como ocorreu na Constituição da Alemanha, em seu artigo, 1º, inciso III, bem como nas vigentes Constituições da Rússia (1993), da Suíça (1998), da Grécia, da Espanha e na própria Constituição Portuguesa, acima referida[7].

Nesse contexto, a perspectiva histórica dos direitos fundamentais assumiu importância como verdadeiro mecanismo hermenêutico. A história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem[8].

No entanto, cabe salientar que, como qualquer direito fundamental, o direito à proteção de dados pessoais não é um direito absoluto. A despeito disso, trata-se de um direito especial, porque está associado ao princípio da dignidade da pessoa humana[9], e, por ser um direito de personalidade, requer um controle mais intenso e rigoroso no que se refere às intervenções restritivas.[10] Nesse sentido, Ingo Sarlet, ao estudar o direito fundamental à proteção de dados pessoais, manifesta que:

> O direito à proteção de dados pessoais é submetido a limites e passível de restrições, acionam-se, também nesse caso, os assim chamados limites aos limites dos direitos fundamentais, dentre os quais desponta a necessária observância dos critérios da proporcionalidade e da salvaguarda do núcleo essencial, o que se aplica seja qual for a origem e natureza da intervenção estatal (judiciária, administrativa e legislativa) na esfera de proteção do direito à proteção de dados.[11]

6 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: **uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 28.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 120.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: **uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 36.

9 Sobre o conceito, José Gomes Canotilho descreve a noção nuclear da dignidade da pessoa humana como sendo o "indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (plastes et fictor)" (CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 225).

10 Cf. por todos, STARK, Christian. Art. 2 Abs 1 – Schutz des Art 2 Abs. 1 vor Eingriffen curch die öffentliche Gewalt: In: Von Mangoldt; Klei; Stark. **Grundgesetz Kommentar,** v.1, 7. Auf. Muchen: C.H. Becke, 2018. p. 217.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. **Fundamentos Constitucionais: o Direito Fundamental à Proteção de Dados. Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Coordenadores Danilo Doneda et al, Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 55.

No Brasil, os direitos fundamentais encontram-se principalmente positivados no artigo 5º da CF/88 e podem, ainda, ser encontrados ao longo de toda a normativa constitucional. Por essa razão, como bem defende Ingo Sarlet, a aplicabilidade de referidos direitos no ordenamento jurídico brasileiro se dá de forma imediata[12].

Claus-Wilhelm Canaris[13] sustenta uma eficácia em geral imediata com relação aos deveres de proteção Estatal, ou seja, admitir-se-á intervenção do Estado nas relações privadas quando for para proteger direitos relacionados à dignidade da pessoa humana. A aplicação imediata deriva de norma principiológica, "uma espécie de mandado de otimização (ou maximização)", que estabelece "aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais"[14]. O alcance da norma contida no art. 5º, §1º, da CF/88, no sentido de se aplicar a imediatidade variará de acordo com o caso concreto, a depender do direito fundamental em discussão. Contudo, a aplicabilidade imediata alcança todos os direitos fundamentais, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que devem, na medida das possibilidades apresentadas pelo caso concreto, dar a máxima aplicabilidade possível àqueles.

Outra qualidade dos direitos fundamentais é a superioridade normativa. Com efeito, os direitos fundamentais são parte integrante da Constituição formal, possuindo, dessa forma, *status* normativo superior em relação a todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, não é permitido ao legislador alterar o conteúdo essencial desses direitos ao regular o seu exercício. Não são permitidas inovações legislativas abusivas e desproporcionais. Vale ressaltar que a superioridade normativa não torna os direitos fundamentais absolutos. Isso porque eles encontram limites em outros direitos fundamentais ou interesses coletivos consagrados na Constituição.

Importante referir que a Constituição Federal brasileira definiu os direitos fundamentais como cláusulas pétreas ao não permitir que tais direitos sejam objeto de deliberação de proposta de Emenda Constitucional, tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, da CF/88), que consistem em limitação material à reforma constitucional. Dessa forma, o rol dos direitos fundamentais, que é aberto em razão da existência de direitos fundamentais implícitos, e da cláusula de abertura material constante no art. 5º, §2º, da CF/88, só deve evoluir, vedando-se o retrocesso.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: **uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 243.

13 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. Grundrechte und Privatrecht – eine zwischenbilanz. De Gruyter, 1999, p. 51.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: **uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 243.

Importante destacar que a raiz da proteção de dados pessoais dos indivíduos submetidos à persecução penal tem a cobertura geral da Constituição Federal mesmo que as matérias relativas a essa área não estejam formalmente reguladas por lei. Isso porque a proteção de dados pessoais é intrínseca à privacidade, sendo ambos direitos fundamentais como já se disse.

No Brasil, o direito fundamental à privacidade foi inserido na Constituição Federal (art. 5º, inciso X, da CF/88) bem antes do direito à proteção de dados pessoais que se deu em 2022 com a Emenda Constitucional nº 115/22 e cuja da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) data de 2018, com entrada plena em vigor no ano de 2021. Os debates sobre a proteção de dados enquanto direito fundamental também despontaram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional nº 115/22, sendo relevante citar, nesse particular, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6387.

Em 24 de abril de 2020, a Ministra Rosa Weber, relatora da ADI n.º 6387, proferiu decisão monocrática concedendo uma medida cautelar que suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020[15]. Tal MP previa o compartilhamento de dados de usuários dos serviços de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), compartilhamento este que foi calcado na justificativa de que tais dados seriam utilizados para a produção de estatística oficial durante a pandemia do coronavírus.

O posicionamento adotado pela Ministra Rosa Weber foi o de que tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, *caput*, da CF/88), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII, da CF/88). Sua manipulação e tratamento, desse modo, devem observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional.

Posteriormente, em 7 de maio de 2020, o Plenário do STF[16] confirmou a decisão monocrática da Ministra Rosa Weber e manteve a suspensão da eficácia da MP nº 954/2020[17]. Essa decisão teve como consequência a sinalização do STF sobre a importância da proteção de dados pessoais como um direito fundamental,

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387**. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em: 24/04/2020 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342959350&ext=.pdf. Acesso em: 09/09/2023.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387**. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em: 07/05/2020. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 09/09/2023.

17 BRASIL. Planalto. **Medida Provisória nº 954/2020**. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em 09/09/2023.

reforçando que, mesmo em situações excepcionais, como durante a pandemia de coronavírus, o compartilhamento de informações deve ser tratado com cautela e dentro dos limites da legalidade e da preservação dos direitos individuais dos cidadãos.

Com a consolidação de tal posição, o STF demonstrou o comprometimento em resguardar o direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais dos indivíduos, especialmente num cenário em que a tecnologia e a coleta de dados têm se intensificado. Com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 115/2022, que inseriu, no artigo 5º da CF/88, o inciso LXXIX, o direito fundamental à proteção dos dados pessoais antes reconhecido materialmente pelo STF passou a formalmente a deter *status* de direito fundamental, o que, consequentemente, lhe confere um regime jurídico protetivo especial.

## 3 O Tema 990 do STF e a necessidade do respeito a critérios específicos para a execução de medidas invasivas de direitos fundamentais

O Supremo Tribunal Federal, no Tema 990, declarou a constitucionalidade do compartilhamento de dados pessoais sigilosos entre os órgãos de inteligência (Receita Federal e Unidade de Inteligência Financeira – UIF) e de persecução penal (Polícia Federal e Ministério Público Federal) sem a necessidade de autorização judicial, reconheceu que esse mecanismo não fere o direito fundamental à proteção de dados pessoais e fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral:

> É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil – em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.[18]

Isso significa dizer que o Supremo Tribunal Federal autorizou, sem a necessidade de prévia decisão jurisdicional, o acesso do Ministério Público e das autoridades policiais aos dados protegidos pelos sigilos fiscal e bancário, dos quais a Receita Federal e a Unidade de Inteligência Financeira – UIF detêm a posse, para fins de investigação criminal.

Ademais, o Tribunal firmou o entendimento de que o compartilhamento de dados pessoais "deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instru-

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 04/12/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755364496. Acesso em 09/09/2023. P. 1.

mentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios" [19]. Ou seja: o acesso pelos órgãos de persecução penal dos dados pessoais compartilhados pelos órgãos de inteligência deve ser feito seguindo um rito formal.

O Ministro Dias Toffoli, relator do acórdão do Tema 990, salientou, em seu voto, que a disseminação dos dados pessoais "deve ser feita única e exclusivamente mediante (...) sistemas eletrônicos de segurança, que deverão ser certificados, com registro de acesso (...) e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios"[20] e registrou que as "informações não podem ficar tramitando via e-mail, via algum sistema que não tenha controle de acesso, de recebimento e de compartilhamento"[21].

O Ministro Gilmar Mendes igualmente se debruçou sobre a necessidade da formalização do compartilhamento dos dados pessoais entre os órgãos da Administração Pública. Depois de consignar a diferença entre o compartilhamento de dados espontâneo (feito diretamente pelos órgãos de inteligência sem requerimento dos órgãos de persecução penal), o que, segundo o Ministro Gilmar Mendes, "afigura-se perfeitamente legal, constitucional e necessário para a eficiência do combate à corrupção, à lavagem de dinheiro, ao terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa"[22] e o compartilhamento de dados "em face de pedido da autoridade competente"[23] (leia-se: a pedido da Polícia e/ou do Ministério Público), igualmente considerado legítimo, o Ministro Gilmar Mendes registrou a possibilidade de utilização do "chamado Sistema Eletrônico de Intercâmbio (SEI-C), ambiente digital seguro em que o Ministério Público ou a Polícia Federal registra dados sobre pessoas investigadas em procedimentos como inquéritos policiais e PICs [Procedimentos Investigatórios Criminais]"[24].

A diferenciação entre o compartilhamento de dados espontâneo e o compartilhamento de dados a pedido da autoridade persecutória competente se mostra também relevante, porque, mesmo depois do julgamento do Tema 990 do STF, o Superior Tribunal de Justiça declarou a ilicitude dos relatórios de inteligência financeira solicitados diretamente pela autoridade policial à UIF à míngua de decisão judicial[25]. A despeito do voto do Ministro Gilmar Mendes no acórdão do Tema

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 04/12/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755364496. Acesso em 09/09/2023. P. 1.

20 Ibidem, p. 56.

21 Ibidem, p. 125.

22 Ibidem, p. 396.

23 Ibidem.

24 Ibidem.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus Nº 147707**. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em: 15/08/2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/

990 do STF, que reconheceu a legalidade tanto do compartilhamento espontâneo como do compartilhamento a pedido da autoridade persecutória sem autorização judicial, o Superior Tribunal de Justiça tentou realizar um *distinguishing* entre os precedentes e – indo de encontro à jurisprudência do STF – exigiu um provimento jurisdicional como medida necessária à legitimidade do compartilhamento de relatórios de inteligência da UIF a pedido da autoridade policial[26]. O caso do Superior Tribunal de Justiça ainda pende de trânsito em julgado e, ao que tudo indica, o Supremo Tribunal Federal deve cassar o acórdão da Corte Superior se a questão for submetida pelo Ministério Público à Corte Constitucional se não houver nova alteração jurisprudencial.

Seja qual for a resolução daquele caso, é importante ressaltar que, em que pese o inteiro teor do acórdão que fundamentou a fixação da tese do Tema 990 tenha consignado a exigência de procedimento formal para a legalidade do compartilhamento de dados pessoais, inclusive com a referência a sistema já existente (SEI-C), o Supremo Tribunal Federal não definiu, especificamente, quais são os critérios que devem ser objetivamente cumpridos para que o compartilhamento de dados pessoais respeite o devido processo legal administrativo e viabilize o concreto exercício do contraditório e da ampla defesa por aqueles que tiveram os seus dados pessoais compartilhados. A lacuna desses critérios legitimadores já havia sido alertada por Luís Greco e por Alaor Leite antes mesmo do julgamento do Tema 990 pelo Supremo Tribunal Federal ao ressaltarem que "teria de existir lei formal prevendo os pressupostos materiais para o compartilhamento [de dados], sobretudo em quais hipóteses, quais os dados e com que finalidade podem eles ser colhidos, usados, compartilhados e armazenados"[27].

Medidas invasivas de direitos fundamentais possuem requisitos estabelecidos pela legislação penal brasileira para serem executadas no âmbito do processo criminal. As buscas e apreensões domiciliares, por exemplo, exigem a existência de "fundadas razões" como pressuposto legal para sua execução, conforme dispõe o artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal brasileiro. Ou seja: a medida só será decretada se houver indícios razoáveis de materialidade e de autoria e prova pré-constituída da infração penal que fundamente a relativização do direito à inviolabilidade domiciliar[28].

---

eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=203781874&registro_numero=202101529044&peticao_numero=&publicacao_data=20230824&formato=PDF . Acesso em: 09/09/2023.

26 Ibidem.

27 GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Discussão do Supremo sobre caso Coaf joga luz em lacuna legislativa. Publicado no Jornal Folha de São Paulo** em 19/11/2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/discussao-do-supremo-sobre-caso-coaf-joga-luz-em-lacuna-legislativa.shtml. Acesso em: 09/09/2023.

28 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p. 609.

Já as buscas e apreensões pessoais exigem a "fundada suspeita" de que alguém oculta consigo arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato criminoso ou qualquer outro elemento de convicção que seja essencial à prova de infração penal ou à defesa do réu na forma do artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal brasileiro.

As interceptações telefônicas e telemáticas, por sua vez, possuem regulação própria e igualmente pressupõem a observância de determinadas condições para serem implementadas no âmbito de uma investigação ou de uma ação penal. O artigo 2º da Lei nº 9.296/96 prevê que os monitoramentos das comunicações só serão admitidos e deferidos judicialmente quando houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e quando o fato investigado constituir infração penal punida com reclusão. Inexistindo a presença desses critérios, o direito ao sigilo das comunicações, previsto no artigo 5º, XII, da CF/88 não pode ser violado.

No âmbito do compartilhamento de dados pessoais pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira com os órgãos de persecução penal, a exigência de pressupostos autorizadores da medida invasiva de direito individual fundamental não pode ser diferente. É necessário o cumprimento de determinados critérios para garantir a higidez do intercâmbio de dados pessoais, já que as informações estão relacionadas e protegidas pelo sigilo fiscal e pelo sigilo bancário. O processo penal brasileiro atualmente carece de uma regulamentação específica atinente à proteção de dados pessoais pelas autoridades de persecução criminal.

A legislação em vigor – que tutela os dados pessoais, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – exclui expressamente do âmbito de sua incidência o tratamento de dados pessoais realizado para fins de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado e das atividades de investigação e repressão de infrações penais (artigo 4°, inciso III, alíneas *a* a *d*, da Lei 13.709/2018). No entanto, como se verá a seguir, a despeito dessa aparentemente exclusão legislativa, os investigados não se encontram desprovidos de amparo normativo.

## 4 A ADI 6649 do STF e os critérios fixados para compartilhamento de dados pessoais relativos ao artigo 4º, inciso III, da LGPD

Muito se tem discutido e criticado sobre a ausência de uma LGPD penal. A previsão da exclusão da matéria consta do artigo 4º, inciso III, da Lei 13.709/2018 (LGPD), que dispõe:

> Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais[29]:
>
> III - realizado para fins exclusivos de:
>
> a) segurança pública;
>
> b) defesa nacional;
>
> c) segurança do Estado; ou
>
> d) atividades de investigação e repressão de infrações penais;

Em que pese a ausência de uma lei específica, o Poder Judiciário brasileiro, através do Supremo Tribunal Federal, tem dado os contornos do direito à proteção de dados pessoais no que concerne à esfera penal. Por ocasião do julgamento da ADI 6649[30], de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e transitada em julgado em 26/06/2023, o STF definiu a necessidade de que haja critérios para o compartilhamento de dados pessoais relativo às atividades de inteligência e exigiu a incidência de uma interpretação sistemática atualizada dos textos legais. Em uma das passagens do voto, o Ministro Gilmar Mendes alertou que:

> [...] cabe ao Tribunal, de um lado, reconhecer que a disciplina jurídica do processamento e da utilização de dados pessoais acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo e, de outro, proceder a uma releitura de mecanismos clássicos de defesa das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito.[31]

A ADI 6649 analisou a constitucionalidade do Decreto 10.046/2019, editado pela Presidência da República para regulamentar o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública Federal e para instituir o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pleiteou a inconstitucionalidade dessa norma sustentando que as disposições nela contidas possibilitariam uma vigilância massiva do Estado sobre os dados pessoais dos indivíduos.

29 O conceito de tratamento de dados está definido na Lei 13.709/2018 através do artigo 7º, inciso "X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração" Disponível em:.https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 09/09/2023

30 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6079238. Acesso em: 09/09/2023.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.649.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 15/09/2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358978491&ext=.pdf. Acesso em: 09/09/2023. P. 41.

Na decisão da ADI 6649, o STF afirmou que é possível prever o compartilhamento dos dados entre as entidades de Administração Pública Federal, desde que respeitados os parâmetros da LGPD. Relativamente às atividades de inteligência, o item 6 da ementa do acórdão definiu que:

> 6. O compartilhamento de informações pessoais em atividades de inteligência deve observar a adoção de medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; a instauração de procedimento administrativo formal, acompanhado de prévia e exaustiva motivação, para permitir o controle de legalidade pelo Poder Judiciário; a utilização de sistemas eletrônicos de segurança e de registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização em caso de abuso; e a observância dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular previstos na LGPD, no que for compatível com o exercício dessa função estatal.[32]

Em uma das passagens de seu voto, mais especificamente no item "2.4 - Objeto da ADPF 695. Compartilhamento de dados pessoais para realização de atividades de inteligência", o Ministro Gilmar Mendes aduziu que a opção do legislador brasileiro foi a de que a matéria penal deveria ser regulada por legislação específica, porém essa legislação deverá fundar-se nos "pilares estruturantes da LGPD":

> Ao que tudo indica, considerando a sensibilidade das atividades relacionadas à preservação da soberania nacional, o legislador entendeu que o assunto deveria observar legislação específica, adequada às particularidades desse campo de atuação estatal. Antecipou, contudo, que esse regime especial de tratamento de dados deve ser calibrado à luz dos pilares estruturantes da LGPD, especialmente no que diz respeito à necessidade de apresentação de justificação minudente das finalidades pretendidas pelos órgãos de inteligência.[33]

Os pilares estruturantes do direito à proteção de dados pessoais são inclusive objeto de convergência internacional, conforme bem asseverado por Laura Mendes:

> A convergência internacional estabelecida acerca dos princípios é marcante, mesmo os ordenamentos jurídicos mais diversos preveem praticamente os mesmos princípios de proteção de dados, com mínimas diferenças. Esse quadro comum de princípios é conhecido por '*Fair Information Principles*' e teve sua origem na década de 70 de forma quase simultânea nos Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha.[34]

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.649.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 15/09/2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358978491&ext=.pdf. Acesso em: 09/09/2023. P. 3.

33 Ibidem, p. 66.

34 MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

A espinha dorsal da proteção de dados pessoais pressupõe o respeito a cinco princípios, a saber: a) princípio da publicidade: a existência de banco de dados deve ser de conhecimento do público; b) princípio da exatidão: as informações devem ser fiéis à realidade e deve haver a possibilidade de atualizá-las periodicamente; c) princípio da finalidade: utilizar os dados para fins determinados - o qual deve ser comunicado ao titular antes da coleta; d) princípio do livre acesso: o interessado deve poder ter acesso aos ficheiros que contêm seus dados, além de poder controlá-los – de acordo com o princípio da exatidão; e) princípio da segurança física e lógica: os dados devem ser protegidos contra extravios, destruições, modificações, transmissões ou acessos não autorizados[35].

O julgamento da ADI 6649, ancorado na convergência internacional sobre os princípios a serem seguidos no âmbito da proteção de dados pessoais, evidencia que não há como escudar-se na inexistência de legislação específica, no caso a ausência de uma LGPD penal, para deixar de atender – na seara criminal – aos pilares estruturantes da Lei 13.709/18 e aos critérios fixados pela jurisprudência do STF. Tal argumento está em consonância, ainda, com o disposto no parágrafo primeiro do artigo 4º da Lei 13.709/18 (LGPD), antes apontado, quando prevê expressamente que:

> § 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.

Parece-nos, assim, que está superada a tese de que os cidadãos submetidos à persecução penal para a repressão de ilícitos criminais não receberiam qualquer tutela em relação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. Tal proteção exige o respeito ao devido processo legal no âmbito do compartilhamento de dados entre as instituições devendo-se atender a critérios legitimadores quanto à finalidade, à adequação e à necessidade dessa medida invasiva de direito fundamental.

## 5 O Projeto de Lei nº 1515/22 e os critérios para o devido processo legal administrativo de compartilhamento de dados pessoais

Iniciativas já foram tomadas no Poder Legislativo brasileiro para regulamentar a proteção de dados pessoais na seara penal, ainda que não tenham surtido efeito concreto até então. Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1515/22, que foi proposto pelo Deputado Coronel Armando e tem o

35 DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. v. 12, n. 2, jul./dez. Espaço Jurídico: Joaçaba. 2011, p. 100-101.

objetivo de se tornar a "Lei de Proteção de Dados Pessoais para fins exclusivos de segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública, e de investigação e repressão de infrações penais"[36].

O Projeto de Lei refere, em seu artigo 2º, que a proteção de dados pessoais no âmbito do processo criminal deve ter como fundamentos a dignidade, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, o respeito à vida privada e à intimidade, a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a presunção de inocência e a garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação e da reserva legal.

Seguindo o acórdão do Supremo Tribunal Federal objeto do Tema 990, o Projeto de Lei dispõe, no artigo 7º, § 2º, que o compartilhamento de dados pessoais poderá ser realizado entre os órgãos públicos competentes e permite, no artigo 14, o tratamento e o compartilhamento de dados pessoais para finalidades de investigação e de repressão de infrações penais, observada a legislação processual penal vigente no que couber.

A proposta também autoriza o acesso, o tratamento e o compartilhamento de dados pessoais por meio de requisição direta do delegado de polícia ou do membro do Ministério Público (artigo 18, I) e indica as diretrizes que deverão ser seguidas pelas autoridades persecutórias competentes, como a sujeição a deveres de sigilo e de auditabilidade (artigo 11, II) e a assunção, pelo recebedor de dados, da mesma responsabilidade imposta ao custodiante originário dos dados pessoais (artigo 11, II).

O Projeto de Lei refere que, sem autorização judicial, o delegado de polícia ou o membro do Ministério Público apenas poderá ter acesso aos dados cadastrais do investigado mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

A proposta legislativa, no artigo 54, classifica como dados cadastrais aqueles "apresentados pelo titular para realização ou manutenção do cadastro perante particular ou poder público, abrangendo aquelas informações referentes à qualificação pessoal, dados biométricos, filiação, endereço, nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão, identificação de usuário ou código de acesso que tenha sido atribuído no momento da conexão, bem como demais dados não sujeitos a sigilo constitucional ou legal".[37]

36 Disponível em: https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020220622001010000.PDF#page=593. Acesso em: 09/09/2023.

37 Disponível em: https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020220622001010000.PDF#page=593. Acesso em: 09/09/2023.

O Projeto de Lei ainda prevê que a requisição de dados pessoais pelas autoridades de persecução penal deve indicar "o seu fundamento legal" e que toda pessoa natural tem o direito de obter, mediante requisição, a confirmação da existência do tratamento de dados pessoais, o acesso aos dados pessoais e a correção de dados incompletos (artigo 25).

A despeito dessas previsões que asseguram, a todo cidadão, a titularidade de seus dados pessoais e a observância de seus direitos fundamentais de liberdade, de intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais, a proposta legislativa incorreu na mesma lacuna observada no julgamento do Supremo Tribunal Federal objeto do Tema 990: não há qualquer referência a requisitos e/ou critérios que devem ser exigidos para a execução do compartilhamento dos dados pessoais entre os órgãos de inteligência e de persecução penal, merecendo, assim, maior atenção, uma vez que tais critérios foram recentemente previstos no julgamento da ADI 6649/STF anteriormente abordada.

Dessa constatação, revela-se que ainda é necessário avançar em termos de observância e respeito à proteção de dados pessoais num ambiente, que é o de procedimentos de investigação penal, cujo compartilhamento e tratamento é muito amplo: o passo à frente é fixar certos limites de transmissão, distribuição, comunicação, transferência e difusão de dados pessoais.[38]

O procedimento formal de compartilhamento de dados pessoais para ser legítimo, a nosso juízo, no âmbito do processo penal deve respeitar determinados critérios: 1) o direito de acesso integral pelo cidadão que teve seus dados compartilhados e tratados, ou pelo seu procurador, ao processo administrativo em que foi realizado o intercâmbio de informações pessoais; 2) o dever de motivação para o compartilhamento dos dados pessoais, ou seja, deve ser justificado, pelas autoridades competentes, se havia justa causa, indícios de autoria e materialidade de infração penal para o intercâmbio dos dados pessoais e a finalidade específica; 3) o registro de qual autoridade solicitou os dados pessoais; 4) o registro de para qual investigação, já previamente instaurada, os dados pessoais foram solicitados e compartilhados; 5) o registro de qual autoridade compartilhou os dados pessoais; 6) o dever de exatidão dos dados pessoais compartilhados; 7) o dever de manutenção do sigilo sobre os dados pessoais compartilhados, de modo a não se permitir o acesso por terceiros alheios à investigação.

Para além de garantir o devido processo legal, o respeito aos princípios penais do contraditório e da ampla defesa e resguardar o controle sobre o com-

38 ESTELITA, Heloísa. **O RE 1.055.941: um Pretexto para Explorar Alguns Limites à Transmissão, Distribuição, Comunicação, Transferência e Difusão de Dados Pessoais pelo COAF.** RDP, Brasília, Volume 18, n. 100, 606-636, out./dez. 2021. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5991/pdf. Acesso em: 09/09/2023.

partilhamento de dados pessoais, a observância desses critérios também parece ter o condão de neutralizar o fenômeno do *fishing expedition*. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fisgados, muito menos a quantidade. Ou seja: as autoridades persecutórias poderiam se aproveitar do compartilhamento de dados pessoais, que confere amplos espaços de exercício de poder, para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade e o sigilo dos dados, sem que houvesse elementos pré-constituídos que fundamentassem essa devassa na vida privada.[39]

O risco do compartilhamento de dados "por encomenda" e sem justa causa chegou a ser alertado pelo Ministro Dias Toffoli quando registrou, no voto proferido no julgamento objeto do Tema 990 do STF:

> [...] a absoluta e intransponível impossibilidade da geração de [...] (fishing expedition) contra cidadãos que não estejam sob investigação criminal de qualquer natureza ou em relação aos quais não haja alerta já emitido de ofício pela unidade de inteligência com fundamento na análise de informações contidas em sua base de dados.[40]

A observância dos critérios supramencionados, ainda que não evite totalmente essa prática ilegal, tem aptidão para indicar caminhos que equilibrem e harmonizem o direito fundamental à segurança pública e à liberdade individual. O Ministro Alexandre de Moraes, no voto proferido no julgamento objeto do Tema 990, indicou que "os dados compartilhados não podem ser considerados como provas ilegítimas, pois serão submetidos ao Devido Processo Legal, garantindo-se a ampla defesa e o pleno contraditório em juízo"[41]. Ocorre que, se eventualmente algum dos *sete critérios* acima enumerados não for observado dentro do procedimento formal de compartilhamento de dados, a defesa do cidadão que teve os dados pessoais compartilhados pode se insurgir contra essa disformidade, conforme inclusive ressaltado no mesmo voto do Ministro Alexandre de Moraes quando consignou que "a defesa poderá impugnar e comprovar eventual desvirtuamento (...) na produção de provas"[42] pelos órgãos de inteligência e de persecução penal.

39 ROSA, Alexandre Morais da. **A prática de fishing expedition no processo penal**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal. Acesso em: 09/09/2023.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 04/12/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755364496. Acesso em 09/09/2023. P. 57.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 04/12/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755364496. Acesso em 09/09/2023. P. 195.

42 Ibidem.

Caso constatada a inobservância dos critérios de regularidade formal do procedimento de compartilhamento de dados pessoais, a higidez da documentação produzida e disseminada (seja o RIF pela UIF, seja a comunicação da Receita Federal) resta maculada, tornando-a nula. A consequência processual da constatação dessa nulidade é que o documento respectivo deverá ser reconhecido como ilícito e desentranhado da investigação na forma do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal brasileiro e do artigo 5º, LVI, da CF/88. E isso sem prejuízo da aferição de eventual derivação da nulidade para os atos processuais subsequentes, conforme disciplina o artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal brasileiro, caso a documentação objeto do compartilhamento viciado de dados pessoais tenha dado causa a uma medida de busca e apreensão e/ou interceptação telefônica, por exemplo.

Conforme Aury Lopes Jr., punir é necessário; punir é civilizatório, mas é necessário punir dentro das regras do jogo e dentro do devido processo legal[43]. No processo penal, os fins não justificam os meios. O resultado não valida a desconformidade de obtenção do meio de prova, pois o caminho de obtenção da prova é pressuposto à análise do conteúdo.[44]

Dessa forma, a constitucionalidade do compartilhamento de dados pessoais entre os órgãos de inteligência e de persecução penal não autoriza que as autoridades promovam verdadeiras devassas na vida privada dos indivíduos sem qualquer fundamentação juridicamente válida. O direito fundamental à vida privada e o direito fundamental à proteção dos dados pessoais garantem que uma medida persecutória estatal para ser executada deve pressupor transparência, fiabilidade e justificativas legítimas a demonstrarem que, naquele determinado caso concreto, a prevalência da segurança pública sobre direitos individuais atendeu a critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.

## 6 Considerações Finais

A discussão sobre a proteção da esfera privada é, de fato, complexa e marcada por abordagens contraditórias, refletindo uma dificuldade em se encontrar um equilíbrio entre a necessidade de proteger os dados e as informações pessoais e as demandas legítimas de segurança pública. A tensão entre esses dois direitos fundamentais é cada vez mais acentuada, porque, embora a coleta, o processamento de dados pessoais e o compartilhamento de dados pessoais de investigados possam desempenhar um papel importante no combate à criminalidade, há questões

43 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 62.

44 ROSA, Alexandre Morais da. **A prática de fishing expedition no processo penal**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal. Acesso em: 09/09/2023.

fundamentais relacionadas à privacidade e ao uso inadequado desses dados que devem ser atendidas no âmbito do desenvolvimento das atividades de persecução penal.

Conforme se abordou no artigo, muito embora a atual Lei de proteção de dados pessoais exclua de seu âmbito de incidência toda a matéria ligada à segurança pública, à inteligência e à defesa do Estado, isso não significa que o ordenamento jurídico brasileiro passou um salvo conduto para que as autoridades responsáveis por investigar ilícitos criminais possam descumprir o direito fundamental de proteção de dados pessoais. Procurou-se interpretar o Tema 990 do STF, que considera constitucional o compartilhamento de dados pessoais pelas unidades de inteligência sem a prévia autorização do Poder Judiciário à luz do entendimento do STF na ADI 6649, apontando para a existência de sete critérios necessários para que se atenda ao direito fundamental daqueles que tiveram os dados pessoais compartilhados em sede de inquéritos policiais e/ou procedimentos investigatórios criminais.

Sem o devido processo legal administrativo, o compartilhamento de dados pessoais entre instituições públicas, como a Receita Federal e a Unidade de Inteligência Financeira – UIF com o Ministério Público e com a Polícia, é passível de anulação e pode ainda gerar a nulidade, por derivação, dos demais atos processuais subsequentes executados no âmbito da persecução penal. Em última análise, o que se concluiu do estudo, ainda que sem esgotar a temática, é que o direito fundamental à proteção de dados pessoais tem eficácia imediata e, quando houver que ser mitigado na seara criminal, há de se respeitar o balizamento que passou a ser inicialmente tratado pela mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro.

## Referências bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus Nº 147707**. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em: 15/08/2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=203781874&registro_numero=202101529044&peticao_numero=&publicacao_data=20230824&formato=PDF. Acesso em: 09/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.649.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 15/09/2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358978491&ext=.pdf. Acesso em: 09/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387**. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em: 24/04/2020 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342959350&ext=.pdf. Acesso em: 09/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387**. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em: 07/05/2020. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 09/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.055.941.** Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 04/12/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755364496. Acesso em 09/09/2023.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. Grundrechte und Privatrecht – eine zwischenbilanz. De Gruyter, 1999.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. v. 12, n. 2, jul./dez. Espaço Jurídico: Joaçaba .2011.

ESTELITA, Heloísa. **O RE 1.055.941: um Pretexto para Explorar Alguns Limites à Transmissão, Distribuição, Comunicação, Transferência e Difusão de Dados Pessoais pelo COAF.** RDP, Brasília, Volume 18, n. 100, 606-636, out./dez. 2021. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5991/pdf. Acesso em: 09/09/2023.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Discussão do Supremo sobre caso Coaf joga luz em lacuna legislativa. Publicado no Jornal Folha de São Paulo** em 19/11/2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/discussao-do-supremo-sobre-caso-coaf-joga-luz-em-lacuna-legislativa.shtml. Acesso em: 09/09/2023.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARTINS, Thiago Penido. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2803.pdf. Acesso em: 09/09/2023.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Gen/ Forense, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **A prática de fishing expedition no processo penal**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal. Acesso em? 09/09/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: **uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Fundamentos Constitucionais: o Direito Fundamental à Proteção de Dados. Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Coordenadores Danilo Doneda et al, Rio de Janeiro, Forense, 2021.

STARK, Christian. Art. 2 Abs 1 – Schutz des Art 2 Abs. 1 vor Eingriffen curch die öffentliche Gewalt: In: Von Mangoldt; Klei; Stark. **Grundgesetz Kommentar,** v.1, 7. Auf. Muchen: C.H. Becke, 2018.

# O DIREITO CAPTURADO PELA ECONOMIA: A FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL E OS IMPACTOS DO SABER ECONÔMICO SOBRE AS DECISÕES JUDICIAIS PENAIS

*LAW CAPTURED BY ECONOMICS: THE TRAINING OF MAGISTRATES IN THE UNITED STATES AND BRAZIL AND THE IMPACTS OF ECONOMIC KNOWLEDGE OVER CRIMINAL JUDICIAL DECISIONS*

***Ricardo Jacobsen Gloeckner***[1]

***João Carlos Dalmagro Junior***[2]

*"El pseudocientífico, igual que el pescador, exagera suas presas y oculta o disculpa todos sus fracasos." (Mario Bunge)*

**RESUMO**: A Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) é campo do conhecimento que exerce influência sobre as decisões proferidas pelos juízes do *Common Law* estadunidense, o que se dá pela aquisição de novas técnicas de julgamento pelos magistrados, que são submetidos a cursos de formação específicos voltados à Economia, experiência que vem ganhando corpo no Brasil. Assim, o objetivo deste artigo é analisar a formação econômica dos juízes e os impactos dessas novas técnicas no conteúdo das decisões judiciais penais. Foi utilizada uma pesquisa descritiva, baseada em revisão de literatura, e qualitativa, à luz da qual doutrina e jurisprudência pátrias e norte-americanas foram analisadas de forma crítica e reflexiva. Conclui-se que a formação dos julgadores em termos econômicos é capaz de alterar a linguagem e o conteúdo das decisões penais, colocando em risco garantias fundamentais das pessoas submetidas à persecução estatal.

**Palavras-chave**: Análise Econômica do Direito. Cursos de formação de magistrados. Decisões judiciais. Impactos.

**ABSTRACT**: The Economic Analysis of Law (*Law and Economics*) is a field of knowledge that influences the decisions made by american common law judges, which occurs through the acquisition of new judgment techniques by magistrates, who are subjected to specific training courses sessions on Economics, an experience that has

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Consultor jurídico e parecerista. https://orcid.org/0000-0002-1205-380X

2 Mestre e doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor de Direito Processual Penal da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Advogado criminalista. ORCID: https://orcid.org/0009-0006-5391-1686

been gaining ground in Brazil. Thus, the objective of this article is to analyze the economic training of judges and the impacts of these new techniques on the content of criminal judicial decisions. A descriptive research was used, based on a literature and a qualitative review, in the light of which national and USA doctrine and jurisprudential precedents were analyzed in a critical and reflective way. It is concluded that the training of judges in economic terms is capable of changing the language and content of criminal decisions, putting at risk fundamental guarantees of people subjected to state persecution.

**KEYWORDS**: Law and Economics. Training courses for magistrates. Judicial decisions. Impacts.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O movimento do *Law and Economics* no contexto do marco neoliberal: a Escola de Chicago e o amálgama entre as ideias econômicas e jurídicas; 3 A formação econômica dos juízes norte-americanos: *The Henry Manne Programs* e os impactos do *Law and Economics* nas decisões judiciais estadunidenses; 4 A experiência brasileira: primeiras constatações desde a perspectiva da América Latina; 5 Conclusão; Referências Bibliográficas.

## 1 Introdução

A Análise Econômica do Direito é fruto da racionalidade neoliberal[3] concebida e gestada na Escola de Chicago, cujo apogeu acadêmico se deu nos anos cinquenta a setenta do século passado. Sua abordagem aglutinou historicamente críticas à intervenção governamental na Economia e novos métodos de concepção e estudo do Direito, impulsionados por intelectuais como Aaron Director, Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner, este último que, aliás, tornou o *Law and Economics* um mercado bastante atrativo para quem nele se aventurasse[4].

3 É importante demarcar, desde já, que "o neoliberalismo exige a intervenção governamental para a instalação da concorrência como norma generalizada de conduta", cujo "efeito material imediato é a produção de distintos níveis de desigualdade", e que, "[m]ais do que a 'economicização de tudo', o neoliberalismo é um projeto político e moral que procura proteger as hierarquias estabelecidas negando o social como fonte de justiça e restringindo, naturalmente, a democracia." GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 169-170 e 226.

4 De acordo com Steven Teles, Posner se empenhou na fundação, em 1977, ao lado de Richard Landes e Andrew Rosenfield, da empresa de consultoria econômica *Lexecon*, produzindo demanda por pessoas treinadas em Direito e Economia e proporcionando a advogados conhecimento sobre a utilidade prática do *Law and Economics*, de modo a produzir uma *externalidade positiva* para o movimento que elevou a demanda pelo tema e removeu restrições à sua oferta. TELES, Steven M. **The rise of the conservative legal movement**: the battle for control of the law. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 97. Mais adiante, à página 98, o mesmo autor observa que, "[l]ooking back at Posner's epochal Economic Analysis of Law, it is hard to miss this weaving together of the ideological and methodological sides of law and economics. Posner's tone was brutal, implying that traditional approaches to law were based on little more than muddle-headed liberal benevolence. Economic liberalism had become a sedative to serious discussion of first principles, and the legal profession and the law itself needed to be administered a dose of shock therapy to awaken itself. The conservatives that Posner began to associate himself with seemed willing to confront reality directly, and they had a methodology that allowed them to do so."

Com lastro na iniciativa do que se pode denominar de um *pool* intelectual de economistas e juristas, juristas-economistas e economistas-juristas, passou-se a parametrizar o fenômeno jurídico à luz de critérios e institutos econômicos lastreados na premissa de que os agentes econômicos são conscientes de suas preferências e operam de forma racional para promovê-las, em um processo de maximização racional da qual derivam princípios econômicos fulcrais a ser aplicados à análise e aos processos de adjudicação no Direito.

Enquanto disciplina acadêmica fundamental à compreensão do Direito norte-americano e, em menor escala, de outras tradições[5], a abordagem do *Law and Economics* é lastreada em valores pragmáticos como a eficiência, a utilidade, a relação custo-benefício e as consequências das decisões racionais tomadas em um ambiente em que os recursos disponíveis são escassos.

O seu caráter pragmático-utilitarista[6] lança, de largada, um paradoxo porque, "enquanto o Direito se ocupa com a busca da efetiva justiça, a Economia tem seu foco na matemática e nas bases empíricas e fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis", o que "suplanta a intuição da mesma maneira como a ciência suplanta o bom senso", de maneira que as "leis não são apenas argumentos técnicos; elas são o instrumento para se atingir objetivos sociais importantes."[7]

Daí ser necessário perquirir, como explica Lewis Kornhauser, *sobre que fundamentos* a Análise Econômica do Direito estrutura a sua Teoria da Decisão, quer dizer, como e a partir de que critérios, segundo essa Escola de Pensamento, os juízes *devem* guiar-se para decidir os casos. A tal pergunta, algumas vertentes da Análise Econômica do Direito responderão que os juízes devem decidir os casos para promover, em última instância, *eficiência*, muito embora silenciem sobre como os juízes realmente *decidem* os casos postos.[8]

O paradigma do qual se arranca, então, é o de que "através do movimento denominado *law and economics* tem-se a transposição dos enunciados econômicos para o direito, sempre tendo como pano de fundo dogmas e mantras oriundos

5 PRIEST, George L. **The rise of law and economics**: an intellectual history. New York: Routledge, 2020, p. 1.

6 Sobre o pragmatismo enquanto corrente filosófica norte-americana cuja racionalidade se alastrou para vários outros campos do conhecimento, conferir SPENCER, Albert R. **American pragmatism**: an introduction. Cambridge: Polity Press, 2020; JAMES, William. **Pragmatism**: a new name for some old ways of thinking. New York: Longmans, Green and Co.: 1922; RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005; RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. 3. ed. São Paulo: Relume-Dumará, 1994.

7 RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise econômica do direito penal**: o crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da economia. Curitiba: Artelogy, 2021, p. 28. Disponível em: https://www.ebelbattu.adv.br/wp-content/uploads/2021/07/RAMOS-Samuel-Ebel-Braga.-Analise-Economica-do-Direito-Penal-2021.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

8 KORNHAUSER, Lewis A. An economic perspective on stare decisis. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, vol. 65, n. 1, p. 63-92, 1989, p. 63. Disponível em: https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2757&context=cklawreview. Acesso em: 20 out. 2023.

do conservadorismo mais obscurantista"[9], à luz de uma perspectiva metodológica microeconômica que "voltada para o indivíduo permite afirmar-se que a sua epistemologia corresponde a um modelo para a tomada de decisão, por parte do sujeito, em meio a garantias epistêmicas inadequadas (incerteza)."[10]

Nos Estados Unidos, o impacto dos paradigmas teóricos e analíticos do *Law and Economics* nas decisões judiciais é perceptível. A difusão pragmática da racionalidade econômica no judiciário norte-americano, ao enfatizar a análise do Direito sob óticas utilitaristas como a dissuasão (*deterrence*) e a relação custo-benefício, operou-se, em grande parte, por força do *Manne Economics Training Program*, um curso intensivo criado no bojo do instituto *The Law and Economics Center* (LEC), então da *University of Miami School of Law*, por fundações empresariais e conservadoras, e foi frequentado por quase metade dos juízes federais dos Estados Unidos entre os anos de 1976 e 1999[11].

Essa experiência do Atlântico Norte demonstrou que a capilaridade da linguagem e da racionalidade econômica é capaz de produzir efeitos miméticos e exógenos mesmo em relação às decisões proferidas por juízes que não tenham sido forjados pelos referenciais do *Law and Economics*, porquanto "Manne economics trained judges are influential, and economics language is contagious. Judges who sit with economics-trained Judges start to use more economic language, consistent with a learning effect."[12] O julgador, assim, emula e acaba seduzido, em um círculo que se retroalimenta, pelos ideais pragmáticos ligados, no final das contas, à *eficiência* de uma espécie de *mercado*, em contraposição às estruturas arcaicas de

9 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 174.

10 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 103.

11 O curso do programa foi fundado por Henry Manne, um conservador com bastante influência na época das primeiras manifestações do movimento *Law and Economics*. Sobre o viés ideológico de uma iniciativa de tal natureza, é lícito afirmar que "[e]conomic professors are less ideologically liberal and less likely to be registered Democrats (or contribute to Democratic candidates) than the other social sciences", de maneira que, "[n]ot surprisingly, given its effects on labor, environmental, antitrust, and criminal law, to name but a few, law and economics is perceived as ideologically conservative by historians." ASH, Elliott; CHEN, Daniel L; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on american justice. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 29788, p. 2-107, 2022, p. 2 e 8. Disponível em: https://users.nber.org/~dlchen/papers/Ideas_Have_Consequences.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

12 Em tradução livre: "Os juízes treinados no Programa Manne são influentes, e a linguagem econômica é contagiosa. Juízes que julgam ao lado de juízes treinados em economia começam a usar mais linguagem econômica, consistente com um efeito de aprendizagem." Referidos autores, nesse mesmo ponto, ressaltam que a linguagem econômica tende a transitar pelos diversos campos do Direito, e que o efeito dessa interpenetração é mais forte quando as decisões se movem de temas econômicos, como os regulatórios, para os não-econômicos, como os criminais. ASH, Elliott; CHEN, Daniel L; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on american justice. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 29788, p. 2-107, 2022, p. 33. Disponível em: https://users.nber.org/~dlchen/papers/Ideas_Have_Consequences.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

um sistema que historicamente é tido como truncado, burocrático, hermético e formal.[13]

Portanto, a partir da análise da distância/proximidade *textual* entre opiniões escritas e um *corpus* de artigos sobre o *Law and Economics*, constatou-se que os magistrados aumentaram consideravelmente o uso da linguagem econômica depois de participarem do mencionado programa promovido pelo *Manne Economics Institute for Federal Judges*, a ponto de haver, por exemplo, uma relação entre a frequência ao programa e a imposição de sentenças de prisão mais severas.

No Brasil, a Análise Econômica do Direito tem adquirido maior relevância e protagonismo não só do ponto de vista acadêmico-doutrinário: além da existência de associações que cultuam os *novos ares* trazidos pelo *Law and Economics*, cursos dessa natureza para magistrados são promovidos e incentivados pelo próprio Poder Judiciário, a ponto de, recentemente, o presidente do Supremo Tribunal Federal ter contratado um economista para assessorá-lo em seu gabinete, com o intuito de auxiliar na "elaboração de votos, na pauta de julgamentos e na gestão orçamentária da instituição".[14]

Desponta, nesse cenário, a possibilidade concreta, ainda que incipiente, da absorção de uma nova racionalidade pelos juízes brasileiros, incentivada pelo próprio Judiciário, com a possibilidade de efeitos deletérios e desdemocratizantes no que diz respeito aos direitos fundamentais de natureza penal e processual penal.

Destarte, este estudo almeja, a partir da constatação de que, em solo brasileiro, já há uma realidade em vias de concretização, problematizar a Análise Econômica do Direito à luz da História das Ideias e, assim, demonstrar a hipótese de que a formação e a familiarização dos juízes norte-americanos com conceitos e ferramentais econômicos impactam as decisões penais da justiça daquele país – o que pode ser visto como um prenúncio do mesmo fenômeno no que diz respeito às decisões judiciárias pátrias. Para que se possa perquirir e verificar a forma como a racionalidade econômica tem se derramado e se alastrado no Direito brasileiro, e porquanto o Brasil se ressente de um estudo mais aprofundado dessa natureza, faz-se necessário retomar as ideias-chave do *Law and Economics* e os demais movimentos que, nos últimos tempos, têm incentivado os juízes a se aclimatar e a utilizar as concepções e instrumentos de análise microeconômica nas decisões

13 "We see economics language in academic articles being adopted in judicial opinions. We see economics trained judges changing their decisions and impacting their peers. We see economics language traveling from judge to judge and across legal topics." ASH, Elliott; CHEN, Daniel L; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on american justice. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 29788, p. 2-107, 2022, p. 34. Disponível em: https://users.nber.org/~dlchen/papers/Ideas_Have_Consequences.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

14 MARTINS, Luísa; PERON, Isadora. Barroso inova e contrata economista para equipe no STF. **Valor econômico**, 2023. Disponível em: https://valor.globo.com/politica/noticia/2023/08/28/barroso-inova-e-contrata-economista-para-equipe-no-stf.ghtml. Acesso em: 24 out. 2023.

judiciais, mormente as penais, com seus possíveis impactos nas garantias fundamentais dos indivíduos submetidos à persecução estatal. São esses esforços que, mediante uma revisão bibliográfica e documental, serão propostos no presente artigo.

## 2 O movimento do *law and economics* no contexto do marco neoliberal: a escola de chicago e o amálgama entre as ideias econômicas e jurídicas

Apesar do paradigma do *Law and Economics* enquanto disciplina teórica ter se firmado a partir da Escola de Chicago (*Chicago Law School*), a abordagem do Direito sob o viés da Economia tem antecedentes históricos mais remotos, que estão sensível e indissociavelmente conectados com a tradição chicaguiana.

Richard Posner, uma das mais proeminentes vozes dessa Escola, afirma que, nos primórdios modernos da Economia, "está um homem que acreditava que as pessoas eram maximizadores racionais de suas satisfações em todas as áreas da vida humana. Era Jeremy Bentham."[15] Partindo dessa premissa, Posner explica que, apesar da possibilidade de sempre buscar predecessores, o debate sobre a Economia aplicada a comportamentos que passam ao largo de mercados foi retomado de forma paradigmática com Gary Becker, também oriundo da Escola de Chicago[16], com seu trabalho seminal *Crime and Punishment: an Economic Approach* (1968), que inaugurou o que passou a ser conhecido como *Economia do Crime*.[17]

Sem embargo, podem ser admitidos como antecedentes históricos norte-americanos, ainda que sem comprovação empírica de seus efeitos, (1) a imposição de regulação das ferrovias em 1871; (2) as leis antitruste da década de 1880; (3) a criação da Comissão de Comércio Interestadual pelo Congresso para regulação das ferrovias (1887), que proibia o *revenue pooling*, um método de dividir os recursos advindos de preços fixos, regulava tarifas de trens e evitava que as companhias concedessem descontos aos carregadores, além de eliminar tarifas diferenciais de acordo com a distância dos trajetos; (4) a burla às regras de responsabilidade civil

15 POSNER, Richard A. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 2.

16 Gary Becker, aliás, "ganhará o prêmio Nobel por estender os domínios da economia a outros campos como o crime, o casamento, a discriminação racial etc.", cujo "projeto de ampliação da economia para outras áreas humanas poderia ser descrito, com o risco de uma síntese muito grosseira, como a 'teoria do capital humano' [...]." GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 128.

17 BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**. Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169–217, 1968. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1830482. Acesso em: 24 out. 2023. Essa abordagem é responsável por introduzir a noção de *rational criminals*, ou seja, do criminoso enquanto agente racional, a partir da qual é desenvolvido o conceito de *deterrence* (dissuasão) e estimulada a implementação de políticas criminais que defendem o uso de mais força policial e de punições mais severas (resultando, em última análise, em maior amplitude e abrangência do *law enforcement*). Conferir, nesse sentido, para um estudo quantitativo e qualitativo de fôlego, ASH, Elliott; CHEN, Daniel L; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on american justice. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 29788, p. 2-107, 2022, p. 7. Disponível em: https://users.nber.org/~dlchen/papers/Ideas_Have_Consequences.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

em acidentes laborais pelo estabelecimento de programas de compensação dos trabalhadores, que tratava os danos por eles suportados como *custos* da empresa que poderiam ser repassados aos consumidores por meio dos preços; e (5) a elaboração, em 1932, do *Columbia Automobile Accident Report*.[18]

De qualquer sorte, para a análise que ora se propõe, é mais relevante e pertinente o protagonismo do que se convencionou chamar de *Segunda Escola de Chicago*, que, afastando-se do liberalismo de primeira geração, desenvolveu-se nos anos 1950 a 1970 e, comprometida com o individualismo metodológico e com uma forma singular de empirismo, partia da premissa de que as análises do livre mercado poderiam "ocupar novos feudos como o direito, a lei, a regulação, a família, o bem-estar e o sexo, que anteriormente estavam fora do alcance do mercado."[19]

A par da autonomia disciplinar do *Law and Economics School*, o enlace interdisciplinar entre Direito e Economia não é indene de dificuldades de ordem epistemológica. São, de pronto, racionalidades distintas e até antagônicas em seus aspectos metodológicos. Isso ocorre porque, ao passo em que a abordagem econômica se dá a partir da concepção de *custo*, a crítica jurídica trilhará o caminho da legalidade: "enquanto o direito é exclusivamente verbal, a economia é também matemática; enquanto o direito é marcadamente hermenêutico, a economia é marcadamente empírica; enquanto o direito aspira ser justo, a economia aspira ser científica."[20]

A Análise Econômica do Direito, ainda, possui metodologia *comportamental*. Abarca a abordagem de todas as ações humanas que pressuponham o exercício de uma escolha, ainda que tal escolha não tenha natureza econômica, a partir da avaliação das possibilidades. Essa perspectiva, aliás, leva à conclusão de que o Direito possa ser concebido como uma técnica de regulação de comportamentos humanos e a Economia, uma Ciência e uma ferramenta que perquire *de que maneira* os seres humanos, diante de recursos finitos e escassos, decidem e se comportam, bem como quais são as consequências dessas atividades humanas.[21]

Portanto, é lícito afirmar que o *Law and Economics* encontra-se no contexto da consolidação da tradição cultural norte-americana encravada no movimento do neoliberalismo enquanto *racionalidade* – que não pode ser visto, portanto, sim-

18 PRIEST, George L. **The rise of law and economics**: an intellectual history. New York: Routledge, 2020, p. 7.

19 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 126.

20 SALAMA, Bruno Meyerhof. História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, vol. 1, n. 1, p. 435-483, 2012, p. 437. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3009062. Acesso em: 20 out. 2023.

21 RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise econômica do direito penal**: o crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da economia. Curitiba: Artelogy, 2021, p. 34 e 45. Disponível em: https://www.ebelbattu.adv.br/wp-content/uploads/2021/07/RAMOS-Samuel-Ebel-Braga.-Analise-Economica-do-Direito-Penal-2021.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

plesmente como paradigma econômico ou político, uma vez que sua principal diferença em relação ao liberalismo clássico é que, no neoliberalismo, a forma de intervenção, por meio da governamentalidade, se dá por meio *do* Direito. Daí a premissa no sentido de que o "Estado mínimo declarado pelos neoliberais será, em verdade, um Estado forte."[22]

Assim é que essa Escola de Pensamento acaba por *legitimar* o que Ugo Mattei e Laura Nader denominam de *pilhagem de ideias* que faria uso de um Estado de Direito *global* como instrumento de hegemonização cultural ao registrar que, para os economistas, "a motivação da justiça reduz-se a uma subforma do comportamento de maximização de riqueza."[23]

Ao desenvolver essa hipótese, os professores da Universidade da Califórnia explicam que a Economia, em função da sua crença geral no *Positivismo*, parte do pressuposto de que é possível distinguir a realidade em uma dimensão descritiva e em uma dimensão prescritiva ou normativa, ou seja, lidando tanto com o mundo do *deve ser* quanto com o mundo como ele *é*, o que lhe confere um caráter universalista.[24]

Esse caráter universalista do raciocínio econômico advém da crença de que as particularidades e variabilidades locais e regionais não são capazes de infirmar a validade das leis universais do mercado. Disso decorre que, em sua dimensão normativa, do campo do *dever-ser*, as barreiras erigidas pelas diferenças institucionais, culturais e comportamentais podem ser derruídas por meio de *harmonizações*, bem como *exploradas* no cenário maior de um modelo competitivo, com o objetivo de atingir padrões ideais e universais de *eficiência* – utilizando-se de jargões *hype* e assépticos que matizam condições ótimas de um capitalismo de mercado – como *boa governança* e *ajuste estrutural*.[25]

O *Law and Economics* se tornou portanto um dispositivo hegemônico.[26] A partir de sua racionalidade se constrói um discurso acerca dos requisitos para um sistema judicial *ótimo*, justamente porque a Economia depende de um bom funcio-

22 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Las reformas de los sistemas de justicia criminal latino-americanos: modelos acusatorios, racionalidad neoliberal? **Cadernos de Dereito Actual**, [*s. l.*], n. 20, p. 191-220, 2023, p. 191 e 195. Disponível em: https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/945. Acesso em: 20 out. 2023.

23 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o estado de direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 155.

24 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o estado de direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 155.

25 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o estado de direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 155-156.

26 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Las reformas de los sistemas de justicia criminal latino-americanos: modelos acusatorios, racionalidad neoliberal? **Cadernos de Dereito Actual**, [*s. l.*], n. 20, p. 191-220, 2023, p. 197. Disponível em: https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/945. Acesso em: 20 out. 2023.

namento do Poder Judiciário, que deve interpretar as normas de maneira *eficiente e previsível*, o que reforça a dependência existente entre os mercados e os sistemas jurídicos e a necessidade, estimulada pelos grandes atores econômicos transnacionais, de impedir que a jurisdição seja um obstáculo para a consecução de um mercado aberto.[27]

Nessa toada, Michel Foucault observará que "o liberalismo, a tradição liberal, a renovação perpétua da política liberal foi uma constante nos Estados Unidos", o que torna perfeitamente possível considerá-lo um fenômeno *endógeno* à sociedade norte-americana. Portanto, de acordo com o pensador francês, o liberalismo americano não é "simplesmente uma opção econômica e política formada e formulada pelos governantes ou no meio governamental. O liberalismo, nos Estados Unidos, é toda uma maneira de ser e de pensar."[28]

Sem embargo, Foucault também vai se ocupar do neoliberalismo enquanto racionalidade introjetada nas instituições e nas subjetividades ao esclarecer que a Economia Política, vale dizer, uma espécie de reflexão geral sobre a organização, a distribuição e a limitação dos poderes numa sociedade, é um instrumento intelectual, uma forma de cálculo capaz de autolimitar a razão governamental como autorregulação de fato intrínseca às próprias operações do governo e suscetível a ser objeto de transações indefinidas.[29] A utilização dessa ferramenta intelectual reforça a ideia, já mencionada, de que o *Law and Economics* é um dispositivo insidioso de expansão, sob as vestes da Economia, do sistema jurídico norte-americano.

A Economia, assim, apesar de não existir senão como regime de veridição atrelado ao *locus* do mercado, *está inscrita no real*, quer dizer, está subordinada a um regime que demarca o verdadeiro e o falso e no qual se constitui a verdade de um discurso, o que lhe permite carregar em suas entranhas a racionalidade neo-

27 Justamente, Daniel Kelemen e Eric Sibbitt defendem que a abertura dos mercados por meio da liberalização econômica é uma das causas da globalização da racionalidade jurídica norte-americana ao assentar que "liberalization leads to more than simple deregulation; it also creates pressures for re-regulation to enable governments to enforce norms in a liberalized environment. Given the distrust between actors in liberalized markets, as well as the lack of close government-industry ties, new laws and regulatory processes will tend to be more formal, legalistic, and transparent. These forces create greater demand for lawyers to protect the interests of their clients through guidance, advocacy, and dispute resolution. Economic liberalization commenced earlier in the United States than in most other OECD economies As other jurisdictions liberalize, they subject themselves to many of the same economic conditions that simulated the emergence of a formal, transparent, and adversarial legal style in the USA years ago." KELEMEN, Daniel R; SIBBITT, Eric C. The globalization of american law. **International Organization**, Cambridge, v. 58. n. 1, p. 103-136, 2004, p. 109. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3877890. Acesso em: 26 out. 2023.

28 FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 301.

29 FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 266 e 301. Ainda, o intelectual francês, às páginas 333-334 da mesma obra, ressalta que, no "neoliberalismo americano, trata-se de fato e sempre de generalizar a forma econômica do mercado. Trata-se de generalizá-la em todo o corpo social, e generalizá-la até mesmo em todo o sistema social que, de ordinário, não passa ou não é sancionado por trocas monetárias. Essa generalização de certo modo absoluta, essa generalização ilimitada da forma do mercado acarreta certo número de consequências ou comporta certo número de aspectos."

liberal.[30] Daí a conclusão no sentido de que "sociedade empresarial e sociedade judiciária, sociedade indexada à empresa e sociedade enquadrada por uma multiplicidade de instituições judiciárias são as duas faces de um mesmo fenômeno."[31]

O que decorre dessas premissas é que, exatamente à luz do que sucede com o movimento de tendência *universalista* do *Law and Economics*, o processo econômico está sempre atrelado a um determinado projeto institucional, a uma espécie de *engenharia jurídica* que não é simplesmente um efeito da própria Economia. Portanto, a intervenção econômica se dá por meio de um nível "máximo de intervencionismo jurídico": por meio do Estado de Direito.[32] E, aí, as celeumas decorrentes da existência de *superfícies de atrito* no âmbito econômico vão demandar o que Foucault denominará *intervencionismo judiciário*[33], em que "o mercado já não é um princípio de autolimitação do governo, é um princípio que é virado contra ele", "uma espécie de tribunal econômico permanente em face do governo."[34]

Como explicam, com propriedade, Dardot e Laval, o que está em jogo aqui é justamente a *preservação da eficiência da ordem do mercado*. A lógica é que a *segurança* e a *certeza* encetadas pelo ordenamento jurídico sejam capazes de compensar a *incerteza* inerente à condição dos agentes econômicos que se movimentam em um ambiente de mercado. Ou seja: o Estado serve ao mercado no exato momento em que, por meio da punição de determinadas infrações das regras de conduta impostas em tal cenário, procura garantir a segurança dos agentes econômicos. Portanto, garantir a segurança dos atores do mercado é a efetiva e verdadeira justificação do monopólio do uso da força – e da coerção daí decorrente – à disposição do Estado, o que torna lícito concluir que, em seu viés hayekiano, o neoliberalismo, para além de não interditar, verdadeiramente *exige* a presença e a intervenção estatal firme e sisuda.[35]

E, como se verá a seguir, toda essa construção teórica, gestada no marco neoliberal engendrado pela Escola de Chicago e derramada sobre as subjetividades, tem reflexos importantes na estrutura e no conteúdo das decisões do judiciário norte-americano, a ponto de transfigurar a sua própria linguagem.

30 FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 27.

31 FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 204.

32 FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 230-231.

33 FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 240-241.

34 FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 339.

35 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 178 e 181.

## 3 A formação econômica dos juízes norte-americanos: *the henry manne programs* e os impactos do *law and economics* nas decisões judiciais estadunidenses

Como explicado a título introdutório, o impacto dos paradigmas teóricos e analíticos do *Law and Economics* nas decisões judiciais é perceptível, principalmente, por força do *The Manne Economics Training Program*, um curso intensivo criado no bojo do *The Law and Economics Center* (LEC), inicialmente mantido na *University of Miami Law School*, por fundações empresariais e conservadoras, que foi frequentado por quase metade dos juízes federais dos Estados Unidos entre os anos de 1976 e 1999[36]. Tal programa de treinamento foi um dos grandes responsáveis pela difusão pragmática da racionalidade econômica no judiciário norte-americano ao enfatizar a análise do Direito sob óticas utilitaristas como a dissuasão (*deterrence*) e a relação custo-benefício.

Para compreender a influência da análise econômica nas decisões judiciais proferidas por juízes dos Estados Unidos é importante ter em conta que, como explicam Elliot Ash, Daniel L. Chen e Suresh Naidu em estudo paradigmático que escrutinou horizontalmente mais de um milhão de sentenças criminais proferidas em um ambiente de determinada incerteza interpretativa, "american law makes giants of its judges", isto é, o Direito norte-americano torna os seus juízes verdadeiros *gigantes* – dada a sua capacidade de *estabilizar* o Direito por meio dos seus julgados.[37]

É curioso perceber que Henry Manne, quando idealizou seus seminários, disse ter sido movido pelo objetivo de ensinar conceitos econômicos a juízes federais em um momento da história norte-americana em que se experimentava um considerável aumento de litígios envolvendo leis que implementavam a regulação de determinados setores da Economia, como explica Henry N. Butler em análise igualmente exaustiva sobre as origens do curso concebido por Manne.[38]

A frequência aos *Manne Programs*, de certa forma, *ensinou* os juízes a pensarem e a conceberem as suas decisões pela lente da relação custo-benefício – o que confirma a hipótese de que a utilização de ferramentais econômicos para analisar

36 O título dos programas se deve à sua criação e fundação por Henry Manne, um conservador com bastante influência na época das primeiras manifestações do movimento do *Law and Economics*.

37 ASH, Elliott; CHEN, Daniel L; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on american justice. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 29788, p. 2-107, 2022, p. 2. Disponível em: https://users.nber.org/~dlchen/papers/Ideas_Have_Consequences.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

38 BUTLER, Henry N. The Manne Programs in economics for federal judges. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, v. 50, n. 2, p. 351-420, 1999, p. 355. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=caselrev. Acesso em: 20 out. 2023.

e operacionalizar o manancial do fenômeno jurídico é capaz de desnaturá-lo e mesmo deformá-lo.

É assim, além disso, que a ideologia conservadora, da qual o movimento *Law and Economics* está, inclusive por fatores históricos, embebido, é transposta para as decisões que resolvem conflitos concretos postos ao crivo do Poder Judiciário: como explicam os já referidos Ash, Chen e Naidu, juízes moldados pelos *Manne Programs* são mais propensos a proferir votos e sentenças de viés conservador, contrários, por exemplo, à regulação da Economia, restritivos em relação à possibilidade de recursos criminais e mais severos nos sentenciamentos penais por força da aplicação do postulado da *dissuasão*.[39]

Não é coincidência, portanto, que os ideais do *Law and Economics* e o movimento conservador moderno norte-americano tenham sido gestados na Escola de Chicago, que concentrou historicamente críticas à intervenção governamental na Economia e novos métodos de concepção e estudo do Direito, impulsionados em grande medida, como já visto alhures, por Richard Posner, justamente porque, nesse influxo, as iniciativas institucionais encabeçadas por Henry Manne – que inicialmente possuíam até mesmo uma vertente voltada à preparação de professores e acadêmicos, *The Economics Institute for Law Professors*, ou *Instituto de Economia para Professores de Direito* – ao fomentar a educação econômica, aumentaram a receptividade e reduziu as reservas ao uso dos ferramentais disponibilizados pelo movimento do *Law and Economics*, facilitando os investimentos desembolsados por setores interessados na desregulamentação da Economia.[40]

Como explica Butler, em 1990, aproximadamente quarenta por cento dos juízes federais havia frequentado o programa principal de Manne, o que certamente influenciou o pensamento de uma geração de magistrados. Nesse aspecto, aliás, é interessante observar que, para incentivar a aplicação de critérios econômicos para todas as áreas do Direito, Henry Manne indicava aos juízes a versão mais atualizada do tratado de Richard Posner sobre o *Law and Economics*, o clássico *Eco-*

39 "Economics-trained judges significantly impact U.S. judicial outcomes. They render conservative votes and verdicts, are against regulation and criminal appeals, and mete harsher criminal sentences and deterrence reasoning. When ideas move from economics into law, ideas have consequences." ASH, Elliott; CHEN, Daniel L; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on american justice. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 29788, p. 2-107, 2022, p. 34. Disponível em: https://users.nber.org/~dlchen/papers/Ideas_Have_Consequences.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

40 Henry Butler explica que, para além dos voltados à doutrina dos juízes, os programas de Henry Manne voltados à formação de professores tiveram "a tremendous influence on the development of Law & Economics as academic discipline. [...] The excitement and enthusiasm generated by the LEC programs for professors triggered numerous suggestions that the LEC should offer similar programs to other audiences." BUTLER, Henry N. The Manne Programs in economics for federal judges. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, v. 50, n. 2, p. 351-420, 1999, p. 354. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=caselrev. Acesso em: 20 out. 2023.

*nomic Analysis of Law*, e os encorajava a conceber a Economia como um conjunto de ferramentas práticas para compreender os casos concretos a serem decididos.[41]

Manne sempre defendeu que seus programas ensinavam apenas Economia *positiva* (descritiva) aos magistrados, sem a intenção de influenciá-los nas suas decisões, apesar de dizer-se *intrigado* com a ideia de levar o conhecimento da Economia aos juízes federais quando estes, no início da década de setenta, começavam a se deparar com o aumento da litigiosidade associada à aprovação de normas federais regulatórias – vale dizer, quando se acentuava a intervenção do Estado em setores econômicos e as grandes corporações estavam visivelmente insatisfeitas com esse movimento estatal.

Apesar da negativa de seu caráter ideológico pelo seu fundador[42], Henry Butler registra que um artigo entusiasta de George Mellon no *The Wall Street Journal* de 30 de dezembro de 1976 foi capaz de sublinhar esse aspecto dos *Manne Programs* ao expor, por exemplo, a metodologia empregada por Milton Friedman, um dos ministrantes dos seminários.[43]

A iniciativa de Henry Manne, portanto, não ficou indene de críticas diante da possibilidade de cooptação ideológica de magistrados e do seu uso para exercer alguma espécie de *lobby* sobre os juízes federais (os chamados *Article III Judges*). Além disso, a forma de financiamento dos cursos também foi questionada, a ponto de ter havido a manifestação do *Advisory Committee on Codes of Judicial Conduct of the Judicial Conference of the United States*, que, na *Advisory Opinion* n. 67, de agosto de 1980, estabeleceu ser impróprio que os juízes participassem dos seminários promovidos por entidades não-governamentais se o patrocinador ou o financiador estivesse envolvido em litigância, ou fosse provável que se envolvesse, e os assuntos abordados nos cursos estivessem de alguma forma relacionados às questões objeto de tais litígios.[44]

41 BUTLER, Henry N. The Manne Programs in economics for federal judges. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, v. 50, n. 2, p. 351-420, 1999, p. 352. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=caselrev. Acesso em: 20 out. 2023.

42 Como, segundo Henry Butler, escreveu Walter Guzzardi Jr. na revista *Fortune* de 21 de maio de 1979, "[w]ith understandable sensivity, Manne strongly denies that the course has an ideological cast. He insists that the theory and the logic of economics are fundamentals that all schools agree on. Ultimately, Manne says that what he offers judges is an intellectual adventure." *Apud* BUTLER, Henry N. The Manne Programs in economics for federal judges. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, v. 50, n. 2, p. 351-420, 1999, p. 363. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=caselrev. Acesso em: 20 out. 2023.

43 Em um curso lançado em abril de 1998 – *Advanced Economics Course for Federal Judges* – lecionaram, por exemplo, o Prêmio Nobel James M. Buchanan (George Mason University), Douglas North (Washington University) e o próprio Gary Becker (University of Chicago).

44 BUTLER, Henry N. The Manne Programs in economics for federal judges. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, v. 50, n. 2, p. 351-420, 1999, p. 365. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=caselrev. Acesso em: 20 out. 2023.

Nesse contexto o jornal *The Washington Post* publicou, em 20 de janeiro de 1980, uma reportagem de Fred Barbash sobre os *Manne Programs*, com o sugestivo título *Big Corporations Bankroll Seminars For U.S. Judges* (*Grandes Corporações Financiam Seminários para Juízes dos Estados Unidos*).[45] No artigo, o jornalista explica que os cursos, de acordo com o relatório anual do *Law and Economics Center*, ensinam Economia com "implicações favoráveis para a propriedade privada e mercados livres", as mesmas pautas que tornariam muitos dos cento e cinco patrocinadores da iniciativa litigantes frequentes no Judiciário Federal norte-americano em discussões envolvendo a legislação antitruste e regulatória, dentre eles IBM, ITT, AT&T, Standard Oil of Ohio, The Ford Motor Co., U.S. Steel, Alcoa Foundation, Amoco Foundation, Continental Oil, Adolph Coors Co., Dow Corning Corp., Exxon Corp., The Firestone Tire and Rubber Co., General Dynamics, General Electric, Kaiser Aluminum, Pfizer e Procter and Gamble Fund. Essa situação acendeu o alerta de certos setores governamentais e acadêmicos, que viram nesses seminários uma nova e sofisticada forma de *lobby* corporativo para pressionar sutilmente o Judiciário, o que restou reforçado pela então crescente tendência entre os juízes, mormente aqueles que frequentaram os programas, de decidir em favor de tais empresas. Cada seminário custava U$ 75.000,00 (setenta e cinco mil dólares), e o orçamento anual do *Law and Economics Center* era de U$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil dólares). Os juízes que participavam dos cursos eram acomodados nos luxuosos Key Biscayne Hotel ou Royal Biscayne, perto de Miami.[46]

Mais recentemente, em 23 de outubro de 2018, o veículo de jornalismo investigativo *The Intercept* publicou outra reportagem[47], de autoria do jornalista David Dayen, intitulada *Corporate-funded judicial boot camp made sitting federal judges more conservative* (em tradução livre, *Campo de treinamento financiado por empresas tornou os juízes em exercício mais conservadores*). Debruçando-se sobre a iniciativa da *Heritage Foundation* – um instituto conservador que sempre procurou inocular seu viés ideológico nas decisões judiciais – de financiar cursos de treinamento para assessores de juízes a fim de doutriná-los em teorias legais conservadoras, o artigo lança luz sobre o que chama de "ética dúbia da influência de um *think tank* ideológico sobre o judiciário ao moldar as mentes mais jovens do sistema". Além disso,

45 BARBASH, Fred. Big Corporations Bankroll Seminars For U.S. Judges. **The Washington Post**, Washington, 20 jan. 1980. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1980/01/20/big-corporations-bankroll-seminars-for-us-judges/8385bf9f-1eb7-451a-8f3d-bdabb4648452/. Acesso em: 1 nov. 2023.

46 "In order to generate the energy and enthusiasm to spend six to eight weeks per year running programs for judges and professors, the programs needed to be held at nice locations with good food and better golf courses." *In* BUTLER, Henry N. The Manne Programs in economics for federal judges. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, v. 50, n. 2, p. 351-420, 1999, p. 370. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=caselrev. Acesso em: 20 out. 2023.

47 DAYEN, David. Corporate-funded judicial boot camp made sitting federal judges more conservative. **The Intercept**, New York, 23 out. 2018. Disponível em: https://theintercept.com/2018/10/23/federal-judiciary-henry-manne-law-economics/. Acesso em: 1 nov. 2023.

resgata a influência nefasta dos *Manne Programs* sobre as decisões do judiciário norte-americano ao assentar que o *Law and Economics* não abarca uma estrutura ideologicamente neutra. Isso pode ser percebido, segundo o artigo, no sentenciamento de casos criminais, já que a racionalidade da Análise Econômica do Direito promove teorias de incentivos que dão mais créditos a efeitos dissuasórios em relação ao cometimento de crimes, por exemplo, do incremento de punição do que da reabilitação. Ainda que "fossilizados", conclui a reportagem, "os dinossauros ainda estão vagando pelos tribunais, afetando substancialmente as decisões oriundas do judiciário federal", uma vez que os *Manne Programs* estão entre "os meios mais silenciosos, porém mais poderosos, de influenciar resultados políticos na memória recente". É bem verdade: "[a]o introduzir aos juízes federais o que parecia ser um método neutro de organizar e compreender o direito, Manne foi capaz de alterar significativamente a forma como hoje o direito é praticado."[48]

Igualmente, o jornal *The New York Times* já havia publicado, dias antes da matéria do *The Intercept*, uma reportagem questionando as implicações éticas da iniciativa.[49] O escrutínio público realizado por esses dois importantes veículos de comunicação certamente contribuiu para que o programa da *Heritage Foundation* fosse na sequência encerrado.

Como já dito anteriormente, o estudo horizontal de Ash, Chen e Naidu[50] é talvez a análise empírica mais profunda, até hoje levada a cabo, sobre o impacto da racionalidade do *Law and Economics* nas decisões judiciais. Suas conclusões são inarredáveis no sentido de que, depois de frequentar os treinamentos em Economia então proporcionados pelos *Manne Programs*, os juízes passaram a adotar uma linguagem econômica, proferiram vereditos mais conservadores, decidiram contra agências regulatórias com mais frequência e, o que parece mais grave, impuseram penas criminais mais longas, o que se acentuou a partir de 2005, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Booker*, propiciou mais discricionariedade aos juízes.

48 DAYEN, David. Corporate-funded judicial boot camp made sitting federal judges more conservative. **The Intercept**, New York, 23 out. 2018. Disponível em: https://theintercept.com/2018/10/23/federal-judiciary-henry-manne-law-economics/. Acesso em: 1 nov. 2023. O próprio Henry N. Butler, do alto de seu entusiasmo, admitiu que "The Manne Programs for federal judges are a reflection of Henry Manne – entrepreneur, innovator, intellectual, educator, and hedonist. All of these traits combined to have an incredibly powerful and influential impact on the federal judiciary." BUTLER, Henry N. The Manne Programs in economics for federal judges. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, v. 50, n. 2, p. 351-420, 1999, p. 369. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=caselrev. Acesso em: 20 out. 2023.

49 LIPTAK, Adam. A Conservative Group's Closed-Door 'Training' of Judicial Clerks Draws Concern. **The New York Times**, New York, 18 out. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/10/18/us/politics/heritage-foundation-clerks-judges-training.html. Acesso em: 1 nov. 2023.

50 ASH, Elliott; CHEN, Daniel L; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on american justice. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 29788, p. 2-107, 2022. Disponível em: https://users.nber.org/~dlchen/papers/Ideas_Have_Consequences.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

A pesquisa – que analisou uma base de dados de 380.000,00 (trezentos e oitenta mil) casos (aproximadamente um milhão de decisões de juízes) nas *Circuit Courts*, de 1891 a 2013, e um milhão de sentenças criminais nas *District Courts* de 1992 a 2011 – partiu da premissa de que os juízes federais norte-americanos aplicam o Direito e fixam precedentes em um cenário de incerteza, o que permite que determinadas correntes de pensamento – sistemas de ideias e compromissos normativos – criem as condições para posicionamentos de caráter político, no sentido de provocar a tendência de que os julgadores se apeguem a determinados elementos mais salientes dessa racionalidade que lhes exerce influência.

Particularmente em relação às sentenças e decisões que acertaram casos penais, constatou-se uma disparidade na severidade com que os juízes que frequentaram os *Manne Programs* passaram a julgar. Esse resultado, além do incremento da discricionariedade decorrente do caso *Booker*, foi relacionado pelos autores com o aprendizado dos juízes acerca das teorias da dissuasão e do uso de estereótipos como sendo economicamente eficientes, além da crença de que a diferenciação nos preços e na punição pode ser analisada em termos de eficiência econômica.

É interessante, aqui, registrar que, no contexto dos *Manne Programs*, a análise do Direito Penal por meio do *Law and Economics* era arraigada principalmente em Gary Becker, o que conferia a essa intervenção econômica, em particular, pretensões ainda mais normativas e conservadoras – ao contrário da defesa do próprio Henry Manne de que a intenção dos seminários era propiciar a abordagem econômica meramente positiva do Direito com "equilíbrio" de vieses ideológicos.

Aliás, em estudo anterior de natureza e metodologia análogas[51], os referidos autores constataram que a aplicação concreta do Direito Penal por meio de decisões judiciais tem sido atravessada por diversas revoluções de Escolas de Pensamento Jurídico, o que fez com que os ideais de reabilitação e retribuição fossem postos de lado. Chegou-se à conclusão de que a reabilitação é um fracasso total e que a retribuição é imoral ou não serve como política pública, o que fez com que o texto clássico de Gary Becker – *Crime and Punishment: An Economic Approach*, de 1968 – e o conceito nele impresso de *dissuasão* (*deterrence*) se tornassem predominantes na academia e nos tribunais.

51 ASH, Elliott; CHEN, Daniel; NAIDU, Suresh. **The impact of legal schools of thought**. Evanston, p. 1-37, 2017, p. 3. Disponível em: https://wwws.law.northwestern.edu/research-faculty/events/colloquium/law-economics/documents/2017_spring_ash_legal.pdf. Acesso em: 3 nov. 2023. Os autores acrescentam que, "[b]ecause Becker says severity can make up for low probability of detection, deterrence theory has provided one level of justification for the massive build-up of prisons in the 1980s and 1990s. Deterrence has remained a centrally articulated purpose of sentencing decisions – despite for example characterizations of mass incarceration as the "new Jim Crow" (Alexander 2012, Gilmore 2007, Davis 1998). A number of intellectual historians have highlighted the past links between economic reasoning and criminal punitiveness (Foucault 2008; Harcourt 2011)."

De qualquer modo, os resultados apurados no estudo primoroso de Ash, Chen e Naidu são impressionantes e demonstram inclusive o efeito *mimético* da aplicação dos mecanismos do *Law and Economics* no sentenciamento criminal. Os autores concluem que os juízes que frequentaram os *Manne Programs* são influentes em relação aos que não participaram dos seminários, mas que, mesmo assim, passaram então a usar mais a (contagiosa) linguagem econômica, o que é consistente com um verdadeiro *efeito de aprendizado*. Além disso, verificou-se que a linguagem econômica tende a cruzar fronteiras, o que é reforçado quando o deslocamento se dá a partir de casos tipicamente econômicos, como os que envolvem discussões regulatórias, em direção a casos não-econômicos, como o Direito Penal. A frequência de juízes aos cursos, portanto, comprova que as ideias econômicas são dotadas de certa *portabilidade*, ainda que o julgador transite por diversas matérias e os assuntos sejam submetidos à sua análise de forma aleatória (os juízes não *escolhem* sobre o que irão decidir).

Ademais, essa análise empírico-quantitativa das decisões judiciais demonstra que o *Law and Economics* é responsável por diagramar, nas entranhas e na práxis do Poder Judiciário, uma verdadeira *linguagem conservadora-reacionária do pensamento jurídico neoliberal*, por meio da qual "as constantes metáforas econômicas (longe de serem perspectivas científicas) impulsionam 'achados' similares àqueles sustentados pelos neoconservadores."[52]

Resta evidente, também, que a Análise Econômica do Direito e sua pretensão de cientificidade para explicar e analisar um fenômeno de etiologia multifatorial como a criminalidade buscam, em última análise, "universalizar uma explicação para qualquer comportamento criminoso, abolindo a criminologia e subordinando direito e processo penal a um sistema que deve tender a alocações eficientes de recursos."[53] Está-se, portanto, diante de um discurso moral que, embebido em premissas prenhes de senso comum, procura erradicar o pensamento criminológico.[54]

É nesse contexto que, em sua fase pragmática, Richard Posner, para quem o Direito não seria uma área autônoma do saber, desenvolve o argumento em prol

52 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal II**: autoritarismo *cool* e economia política do processo penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 45 e 47.

53 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal II**: autoritarismo *cool* e economia política do processo penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 51.

54 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal II**: autoritarismo *cool* e economia política do processo penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 53. Às páginas 53-54 da mesma obra, o autor afirma que "[u]ma abordagem como a empregada pela análise econômica do direito reduz a metafísica política a uma física política. Também esvazia o direito de suas dimensões éticas, performativas e *a priori* componentes, deixando o direito refém exclusivamente de seus elementos empíricos e mensuráveis. Como pode ser bem percebido desde a genealogia da análise econômica do direito, a combinação do utilitarismo benthamiano com a competição coasiana permanece hostil a intervenções estatais e se mantém fiel às premissas neoliberais, servindo como uma plataforma supostamente dotada de neutralidade científica para explicar, ao fim e ao cabo, a supremacia do direito jurisprudencial sobre outras formas."

de uma espécie de *colonização metodológica* do Direito por outras áreas do conhecimento, em especial pela Economia. O Direito, assim, seria o produto de vários empreendimentos intelectuais cujo objetivo funcional seria atingir efeitos razoáveis (*sound effects*), de maneira que o "verdadeiro teste para a análise jurídica é a verificação com o objetivo de se saber se ela 'funciona' instrumentalmente para maximizar objetivos humanos e aspirações."[55]

Em entrevista concedida por ocasião de sua aposentadoria ao *The New York Times*, Posner deixa claro que, como juiz, guiava-se por critérios pragmáticos: "I pay very little attention to legal rules, statutes, constitutional provisions" [...]. "A case is just a dispute. The first thing you do is ask yourself — forget about the law — what is a sensible resolution of this dispute?" Em tradução livre: "Eu presto muito pouca atenção a normas legais, disposições constitucionais" [...]. Um caso é apenas uma disputa. A primeira coisa que você faz é se perguntar – esqueça o direito – o que é uma resolução sensata desta disputa?"[56] Não é portanto por acaso que, para Posner, que amplia exponencialmente a noção de *eficiência*, a função primordial do Direito Penal no capitalismo seja a de prevenir que as pessoas se desviem do sistema de trocas compensatórias e voluntárias – o *mercado* – em situações nas quais, por conta dos baixos custos de transação, o ambiente mercadológico seja a maneira mais eficiente de alocar recursos.[57]

Victor Klemperer observou, na obra *LTI: a linguagem do Terceiro Reich*, que as palavras "podem ser minúsculas doses de arsênico: são engolidas de maneira despercebida e aparentam ser inofensivas; passado um tempo, o efeito do veneno se faz notar." Foi assim que o "nazismo se embrenhou na carne e no sangue das massas por meio de palavras, expressões ou frases, impostas pela repetição, milhares de vezes, e aceitas mecanicamente." [58]

Posto isso, é lícito concluir que o resultado de um curso intensivo de duas semanas e oito horas diárias frequentado, durante aproximadamente vinte anos, por quase metade dos juízes federais norte-americanos[59], com a captação e a aplicação de portentosas verbas oriundas de companhias apreensivas com a expansão das tendências regulatórias da legislação estadunidense, corrobora aquilo que o

55 SILVEIRA, André Bueno da. **Análise econômica do direito e teoria dos jogos**: consequencialismo nas decisões judiciais e a nota interpretação das consequências. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 372.

56 LIPTAK, Adam. An Exit Interview with Richard Posner, Judicial Provocateur. **The New York Times**, New York, 11 set. 2017. Disponível em: https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html. Acesso em: 1 nov. 2023.

57 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal II**: autoritarismo *cool* e economia política do processo penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 51.

58 KLEMPERER, Victor. **LTI: linguagem do Terceiro Reich.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2009, p. 55.

59 ASH, Elliott; CHEN, Daniel L; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on american justice. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 29788, p. 2-107, 2022, p. 4-10. Disponível em: https://users.nber.org/~dlchen/papers/Ideas_Have_Consequences.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

filólogo judeu, alemão assimilado e obrigado a usar a estrela de Davi estampada em suas roupas, constatou ao analisar, de forma percuciente, o nacional-socialismo alemão: que a ideologia se consolida quando arrebata a linguagem.

Como se demonstrará no próximo tópico, essa racionalidade já encontra eco, em solo pátrio, não só nos círculos acadêmicos e intelectuais promovidos por pretensos *think tanks*, mas também em iniciativas para que os juízes passem a conceber e a pensar o Direito a partir da Economia – e, assim o fazendo, *decidam* os casos concretos a partir dos marcos conceituais e referenciais daquela Ciência Social.

## 4 A experiência brasileira: primeiras constatações desde a perspectiva da América Latina

Apesar do discurso ingênuo e sedutor, que promete solucionar problemas meramente *dogmáticos* com a régua do pragmatismo consequencialista/utilitarista, a "análise econômica do delito é uma farsa como teoria, pois finge demonstrar dados, hipóteses e correlações que seriam científicas, quando, em realidade, eufemizam o discurso conservador, oferecendo uma aura de prestidigitação imanentista: *rectius*: economicista."[60]

A América Latina tem sido solo fértil para esse tipo de iniciativa (neo)colonizadora. Até agora, o *case* mais emblemático foi o *Projeto Chile*, que pode ser encaixado no contexto mais amplo das reformas latino-americanas do Processo Penal que coincidem, em alguns pontos, com o "portfolio de sincretismos autoritários" que pode ser chamado de "autoritarismo *cool*".[61]

Fato é que, desde meados dos anos oitenta até a metade da década de dois mil, o Chile, como boa parte dos países latino-americanos, foi palco de uma plêiade de reformas judiciais inseridas em um momento de anunciada *democratização* que, ao contrário do que possa ter parecido à época, não são frutos do voluntarismo filantrópico dos atores que as promoveram.[62]

Encabeçado por juristas que frequentaram universidades norte-americanas e mantinham estreita relação com organismos internacionais de fomento à *modernização* dos sistemas judiciais, como a USAID (Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional), a Fundação Ford e o Banco Interamericano de

60 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 295.

61 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Las reformas de los sistemas de justicia criminal latino-americanos: modelos acusatorios, racionalidad neoliberal? **Cadernos de Dereito Actual**, [*s. l.*], n. 20, p. 191-220, 2023, p. 206. Disponível em: https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/945. Acesso em: 20 out. 2023.

62 MUÑOZ, Daniel Palacios. Criminal procedure reform in Chile: new agents and the restructuring of a field. *In* DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. **Lawyers and the rule of law in an era of globalization**. Abingdon: Routledge, p. 112-122, 2011, p. 112.

Desenvolvimento, o *Projeto Chile* se baseava na conquista de consenso e no desenvolvimento de *expertise* a fim de construir uma espécie de *capital* legal distinto do tradicional, com a importação de institutos e ideias estrangeiras e oriundas de outros campos de conhecimento. Esses organismos internacionais, por sua vez, eram academicamente subsidiados por projetos político-econômicos fomentados no seio da Escola de Chicago, que, mobilizando-se umbilicalmente com as elites políticas e econômicas, manterá relações igualmente sólidas com setores conservadores da sociedade norte-americana. Ou seja: a Escola de Chicago, ao defender uma espécie de *desgovernamentalização* do Estado, dispenderá energia vital em iniciativas de expansão internacional encharcadas da racionalidade neoliberal.[63]

Dentre os princípios básicos do Processo Penal fomentados nesse contexto, alinhados a uma sociedade então tida como *democrática*, está a premissa de alcançar a *eficiência do sistema*, em uma nova conformação do Estado de Direito aos postulados da Escola de Chicago. Para atingir tal objetivo, os agentes fomentadores das reformas precisavam de legitimidade política, que veio a ocorrer com a participação, nas discussões e criação de espaços de consenso, de setores (políticos) de extrema-direita. Tais agentes faziam parte de uma nova geração de juristas com habilidade para construir alianças e relações com instituições e pessoas, de viés conservador, envolvidas no processo de *transição democrática*.[64]

O Brasil, como outras nações da América Latina, tem sentido os influxos desse movimento, que Ugo Mattei e Laura Nader denominaram de *pilhagem*. E essa penetração de institutos estrangeiros tem sido marcada, em parcela considerável, pelo viés da Economia.

Esse influxo ideológico pode, por exemplo, ser vislumbrado no hasteamento da bandeira da *governança* e da *cruzada global anticorrupção*, "interpretada como uma luta por justiça e transparência", na qual a "prevalência da definição americana da corrupção como *quid pro quo* diz respeito à problemática de limitar o escopo da corrupção, atrelando-a a um paradigma do ator racional, modelo economicista por antonomásia", fenômeno que contribuiu "sensivelmente para que o problema da corrupção restasse confinado em perspectivas reformistas de corte neoliberal, protegendo as corporações e permitindo, ao cabo, o desgaste da democracia através das interferências destas empresas no cenário político."[65]

63 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 131.

64 MUÑOZ, Daniel Palacios. Criminal procedure reform in Chile: new agents and the restructuring of a field. *In* DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. **Lawyers and the rule of law in an era of globalization**. Abingdon: Routledge, p. 112-122, 2011, p. 118.

65 GLOECKNER, Ricardo J.; SILVEIRA, Felipe L. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1135-1174, set./dez. 2020, p. 1150-1154. Disponível em: https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/421/269. Acesso em: 26 out. 2023. À página 1147, o autor sublinha que o "monólogo neoliberal sobre

Nessa mesma linha de raciocínio, pode-se citar o famigerado programa das *10 Medidas contra a Corrupção* elaborado pelo Ministério Público Federal, que sequer se deu ao trabalho de escamotear seu viés econômico, desnudando-o sob o argumento insuspeito da busca pela eficiência ao defender, em tom panfletário, a otimização dos resultados da Justiça Criminal e a extirpação ou mitigação de garantias fundamentais.[66]

É, assim, possível constatar que a cultura jurídica brasileira tem sido seduzida pela "invasão das teorias econômicas próprias da ortodoxia economicista – e de sua diáspora para outras esferas", de modo "que se pode concluir que ela acabou se transformando em uma espécie de 'Teoria de Tudo'."[67]

Daí ser digno de nota que, durante a 15ª Sessão Ordinária de 2023 do Conselho Nacional de Justiça[68], órgão que comanda juntamente com a presidência do Supremo Tribunal Federal, o ministro Luís Roberto Barroso anunciou um investimento de portentosos 28 milhões de Reais para o aperfeiçoamento da Tecnologia da Informação aplicada à gestão judiciária, e revelou que, em um *encontro* com representantes das *Big Techs* Amazon, Microsoft e Google, teria apresentado três *encomendas*, para atendimento *pro bono*: um programa para o *resumo* de processos ao julgador; uma ferramenta semelhante ao *Chat GPT*, para *uso estritamente jurídico*; e uma interface única que permita o funcionamento em harmonia dos sistemas judiciais eletrônicos de todos os tribunais.[69] A notícia já causou alvoroço

a corrupção não poderia deixar de lado, evidentemente, a Escola de Chicago. Gary Becker sustentará que a principal fonte da corrupção é a mesma em todo o lugar: governos máximos e amplos com o poder de distribuir muitos bens para diferentes grupos."

66 AS 10 MEDIDAS contra a corrupção: propostas do Ministério Público Federal para o combate à corrupção e à impunidade. **Ministério Público Federal**, 2015. Disponível em: https://dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf/view. Acesso em: 25 out. 2023. Na mesma toada é o teor do Documento 319 do Banco Mundial, que, admitindo que "o setor judiciário na América Latina não é eficiente" e esquadrinhando os "Objetivos da Reforma do Judiciário", arranca da premissa de que a "reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente", e de que, para tanto, "um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos [...]." DAKOLIAS, Maria. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. **Banco Mundial**, Washington, 1996. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf. Acesso em: 25 out. 2023.

67 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 259-260.

68 À FRENTE do CNJ, ministro Barroso buscará eficiência da Justiça e promoção dos direitos humanos. **Conselho Nacional de Justiça**, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/a-frente-do-cnj-ministro-barroso-buscara-eficiencia-da-justica-e-promocao-dos-direitos-humanos/. Acesso em: 25 out. 2023.

69 Na ocasião, assim se pronunciou o ministro: "Eu me reuni com as Big Techs Amazon, Microsoft e Google, e fiz três encomendas, por enquanto *pro bono*, de pilotos de três propostas que me parecem possam ajudar o Judiciário brasileiro, e eles prometem entregar [...]. A primeira, que mudaria muito a vida nos tribunais, é um programa de inteligência artificial que seja capaz de, ao receber o processo, resumir o fato relevante, a decisão de primeiro grau, a decisão de segundo grau e as razões de recurso. Isso facilitaria imensamente a vida de quem atua nos tribunais. A segunda encomenda, que eles dizem que são capazes de produzir um piloto em oito semanas, foi a de um Chat GPT, portanto uma inteligência artificial generativa, estritamente jurídica, portanto alimentado com jurisprudência do Supremo, a jurisprudência do STJ e a jurisprudência dos tribunais estaduais, e que fosse capaz de fazer um esboço de decisão com aquelas informações, evidentemente, tudo sob supervisão direta do juiz competente e responsável, o que também poderia eventualmente facilitar a vida. A terceira encomenda, como todos sabem os tribunais adotam diferentes sistemas, e o CNJ tem

em determinados setores do mercado que podem lucrar com a insólita iniciativa do ministro.[70]

O mesmo ministro Barroso, logo após tomar posse como presidente do Supremo Tribunal Federal, anunciou a contratação, em seu gabinete, de um economista para "auxiliar na elaboração de votos, na pauta de julgamentos e na gestão orçamentária da instituição."[71] Trata-se de Guilherme Resende, Economista-Chefe do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), PhD em Economia pela *London School of Economics and Political Science* (LSE), mestre em Economia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Pesquisador concursado do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) desde 2004, Diretor-Adjunto da Diretoria de Estudos Regionais, Urbanos e Ambientais do IPEA de 2015 a maio de 2016 e Coordenador de Estudos Regionais de tal órgão entre 2013 e 2014.[72]

A convocação de um economista para *auxiliar* nas decisões do Supremo Tribunal Federal é um movimento importante – e preocupante – que praticamente não teve atenção da mídia ou da comunidade jurídica. Foi tomado como um fato corriqueiro e um esforço de *otimização* da prestação jurisdicional, mas sinaliza que a cúpula do Poder Judiciário brasileiro tem pretensões de compreender e aplicar o Direito – inclusive o Penal e o Processo Penal, o que é ainda mais perigoso – com base em critérios econômicos.

Mas não sucede assim apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal: outros órgãos do Poder Judiciário já encamparam a ideia de preparar os magistrados para analisarem e aplicarem economicamente o Direito.

Apesar de ainda não haver notícia de um programa mais amplo de formação, no formato dos *The Henry Manne Programs*, Tribunais de Justiça brasileiros, por meio de suas Escolas Superiores da Magistratura (ESM), têm promovido cursos específicos para magistrados sobre "Análise Econômica do Direito aplicada

trabalhado intensamente para aumentar a interoperabilidade entre esses sistemas, mas eles dizem que são capazes de criar uma interface única [...] de modo que o sistema, o que está por baixo operando, cada tribunal conservará o seu, mas a interface para o advogado vai ser a mesma, não importa se ele está no Rio, São Paulo ou em Porto Alegre, e se isso funcionar eu acho que também melhora a vida de todos nós." BARROSO pede a big techs criação de "ChatGPT" para uso jurídico. **Migalhas**. 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/395504/barroso-pede-a-big-techs-criacao-de-chatgpt-para-uso-juridico. Acesso em: 24 out. 2023.

70 BONIN, Robson. Startups jurídicas comemoram fala de Barroso sobre inteligência artificial. **Veja**, 2023. Disponível em: https://veja.abril.com.br/coluna/radar/startups-juridicas-comemoram-fala-de-barroso-sobre-inteligencia-artificial/. Acesso em: 24 out. 2023.

71 MARTINS, Luísa; PERON, Isadora. Barroso inova e contrata economista para equipe no STF. **Valor econômico**, 2023. Disponível em: https://valor.globo.com/politica/noticia/2023/08/28/barroso-inova-e-contrata-economista-para-equipe-no-stf.ghtml. Acesso em: 24 out. 2023.

72 AUGUSTO, Otávio. Um economista no STF. **O Antagonista**, 2023. Disponível em: https://oantagonista.com.br/economia/um-economista-no-stf/. Acesso em: 24 out. 2023.

ao Direito de Família" (Tribunal de Justiça da Bahia)[73]; "Introdução ao Direito e Economia para Magistrados" (Escola Nacional da Magistratura, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas)[74]; "Pragmatismo e Análise Econômica do Direito" (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)[75]; "Introdução à Análise Econômica do Processo Civil" (Tribunal de Justiça de São Paulo)[76]; "Semana de Imersão sobre Análise Econômica do Direito" (Tribunal de Justiça de Santa Catarina)[77]; "Curso de Excelência com destaque à Análise Econômica do Direito" (Tribunal de Justiça do Paraná, em parceria com a FGV)[78]; "Análise Econômica do Direito: Uma Introdução para Juristas" (Tribunal de Justiça de Pernambuco)[79]; e "Decisão Judicial e Análise Econômica do Direito" (Tribunal de Justiça do Pará)[80]. Há até tópico específico, voltado à Análise Econômica do Direito, que faz parte de um "MBA em Poder Judiciário", promovido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso[81], e uma Especialização em Análise Econômica do Direito promovida pelo Tribunal de Contas da União (TCU).[82]

Também os Tribunais Regionais Federais da 3ª e da 4ª Região têm promovido cursos intitulados, respectivamente, de "Análise Econômica do Direito no Con-

73 ANÁLISE Econômica do Direito de Família é o tema da aula desta sexta-feira. **Tribunal de Justiça da Bahia**, 2019. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/portal/curso-direito-economia-topicos-especiais-analise-economica-do-direito-de-familia-e-o-tema-da-aula-desta-sexta-feira-5/. Acesso em: 26 out. 2023.

74 ENM e FGV lançam curso de Introdução ao Direito e Economia para Magistrados. **Escola Nacional da Magistratura**, 2023. Disponível em: https://escoladamagistratura.amb.com.br/noticias/enm-e-fgv-lancam-curso-de-introducao-ao-direito-e-economia-para-magistrados?hs_amp=true. Acesso em: 26 out. 2023.

75 EMERJ ABRE INSCRIÇÕES PARA O CURSO "PRAGMATISMO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO", DE COORDENAÇÃO DO EXCELENTÍSSIMO MINISTRO DO STF LUIZ FUX. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, 2023. Disponível em: https://site.emerj.jus.br/noticia/1473. Acesso em: 26 out. 2023.

76 EPM inicia curso sobre análise econômica do processo civil. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 2022. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=85554. Acesso em: 26 out. 2023.

77 ESMESC promove semana de imersão sobre Análise Econômica do Direito. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, 2022. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/esmesc-promove-semana-de-imersao-sobre-analise-economica-do-direito. Acesso em: 26 out. 2023.

78 MAGISTRADOS INICIAM CURSO DE EXCELÊNCIA COM DESTAQUE NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. **Escola da Magistratura do Paraná**, 2019. Disponível em: https://www.emap.com.br/magistrados-iniciam-curso-de-excelencia-com-destaque-na-analise-economica-do-direito/. Acesso em: 26 out. 2023.

79 ESMAPE tem curso com um dos cardeais da Análise Econômica do Direito. **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**, 2022. Disponível em: https://www.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/comunicacao/-/asset_publisher/HLaml59wsbjC/content/esmape-tem-curso-com-um-dos-cardeais-da-analise-economica-do-direito. Acesso em: 26 out. 2023.

80 CURSO "□DECISÃO JUDICIAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO". **Tribunal de Justiça do Estado do Pará**, 2022. Disponível em: https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Slide-EJPA/1399158-curso-decisao-judicial-e-analise-economica-do-direito.xhtml. Acesso em: 26 out. 2023.

81 MBA: Juízes são capacitados em Análise Econômica. **Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso**, 2017. Disponível em: https://www.tjmt.jus.br/noticias/47651. Acesso em: 26 out. 2023.

82 ESPECIALIZAÇÃO em Análise Econômica do Direito. **Tribunal de Contas da União**, 2021. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/educacao-corporativa/pos-graduacao-e-pesquisa/cursos/especializacao-em-analise-economica-do-direito.htm. Acesso em: 26 out. 2023.

texto da Magistratura"[83] e de "Análise Econômica do Direito"[84], iniciativas compartilhadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que recentemente promoveu o "1º Congresso Brasileiro de Análise Econômica do Direito na Justiça do Trabalho."[85] Da mesma forma, o Conselho da Justiça Federal, em seminário sobre a Teoria da Decisão Judicial, realizou o painel "A análise econômica do Direito nas decisões judiciais"[86]

O próprio Conselho Nacional de Justiça[87], por sua vez, vem incentivando e aderindo a esse tipo de iniciativa na formação dos juízes, a ponto de incluir a Análise Econômica do Direito como tema específico a ser perquirido nos concursos para a magistratura[88], inculcando a ideia de que "[a] análise econômica do Direito não visa só à economia" e "é aplicada às decisões judiciais, atos do Poder Público e na elaboração de normas legislativas levando em consideração o aspecto social de um país", além da percepção de "um giro pragmático nos julgamentos, com a apreciação dos temas considerando a necessidade da redução da 'vagueza principiológica', ou seja, a necessidade de se contextualizar a decisão", porque "o caso concreto é que vai ditar a melhor solução considerando os aspectos pragmáticos."[89]

O fomento ao escrutínio econômico do fenômeno jurídico também se alastra em iniciativas de caráter intelectual como a encampada pela Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE), que se autodenomina "associação civil sem fins lucrativos" de "caráter científico, educativo, técnico, cultural e pluridisciplinar", tendo sido "criada para desenvolver a pesquisa e aprimorar a interdisciplinaridade entre as ciências do Direito e da Economia, bem como as que a elas se relacionem." Dedica-se "à difusão nos meios jurídicos e acadêmicos da análise econômica do

83 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO CONTEXTO DA MAGISTRATURA. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, 2023. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/emag/cursosemag/analise-economica-do-direito-no-contexto-da-magistratura. Acesso em: 26 out. 2023.

84 TRF4 promove curso de análise econômica do Direito. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, 2015. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11084. Acesso em: 26 out. 2023.

85 CONGRESSO do TRT-1 vai abordar a análise econômica do Direito na JT. **Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região**, 2021. Disponível em: https://www.amatra1.org.br/noticias/?congresso-do-trt-1-vai-abordar-a-analise-economica-do-direito-na-jt. Acesso em: 26 out. 2023.

86 ESPECIALISTAS abordam análise econômica do Direito durante seminário. **Conselho da Justiça Federal**, 2015. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2014/abril/especialistas-abordam-analise-economica-do-direito-durante-seminario. Acesso em: 26 out. 2023.

87 JURISTAS aprofundam análise econômica do Direito sobre tributação e administração pública. **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/juristas-aprofundam-analise-economica-do-direito-sobre-tributacao-e-administracao-publica/. Acesso em: 26 out. 2023.

88 CONCURSO para magistratura terá temas como análise econômica e LGBTQIA+fobia. **Conselho Nacional de Justiça**, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/concurso-para-magistratura-tera-temas-como-analise-economica-e-lgbtqiafobia/. Acesso em: 26 out. 2023.

89 JURISTAS aprofundam análise econômica do Direito sobre tributação e administração pública. **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/juristas-aprofundam-analise-economica-do-direito-sobre-tributacao-e-administracao-publica/. Acesso em: 26 out. 2023.

direito" uma vez que o "Direito e Economia (Law and Economics) é um campo interdisciplinar de conhecimento, que aplica as ferramentas da Ciência Econômica a temas jurídicos e de políticas públicas." Lança mão do uso de "ferramentas tais como teoria dos preços, teoria dos jogos, econometria, teoria das externalidades e dos custos de transação, além de outras, para tornar o sistema jurídico mais eficiente".[90] A associação tem como patrocinadores escritórios de advocacia, além da Associação Paranaense de Direito e Economia (APDAR) e do Grupo de Estudos em Direito e Economia (GEDE), instituições voltadas ao estudo e à difusão do *Law and Economics*. Entre seus apoiadores figuram o Núcleo de Estudos de Direito e Economia da Universidade Federal do Paraná (NEDE/UFPR), o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), o Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED) e a CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, uma fundação vinculada ao Ministério da Educação), além dos já citados GEDE e ADEPAR.[91] A ABDE também promove, regularmente, cursos e competições voltadas ao tema da Análise Econômica do Direito.[92] Na mesma verve, a Fundação Getúlio Vargas (FGV) também é pródiga na disseminação de temários envolvendo a interação entre Direito e Economia.[93]

Essa racionalidade declaradamente econômica, portanto, "tem chegado ao Poder Judiciário, que tem buscado novos paradigmas intelectuais para a verificação das consequências práticas das decisões judiciais"[94], o que pode ser constatado, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal assume que a Corte está em busca de *certa estabilidade jurisprudencial* em relação às controvérsias que rondam o instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Neste âmbito, já se assentou, recentemente, que a Justiça Penal Negocial adota, na linha teórica de Ronald Coase, a premissa de que se está diante de um *Mercado Judicial Penal*, em que a *eficiência* é alcançada por meio da redução dos

90 INSTITUCIONAL. **Associação Brasileira de Direito e Economia**. Disponível em: https://abde.com.br/institucional/. Acesso em: 26 out. 2023.

91 PARCEIROS. **Associação Brasileira de Direito e Economia**. Disponível em: https://abde.com.br/parceiros/. Acesso em: 26 out. 2023.

92 EVENTOS. **Associação Brasileira de Direito e Economia**. Disponível em: https://abde.com.br/eventos//. Acesso em: 26 out. 2023.

93 DIREITO e Economia. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/disciplina/direito-economia-1. Acesso em: 26 out. 2023; ANÁLISE Econômica do Direito. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: https://dej.fgv.br/tags/analise-economica-do-direito. Acesso em: 26 out. 2023; PERSPECTIVAS da Análise Econômica do Direito no Brasil. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/conhecimento/perspectivas-da-analise-economica-do-direito-no-brasil. Acesso em: 26 out. 2023; DIREITO e Economia: forças unidas para desenvolver o Brasil. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/pesquisa/centro-de-pesquisa-em-direito-e-economia. Acesso em: 26 out. 2023.

94 TIMM, Luciano Benetti; CAON, Guilherme Maines. Análise Econômica do Direito e o Supremo Tribunal Federal. **Jota**, 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/analise-economica-do-direito-e-o-supremo-tribunal-federal-25092020. Acesso em: 28 out. 2023.

custos de transação, objetivo que, por sua vez, é resultado de generosa concessão, às partes, de amplos poderes negociais.[95]

Ao tratar das polêmicas que orbitam ao redor do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instituto de Justiça Penal Negocial inserido no ordenamento jurídico nacional pela Lei n. 13.964/2019, o ministro Gilmar Mendes afirma que se está diante de um modelo de *gestão da Justiça Penal* em que o Princípio da Eficiência, de envergadura constitucional (art. 37, *caput*, da CF), deve ser aplicado para reduzir os custos da transação, o tempo de entrega da prestação jurisdicional e a otimização da estrutura estatal necessária à atribuição de responsabilidade penal, de modo que "a racionalidade econômica do agente racional, orientado pelo critério custo/benefício [maximização do bem estar], a partir da atribuição de direitos, poderes e direitos aos agentes procedimentais", passa a ser estruturante da Justiça Penal Negocial.[96]

A referência à Análise Econômica do Direito, nessa ocasião, é igualmente expressa quando se admite que o *acertamento*, ou o *desfecho de mérito* do caso penal, por meio de decisão judicial de cognição exauriente, vale dizer, sentença ou acórdão, "depende da alocação de recursos públicos escassos [...], direcionados à manutenção da estrutura [...] e dos procedimentos necessários à atribuição de responsabilidade penal [...]."[97]

Na mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da relatoria do ministro Luiz Fux, um conhecido entusiasta da Análise Econômica do Direito, já decidiu que

> [a] excessiva demora e ineficiência do cumprimento das decisões judiciais, sob a perspectiva da análise econômica do direito, é um dos fatores integrantes do processo decisório de escolha racional realizado pelo agente quando deparado com os incentivos atinentes à propositura de uma ação, à interposição de um recurso, à celebração de um acordo e à resistência a uma execução. Num cenário de inefetividade generalizada das decisões judiciais, é possível que o devedor

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos Declaratórios no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.734/PR**. Minuta de voto-vista do Min. Gilmar Mendes. Relator: Min. Luiz Fux, 26 de junho de 2023. Fica aqui o registro do agradecimento ao Professor Luciano Benetti Timm por gentilmente compartilhar tal documento.

96 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos Declaratórios no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.734/PR**. Minuta de voto-vista do Min. Gilmar Mendes. Relator: Min. Luiz Fux, 26 de junho de 2023.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos Declaratórios no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.734/PR**. Minuta de voto-vista do Min. Gilmar Mendes. Relator: Min. Luiz Fux, 26 de junho de 2023. O voto avança para assentar que, "no ambiente brasileiro, será preciso construir as coordenadas do **Devido Processo Penal Negocial**, munido de garantias mínimas quanto aos possíveis comportamentos oportunistas de agentes procedimentais no espaço de negociação [coações, blefes, ameaças, cláusulas abusivas, sobrecarga, medidas cautelares; aspectos contextuais etc], marcadamente orientado pela interseção entre as coordenadas de Direito Civil, de Direito Penal e de Processo Penal."

> não tenha incentivos para colaborar na relação processual, mas, ao contrário, seja motivado a adotar medidas protelatórias, contexto em que, longe de apresentar estímulos para a atuação proba, célere e cooperativa das partes no processo, a legislação (e sua respectiva aplicação pelos julgadores) estará promovendo incentivos perversos, com maiores payoffs apontando para o descumprimento das determinações exaradas pelo Poder Judiciário.[98]

Da mesma forma, assentou a Suprema Corte que

> [a] ideia de *wealth maximization*, formulada à luz de uma Análise Econômica do Direito, determina que a riqueza (*wealth*) a ser maximizada é a totalidade da satisfação das preferências moralmente relevantes e financeiramente sustentadas. A premissa, a princípio utilitarista, é aprimorada pelas limitações financeiras e os meios a serem empregados encontram-se protegidos pelo sistema de direitos"; "À luz de uma teoria dos jogos, a referência é ao chamado "jeu de domination avec paiement de tribut" em que o plano ótimo encontra concessões mútuas a partir de um dado pagamento, denominado prêmio (*prime*). [...] O modelo teórico configura-se, na prática, no momento em que há o interesse do particular de exercer determinada atividade lucrativa, ainda que para isso seja necessário o dispêndio de um valor financeiro. Sob a ótica do outro jogador, o Estado, o montante exigido deve ser bastante e suficiente para fazer face aos dispêndios com a fiscalização, mas também contribuir para a ausência ou mitigação de danos à coletividade. [...] As políticas ambientais que criam instrumentos que impõem um sobrepreço ao uso dos recursos naturais, à semelhança do que determina o princípio do "poluidor/pagador", é legitimada sob a ótica de uma Análise Econômica do Direito, em linha com as chamadas "taxas pigouvianas". [...] Em nosso ordenamento, a definição de extrafiscalidade alberga grande parte do modelo econômico exposto por economistas desde o início do século XX. A maximização de resultados entre o exercício regular do poder de polícia, materializado na fiscalização ambiental, e a exigência de tributação sobre a atividade econômica perpassa pela aferição da eficácia da política operada pelo Poder Público.[99]

98 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5941/DF**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OS ARTIGOS 139, IV; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 400, PARÁGRAFO ÚNICO; 403, PARÁGRAFO ÚNICO; 536, CAPUT E §1º E 773, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS. ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, PARA AFASTAR, EM QUALQUER HIPÓTESE, A POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS CONSISTENTES EM SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR, APREENSÃO DE PASSAPORTE E PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS OU EM LICITAÇÕES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À PROPORCIONALIDADE. MEDIDAS QUE VISAM A TUTELAR AS GARANTIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E DE EFETIVIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO ABSTRATA E APRIORÍSTICA DA DIGNIDADE DO DEVEDOR. AÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 9 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767273122. Acesso em: 28 out. 2023.

99 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno) **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4787/AP**. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE CONTROLE, ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PESQUISA, LAVRA, EXPLORAÇÃO E APROVEITAMENTO DE RECURSOS MINERÁRIOS - TFRM. LEI Nº 1.613/2011. ESTADO DO AMAPÁ. MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA QUE NÃO ALTERA A SUBSTÂNCIA DA NORMA. MANUTENÇÃO DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA INSTITUÍDA EM RAZÃO DO PODER

A bem da verdade, pode-se dizer que a Análise Econômica do Direito já é uma realidade em consolidação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cujo "ponto de inflexão foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5062, em 2016, relatada pelo ministro Luiz Fux, em que se fez a utilização detalhada e com rigor técnico de vários institutos" (da Análise Econômica do Direito), de sorte que, a partir de tal decisão, a Corte "passou a aplicar, de modo claro e tecnicamente aprimorado, o instrumental da Análise Econômica do Direito em diversas decisões."[100] Tendo em conta que, de fato, o "impulso maior para a utilização da AED no âmbito do STF decorreu dos votos do ministro Luiz Fux", e que "outros ministros igualmente já adotaram posições similares em diversos julgados relevantes", "tem-se um prognóstico de avanço da utilização da AED pelo Supremo Tribunal Federal" e a confirmação da hipótese "de que o STF vem aumentando a utilização do ferramental de AED."[101]

Apesar da formação econômica dos magistrados se tratar de uma iniciativa sem precedentes no Brasil, as consequências, em largo espectro, da aplicação dos referenciais do *Law and Economics* nas decisões judiciais são plenamente ponderáveis à luz da experiência norte-americana.

De fato, o que ocorreu nos Estados Unidos, onde a Análise Econômica do Direito, como visto, nasceu e se consolidou enquanto disciplina teórica e método pragmático aplicado às decisões judiciais, demonstra que a capilaridade da linguagem e da racionalidade econômica é capaz de produzir efeitos miméticos e exógenos mesmo em relação às decisões proferidas por juízes que não tenham sido forjados pelos referenciais do *Law and Economics*. A ideia, ao mesmo tempo em que pode parecer ingenuamente atraente, é muito perigosa em especial quando se tem, nas primeiras décadas do século XXI, as primeiras manifestações de "um fenômeno designado como democracia iliberal, isto é, uma democracia carente de direitos" ou uma "democracia sem direitos", dada a presença de "uma cada vez maior tendência iliberal da população" e "uma grave crise no sentido de repúdio à alteridade".[102]

DE POLÍCIA FISCALIZATÓRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 23, XI, DA CRFB/88. É POSSÍVEL AOS ESTADOS EXERCER A ATIVIDADE DE PODER DE POLÍCIA EM MATÉRIA DE FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PESQUISA E EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Interessados: Governador do Estado do Amapá e Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. Relator: Min. Luiz Fux, 1º de agosto de 2022. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763771063. Acesso em: 28 out. 2023.

100 TIMM, Luciano Benetti; CAON, Guilherme Maines. Análise Econômica do Direito e o Supremo Tribunal Federal. **Jota**, 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/analise-economica-do-direito-e-o-supremo-tribunal-federal-25092020. Acesso em: 28 out. 2023.

101 TIMM, Luciano Benetti; CAON, Guilherme Maines. Análise Econômica do Direito e o Supremo Tribunal Federal. **Jota**, 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/analise-economica-do-direito-e-o-supremo-tribunal-federal-25092020. Acesso em: 28 out. 2023.

102 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 352-353.

Não há dúvidas de que decisões judiciais conservadoras são resultado da influência e da aplicação de categorias do *Law and Economics*, movimento que, por seu turno, não se trata simplesmente de um estilo de análise legal ou uma Escola de Pensamento no âmbito do Direito, mas um verdadeiro projeto discursivo constitutivo e constituído por uma matriz emergente.[103]

Em estudo de Guilherme Caon, que procurou levantar a aplicação de vetores e ferramentas econômicas nos julgados do Supremo Tribunal Federal[104], foram considerados não apenas acórdãos em que houve, "de forma expressa e consciente", a aplicação de instrumentos de Análise Econômica do Direito, mas também os julgados em que pode se observar o desenvolvimento de um raciocínio econômico como elemento essencial da fundamentação das decisões e dos votos dos ministros, de modo a impactar, ainda que de forma não exclusiva, a decisão judicial. A hipótese de pesquisa era, justamente, saber se "houve um crescimento quantitativo e qualitativo da aplicação da Análise Econômica do Direito pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 2015, ou seja, nos cinco anos anteriores à realização da pesquisa."[105]

O autor, após analisar trinta e nove acórdãos do STF, concluiu "ter restado constatada a veracidade da hipótese formulada", vale dizer, de que "[h]ouve um comprovado crescimento quantitativo e qualitativo no grau de utilização da Análise Econômica do Direito pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 2015", aumento esse que ocorreu "tanto do grau de densidade da fundamentação, como do grau de influência do raciocínio econômico, bem como do número de citações de autores de Economia ou do *Law and Economics* nos últimos cinco anos."[106]

A partir de "um maior aprimoramento técnico na fundamentação dos acórdãos sob o aspecto do raciocínio econômico ou de Direito e Economia", o "Supremo Tribunal Federal também passou a utilizar expressa e ostensivamente os conceitos e institutos da Análise Econômica do Direito", de maneira que a "soma de tais elementos quantitativos e qualitativos indica um prognóstico de continuidade na evolução da aplicação da AED pelo Supremo Tribunal Federal."[107]

---

103 FINK, Eric M. Post-Realism, or the Jurisprudential Logic of Late Capitalism: A Socio-Legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics. **Hastings Law Journal**, San Francisco, vol. 55, n. 4, p. 931-964, 2004, p. 932. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol55/iss4/3. Acesso em: 2 nov. 2023.

104 CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2012. E-book Kindle.

105 CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2012. E-book Kindle.

106 CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2012. E-book Kindle.

107 CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2012. E-book Kindle.

O *estado da arte* no Brasil, portanto, aponta para o fato de que, "no caso dos tribunais brasileiros, o uso da Economia ocorre como técnica de previsão de consequências concretas das normas jurídicas", de modo que, "quando se trata de aplicação da AED, o raciocínio econômico serve como substrato para a produção de uma decisão judicial",[108] o que reforça a ideia de que se pode conceber o comportamento humano como limitadamente racional e moldado aos incentivos institucionais dados em uma determinada sociedade, o que acarreta uma "metodologia consequencialista" que "leva em conta as potenciais consequências das leis e das decisões judiciais e, com isso, consegue-se chegar às respostas científicas aos problemas postos."[109]

Como já se alertou, "em grande medida a legitimidade do discurso neoliberal se valeu da aura 'científica' de seus intelectuais, o que garantiria a sua idoneidade e imparcialidade epistemológicas", mas "jamais se afastou das relações políticas, da atuação através dos *think tanks* e do suporte financeiro de grandes investidores"[110], o que torna no mínimo ingênuo o argumento de que o "exemplo brasileiro indica o potencial de utilização da Economia para a promoção de objetivos legais progressistas, independentemente da alegação de que Direito e Economia apresentam um viés conservador."[111]

De outro lado, tampouco há dúvidas de que "a economia e a repressão penal são aspectos complementários de um único projeto."[112] Prova disso é que, por exemplo, o voto do ministro Luiz Fux na Ação Penal 470 (*Mensalão*) talvez tenha sido a primeira oportunidade em que houve a utilização expressa de mecanismos do *Law and Economics* em uma decisão do Supremo Tribunal Federal, quando tratou-se da famigerada *Teoria dos Jogos* na avaliação dos incentivos à colaboração premiada.[113] Daí fazer total sentido afirmar-se que "[t]ornar o processo penal um espaço de precaríssima resistência do acusado coincide com a lógica utilitária re-

108 CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2012. E-book Kindle.

109 TIMM, Luciano Benetti. Prefácio. *In* CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2012. E-book Kindle.

110 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 362. Às páginas 364-365 da mesma obra, registra o autor que "o fascismo, na Itália e na Alemanha, foi subsidiado acima de tudo por magnatas da indústria pesada (ferro, aço e mineração) e por banqueiros com um pé na indústria pesada."

111 CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2012. E-book Kindle.

112 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 362.

113 Outra referência à Análise Econômica do Direito no âmbito penal é, segundo Guilherme Caon, a contida no voto da desembargadora federal Claudia Cristofani, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no âmbito da Operação Lava Jato. CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2012. E-book Kindle.

formada dos intelectuais neoliberais", e que "[d]espolitizar a política e desjuridicizar o direito processual penal são os objetivos a serem alcançados."[114]

Portanto, apesar da pretensa assepsia científica do *Law and Economics*, que promete uma metodologia isenta de *dogmatismos*, é importante recordar o insuperável paradoxo que informa que, "enquanto o Direito se ocupa com a busca da efetiva justiça, a Economia tem seu foco na matemática e nas bases empíricas e fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis"[115], por trás da qual, como explicado, descortina-se a pretensão neoliberal que depende do jurídico para ser implementada e legitimada. Essa legitimação, é bom que se diga a título de remate, se constrói juridicamente desde dentro e permite uma intervenção que não se dá em proveito da sociedade como um todo, mas no exclusivo interesse de determinadas instituições ligadas ao capital.[116]

Se é certo que "as modulações de um processo penal autoritário não respondem sempre e em todo caso, a padrões de discurso científico"[117], doutrinar os juízes brasileiros a decidir por critérios econômicos pode significar, no que diz respeito à persecução penal, uma nova forma de, a bem da evolução pretensamente científica do direito, mitigar a eficácia das garantias fundamentais.

## 5 Conclusão

1. O movimento do *Law and Economics* é uma realidade consolidada na cultura jurídica norte-americana. Sua metodologia, construída a partir da racionalidade neoliberal, abarca a utilização de conceitos e ferramentas econômicas na análise e na aplicação do Direito, a partir de critérios como dissuasão, relação custo-benefício, alocação de recursos, custos de transação, externalidades e eficiência. O horizonte é mercadológico e pressupõe que o agente que nele opera o faz como maximizador de resultados em prol de sua satisfação pessoal. Da mesma forma, o Direito e suas esferas de aplicação prática são vistos como um verdadeiro mercado, de maneira que as instituições jurídicas têm impactos concretos no comportamento dos agentes econômicos.

2. A influência do *Law and Economics* não se restringe ao saber acadêmico e ao ensino jurídico. Seu protagonismo na tradição cultural norte-americana extra-

114 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal II**: autoritarismo *cool* e economia política do processo penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 54.

115 RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise econômica do direito penal**: o crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da economia. Curitiba: Artelogy, 2021, p. 28. Disponível em: https://www.ebelbattu.adv.br/wp-content/uploads/2021/07/RAMOS-Samuel-Ebel-Braga.-Analise-Economica-do-Direito-Penal-2021.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

116 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 367.

117 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal II**: autoritarismo *cool* e economia política do processo penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 54.

vasa esses discursos e atinge a aplicação concreta do Direito por meio das decisões judiciais. A racionalidade econômica aplicada nas sentenças e decisões colegiadas do Poder Judiciário estadunidense, todavia, não se restringe a temas eminentemente econômicos, como os que se debruçam sobre assuntos regulatórios ou da intervenção do Estado na Economia. Temários como Direito de Família, Direito Migratório e Direito Penal também são abarcados pela Análise Econômica, o que demonstra a sua capilaridade em todo o sistema judicial do *Common Law* e a potencialidade transdisciplinar do saber economicista.

3. As Escolas de Pensamento Jurídico têm impactos nas decisões judiciais porque os juízes são influenciados pelos seus cânones. Com o *Law and Economics* não foi diferente. A sua difusão na Justiça norte-americana se deu, principalmente, pela realização de cursos, entre os anos de 1976 a 1999, no bojo do *The Law and Economics Center* e do *The Economic Institute for Federal Judges*, capitaneados por Henry Manne e denominados *The Manne Programs*. Em tais ocasiões, juízes federais eram iniciados em conceitos e categorias econômicas com as quais poderiam decidir os casos concretos à luz de um viés pragmático e consequencialista/utilitarista. Apesar da negativa de seu fundador, havia sempre, ainda que sub-reptício, um viés ideológico de cunho conservador nos ensinamentos repassados, de modo a propiciar um ambiente de verdadeiro *lobby*, em especial porque os seminários eram financiados por grandes corporações que eram ou viriam a se tornar grandes litigantes no Judiciário federal – em defesa de ideais neoliberais que orbitavam ao redor da não intervenção do Estado na Economia privada.

4. A América Latina e o Brasil têm recebido influxos dessa natureza (neoliberais por excelência) por meio da importação de institutos do *Common Law*, que, por sua vez, possuem um nítido viés, igualmente neoliberal, de privilegiar ideias e valores econômicos que devem ser perseguidos pelo Poder Judiciário quando da aplicação concreta do Direito. A propagação dos ideais do *Law and Economics* para além dos Estados Unidos – e consigo a sua pretensa racionalidade científica – é um desses vetores que legitimam uma reformatação do jurídico *desde dentro*. Apesar de, no Brasil, não haver um verdadeiro *programa* de formação de juízes em temas econômicos tal qual se dava com os *Manne Programs*, já se pode perceber uma maior difusão não só acadêmica da Análise Econômica do Direito, mas também iniciativas do Poder Judiciário, por seus mais diversos órgãos, desde Tribunais de Justiça, Regionais Federais e Regionais do Trabalho até o Conselho Nacional de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, de ensinar os conceitos e instrumentos do *Law and Economics* que podem ser utilizados e postos em prática nas decisões judiciais. A iniciativa é em si perigosa especialmente no espectro da Justiça Criminal, em que o valor reitor da *eficiência* (econômica, portanto,) é apto a, sob os auspícios do *novo,* ser capaz de superar a assim chamada *crise dogmática* e fazer sucumbir as

garantias fundamentais das pessoas submetidas, de alguma forma, à persecução penal.

## Referências bibliográficas

À FRENTE do CNJ, ministro Barroso buscará eficiência da Justiça e promoção dos direitos humanos. **Conselho Nacional de Justiça**, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/a-frente-do-cnj-ministro-barroso-buscara-eficiencia-da-justica-e-promocao-dos-direitos-humanos/.

ANÁLISE Econômica do Direito. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: https://dej.fgv.br/tags/analise-economica-do-direito.

ANÁLISE Econômica do Direito de Família é o tema da aula desta sexta-feira. **Tribunal de Justiça da Bahia**, 2019. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/portal/curso-direito-economia-topicos-especiais-analise-economica-do-direito-de-familia-e-o-tema-da-aula-desta-sexta-feira-5/.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO CONTEXTO DA MAGISTRATURA. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, 2023. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/emag/cursosemag/analise-economica-do-direito-no-contexto-da-magistratura.

AS 10 MEDIDAS contra a corrupção: propostas do Ministério Público Federal para o combate à corrupção e à impunidade. **Ministério Público Federal**, 2015. Disponível em: https://dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf/view.

ASH, Elliott; CHEN, Daniel L; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on american justice. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**, Cambridge, n. 29788, p. 2-107, 2022. Disponível em: https://users.nber.org/~dlchen/papers/Ideas_Have_Consequences.pdf.

ASH, Elliott; CHEN, Daniel; NAIDU, Suresh. **The impact of legal schools of thought**. Evanston, p. 1-37, 2017. Disponível em: https://wwws.law.northwestern.edu/research-faculty/events/colloquium/law-economics/documents/2017_spring_ash_legal.pdf.

AUGUSTO, Otávio. Um economista no STF. **O Antagonista**, 2023. Disponível em: https://oantagonista.com.br/economia/um-economista-no-stf/.

BARBASH, Fred. Big Corporations Bankroll Seminars For U.S. Judges. **The Washington Post**, Washington, 20 jan. 1980. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1980/01/20/big-corporations-bankroll-seminars-for-us-judges/8385bf9f-1eb7-451a-8f3d-bdabb4648452/.

BARROSO pede a big techs criação de "ChatGPT" para uso jurídico. **Migalhas**. 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/395504/barroso-pede-a-big-techs-criacao-de-chatgpt-para-uso-juridico.

BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**. Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169–217, 1968. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1830482.

BONIN, Robson. Startups jurídicas comemoram fala de Barroso sobre inteligência artificial. **Veja**, 2023. Disponível em: https://veja.abril.com.br/coluna/radar/startups-juridicas-comemoram-fala-de-barroso-sobre-inteligencia-artificial.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4787/AP**. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE CONTROLE, ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PESQUISA, LAVRA, EXPLORAÇÃO E APROVEITAMENTO DE RECURSOS MINERÁRIOS - TFRM. LEI Nº 1.613/2011. ESTADO DO AMAPÁ. MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA QUE NÃO ALTERA A SUBSTÂNCIA DA NORMA. MANUTENÇÃO DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA INSTITUÍDA EM RAZÃO DO PODER DE POLÍCIA FISCALIZATÓRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 23, XI, DA CRFB/88. É POSSÍVEL AOS ESTADOS EXERCER A ATIVIDADE DE PODER DE POLÍCIA EM MATÉRIA DE FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PESQUISA E EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Interessados: Governador do Estado do Amapá e Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. Relator: Min.

Luiz Fux, 1º de agosto de 2022. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763771063.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5941/DF**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OS ARTIGOS 139, IV; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 400, PARÁGRAFO ÚNICO; 403, PARÁGRAFO ÚNICO; 536, CAPUT E §1º E 773, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS. ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, PARA AFASTAR, EM QUALQUER HIPÓTESE, A POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS CONSISTENTES EM SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR, APREENSÃO DE PASSAPORTE E PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS OU EM LICITAÇÕES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À PROPORCIONALIDADE. MEDIDAS QUE VISAM A TUTELAR AS GARANTIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E DE EFETIVIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO ABSTRATA E APRIORÍSTICA DA DIGNIDADE DO DEVEDOR. AÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 9 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767273122.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos Declaratórios no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.734/PR**. Minuta de voto-vista do ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Luiz Fux, 26 de junho de 2023.

BUTLER, Henry N. The Manne Programs in economics for federal judges. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, v. 50, n. 2, p. 351-420, 1999. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1375&context=caselrev.

CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2012. E-book Kindle.

CONCURSO para magistratura terá temas como análise econômica e LGBTQIA+fobia. **Conselho Nacional de Justiça**, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/concurso-para-magistratura-tera-temas-como-analise-economica-e-lgbtqiafobia/.

CONGRESSO do TRT-1 vai abordar a análise econômica do Direito na JT. **Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região**, 2021. Disponível em: https://www.amatra1.org.br/noticias/?congresso-do-trt-1-vai-abordar-a-analise-economica-do-direito-na-jt.

CURSO "□DECISÃO JUDICIAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO". **Tribunal de Justiça do Estado do Pará**, 2022. Disponível em: https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Slide-EJPA/1399158-curso-decisao-judicial-e-analise-economica-do-direito.xhtml.

DAKOLIAS, Maria. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. **Banco Mundial**, Washington, 1996. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAYEN, David. Corporate-funded judicial boot camp made sitting federal judges more conservative. **The Intercept**, New York, 23 out. 2018. Disponível em: https://theintercept.com/2018/10/23/federal-judiciary-henry-manne-law-economics/.

DIREITO e Economia. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/disciplina/direito-economia-1.

DIREITO e Economia: forças unidas para desenvolver o Brasil. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/pesquisa/centro-de-pesquisa-em-direito-e-economia.

ENM e FGV lançam curso de Introdução ao Direito e Economia para Magistrados. **Escola Nacional da Magistratura**, 2023. Disponível em: https://escoladamagistratura.amb.com.br/noticias/enm-e-fgv-lancam-curso-de-introducao-ao-direito-e-economia-para-magistrados?hs_amp=true.

EMERJ ABRE INSCRIÇÕES PARA O CURSO "PRAGMATISMO E ANÁLISE ECONÔMICA DO

DIREITO", DE COORDENAÇÃO DO EXCELENTÍSSIMO MINISTRO DO STF LUIZ FUX. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, 2023. Disponível em: https://site.emerj.jus.br/noticia/1473.

EPM inicia curso sobre análise econômica do processo civil. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 2022. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=85554.

ESMAPE tem curso com um dos cardeais da Análise Econômica do Direito. **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**, 2022. Disponível em: https://www.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/comunicacao/-/asset_publisher/HLaml59wsbjC/content/esmape-tem-curso-com-um-dos-cardeais-da-analise-economica-do-direito.

ESMESC promove semana de imersão sobre Análise Econômica do Direito. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, 2022. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/esmesc-promove-semana-de-imersao-sobre-analise-economica-do-direito.

ESPECIALISTAS abordam análise econômica do Direito durante seminário. **Conselho da Justiça Federal**, 2015. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2014/abril/especialistas-abordam-analise-economica-do-direito-durante-seminario.

ESPECIALIZAÇÃO em Análise Econômica do Direito. **Tribunal de Contas da União**, 2021. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/educacao-corporativa/pos-graduacao-e-pesquisa/cursos/especializacao-em-analise-economica-do-direito.htm.

EVENTOS. **Associação Brasileira de Direito e Economia**. Disponível em: https://abde.com.br/eventos//.

FINK, Eric M. Post-Realism, or the Jurisprudential Logic of Late Capitalism: A Socio-Legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics. **Hastings Law Journal**, San Francisco, vol. 55, n. 4, p. 931-964, 2004. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol55/iss4/3.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GLOECKNER, Ricardo J.; SILVEIRA, Felipe L. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1135-1174, set./dez. 2020. Disponível em: https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/421/269.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal II**: autoritarismo *cool* e economia política do processo penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Las reformas de los sistemas de justicia criminal latino-americanos: modelos acusatorios, racionalidad neoliberal? **Cadernos de Dereito Actual**, [*s. l.*], n. 20, p. 191-220, 2023. Disponível em: https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/945.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Neoliberalismo, a contrarrevolução permanente**: um Estado forte para uma economia livre. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.

INSTITUCIONAL. **Associação Brasileira de Direito e Economia**. Disponível em: https://abde.com.br/institucional/.

JAMES, William. **Pragmatism**: a new name for some old ways of thinking. New York: Longmans, Green and Co.: 1922.

JURISTAS aprofundam análise econômica do Direito sobre tributação e administração pública. **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/juristas-aprofundam-analise-economica-do-direito-sobre-tributacao-e-administracao-publica/.

KELEMEN, Daniel R; SIBBITT, Eric C. The globalization of american law. **International Organization**, Cambridge, v. 58. n. 1, p. 103-136, 2004. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3877890.

KLEMPERER, Victor. **LTI: linguagem do Terceiro Reich.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

KORNHAUSER, Lewis A. An economic perspective on stare decisis. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, vol. 65, n. 1, p. 63-92, 1989. Disponível em: https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/

viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2757&context=cklawreview.

LIPTAK, Adam. A Conservative Group's Closed-Door 'Training' of Judicial Clerks Draws Concern. **The New York Times**, New York, 18 out. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/10/18/us/politics/heritage-foundation-clerks-judges-training.html.

LIPTAK, Adam. An Exit Interview with Richard Posner, Judicial Provocateur. **The New York Times**, New York, 11 set. 2017. Disponível em: https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html.

MARTINS, Luísa; PERON, Isadora. Barroso inova e contrata economista para equipe no STF. **Valor econômico**, 2023. Disponível em: https://valor.globo.com/politica/noticia/2023/08/28/barroso-inova-e-contrata-economista-para-equipe-no-stf.ghtml.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o estado de direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

MBA: Juízes são capacitados em Análise Econômica. **Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso**, 2017. Disponível em: https://www.tjmt.jus.br/noticias/47651.

MUÑOZ, Daniel Palacios. Criminal procedure reform in Chile: new agents and the restructuring of a field. *In* DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. **Lawyers and the rule of law in an era of globalization**. Abingdon: Routledge, p. 112-122, 2011.

PARCEIROS. **Associação Brasileira de Direito e Economia**. Disponível em: https://abde.com.br/parceiros/.

PERSPECTIVAS da Análise Econômica do Direito no Brasil. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/conhecimento/perspectivas-da-analise-economica-do-direito-no-brasil.

POSNER, Richard A. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

PRIEST, George L. **The rise of law and economics**: an intellectual history. New York: Routledge, 2020.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise econômica do direito penal**: o crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da economia. Curitiba: Artelogy, 2021. Disponível em: https://www.ebelbattu.adv.br/wp-content/uploads/2021/07/RAMOS-Samuel-Ebel-Braga.-Analise-Economica-do-Direito-Penal-2021.pdf.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. 3. ed. São Paulo: Relume-Dumará, 1994.

RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, vol. 1, n. 1, p. 435-483, 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3009062.

SILVEIRA, André Bueno da. **Análise econômica do direito e teoria dos jogos**: consequencialismo nas decisões judiciais e a nota interpretação das consequências. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

SPENCER, Albert R. **American pragmatism**: an introduction. Cambridge: Polity Press, 2020.

TELES, Steven M. **The rise of the conservative legal movement**: the battle for control of the law. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; CAON, Guilherme Maines. Análise Econômica do Direito e o Supremo Tribunal Federal. **Jota**, 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/analise-economica-do-direito-e-o-supremo-tribunal-federal-25092020.

TIMM, Luciano Benetti. Prefácio. *In* CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2012. E-book Kindle.

TRF4 promove curso de análise econômica do Direito. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, 2015. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11084.

# ERRO DE IDENTIFICAÇÃO: ONDE ESTÁ A FALHA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL?

*ERROR OF IDENTIFICATION: WHERE IS THE FAILURE IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM?*

***Carlos Henrique Borlido Haddad***[1]

***Lucas de Josué Cunha Morais***[2]

**RESUMO:** O artigo busca analisar a incidência do erro de identificação nas revisões criminais julgadas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. De início, é apresentada a metodologia de coleta das 4.561 revisões criminais que compõem o banco de dados utilizado para o presente artigo. Em seguida, são apresentadas as peculiaridades de alguns dos julgados coletados com intuito de apontar como e em que momento procedimental ocorreu o erro de identificação. Depois discorre-se sobre cada um dos grupos de causas da identificação errônea, bem como as consequências decorrentes. Alude-se também a procedimentos de identificação existentes no ordenamento jurídico brasileiro e a relação que estabelecem com as revisões coletadas. Ao final, são apresentados instrumentos para redução da incidência do erro de identificação na área penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Erro de identificação; identificação criminal; revisão criminal; Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

**ABSTRACT:** The article seeks to analyze the incidence of misidentification in criminal reviews judged by the Court of Justice of Minas Gerais. At the beginning, the methodology for collecting the 4,561 criminal reviews that make up the database used for this article is presented. Then, the peculiarities of some of the judgments collected are showed in order to point out how and at what procedural moment the identification error occurred. Then, each of the groups of causes of misidentification is discussed, as well as the resulting consequences. Reference is also made to existing identification procedures in the Brazilian legal system and the relationship they establish with the reviews collected. At the end, instruments are presented to reduce the incidence of misidentification in the penal area.

**KEYWORDS:** Identification error; criminal identification; criminal review; Minas Gerais Court of Justice.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução; 2 Metodologia; 3 A incidência do erro de

1 Pós-doutor pela Universidade de Michigan (2015). Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG. Professor do Mestrado Profissional da ENFAM. Juiz Federal. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4401-3439

2 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2874-2201

identificação; 4 Os erros de identificação nos julgados coletados; 4.1 O irmão e autor do delito fez-se passar pela pessoa do peticionário; 4.1.1 Culpa no cartório; 4.1.2 Preso em flagrante; 4.2 O autor do delito e o peticionário são homônimos; 4.2.1 O poder da palavra; 4.3 O verdadeiro autor do delito fez-se passar pela pessoa do peticionário; 4.3.1 57 dias preso; 4.3.2 Impedido de votar; 5 Produção de provas e a revisão criminal; 6 Discussão; 7 Procedimentos adotados para constatação do erro de identificação; 8 Sistema de Informação Policial 2.0; 9 Sistemas AFIS e ABIS; 10 Conclusão; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

No Brasil, pululam casos em que se reconhece a aplicação equivocada do Direito Penal. Um exemplo recente - ao menos se tornou conhecido em razão da ampla divulgação pela imprensa - foi o do jardineiro Cícero José de Melo, que passou quase 16 anos em unidade prisional do estado do Ceará, apesar de não responder a nenhum processo criminal.[3]

Os erros judiciários podem ser compreendidos ao longo de um *continuum* de falhas do sistema de justiça, que vão desde pessoas que são falsamente acusadas, passando por aquelas condenadas e presas injustamente, até presidiários que são executados por engano,[4] nos países em que a pena de morte faz parte do rol de sanções admitidas. Embora não seja o caso de Cícero, a identificação do erro judiciário, em regra, faz-se pelo procedimento de revisão criminal, a partir do qual a decisão condenatória passada em julgado é novamente questionada, seja a partir de novas provas, seja em razão da atualização da interpretação do direito pelos tribunais, seja, por fim, pela possibilidade de não ter sido prestado, no julgamento anterior, a melhor jurisdição.[5]

A revisão criminal exige o cumprimento de requisitos formais para que o sentenciado possa ter seu pedido apreciado e efetivamente julgado. A ação conta com o *ius rescindens* e o *ius rescissorium*. O primeiro, ocorre quando o tribunal, depois de examinado o pedido de revisão diante dos elementos trazidos, desconstitui a coisa julgada. O segundo incide em seguida, quando, de acordo com o pedido, emite-se nova decisão, rejulgando a matéria.[6]

Além disso, o juízo de revisão envolve a certeza da existência de uma das hipóteses legais do pedido, previstas no art. 621 do Código de Processo Penal (CPP).

3 Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-abr-17/cnj-informacoes-homem-15-anos-preso-processo. Acesso em: 20/4/21.

4 POVEDA, Tony G. Estimating Wrongful Convictions. Justice Quarterly, n. 18, 2001, p. 690

5 LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 876

6 MALCHER, José Lisboa da Gama. Manual de processo penal brasileiro, v. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1980, p. 163-164

A insuficiência de prova e a dúvida não autorizam a revisão, tão pouco favorece ao requerente o princípio *in dubio pro reo,* nesse momento.[7] É preciso demonstrar a ocorrência de erro e incumbe ao sentenciado o ônus de provar o equívoco da decisão transitada em julgado.[8] Provar o erro judiciário é uma verdadeira batalha.[9]

No presente estudo, tenciona-se analisar os erros judiciários, a partir de processos de revisão criminal, que dizem respeito a erros de identificação do sentenciado. Por aqui, o exame do erro judiciário ainda engatinha, e os estudos costumam se limitar à análise dogmática da revisão criminal[10] ou da indenização a ele correspondente.[11]

Em regra, os erros de identificação são situações que se enquadram nos incisos II e III do artigo 621 do CPP, quando a sentença condenatória se funda em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos ou quando, após a sentença, descobrem-se novas provas da inocência do réu. No primeiro aspecto, Renato Brasileiro de Lima[12] define duas condições para o cabimento da ação, quais sejam: 1) que seja demonstrada a falsidade da prova; 2) que essa prova falsa constitua o único ou o principal fundamento da sentença condenatória ou absolutória imprópria passada em julgado. No segundo caso, Ada Pellegrini Grinover apresenta possibilidade interpretativa mais ampla do texto legal, em que a prova, já conhecida e apresentada no primeiro processo, e que chegou a ser apreciada pelo juiz, pode ser reexaminada como prova nova, com argumentação diversa da desenvolvida pela sentença, como, por exemplo, a reapreciação da prova em virtude de novos conhecimentos científicos.[13]

Os casos objeto de exame, em regra, redundaram em condenação errônea, em razão da apresentação de elementos juntados aos autos, atinentes ao erro de identificação, por culpa de terceiro. Citam-se como exemplos: apresentação de documento falso; apresentação de documento de terceiro; ou identificação verbal, durante algum ato da persecução penal, como se terceiro fosse. Os dados coleta-

7 MOSSIN, Heráclito Antonio. Comentários ao código de Processo Penal: á luz da doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2005, p. 1284

8 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 936

9 RYAN, Meghan J. ADAMS, John. Cultivating Judgement on the Tools of Wrongful Conviction. SMU Law Review, v. 68, n. 4, Fall 2015, p. 1075.

10 MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Revisão criminal. São Paulo: RT, 2000, 354 p.; OLIVEIRA JÚNIOR, Antonio Sydnei. Revisão criminal - novas reflexões. Curitiba: Juruá, 2009.

11 FRANCO, João Honório de Souza. Indenização do erro judiciário e prisão indevida. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da USP, 2012. Disponível em https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/pt-br.php. Acesso em: 16/06/22.

12 LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1909-1910.

13 GRINOVER, Ada Pellegrini. Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. – 4 ed. rev., ampl. e atual. com a reforma do Judiciário (Ec n. 45/2004) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 324.

dos de 4.561 revisões criminais ajuizadas perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e a análise que deles se fez servirá para mostrar o panorama desse específico erro judiciário.

Na primeira parte do artigo será apresentada a metodologia adotada para a coleta de dados. Na segunda, serão trazidas as ocorrências mais comuns relacionadas ao erro de identificação do acusado, ao passo que na terceira seção os erros principais serão examinados em maior detalhe. Segue-se a tentativa de apresentar medidas para reduzir - pois eliminar é impossível - o erro judiciário que se relaciona à equivocada identificação do réu. Ao final, apresenta-se a conclusão do estudo, com visão prospectiva.

## 2 Metodologia

Buscando extrair o máximo de informações sobre como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem decidindo ações de revisão criminal, foi realizada pesquisa sobre acórdãos que tiveram o julgamento conduzido no período de janeiro de 2012 a junho de 2020, pelos três grupos de câmaras criminais da corte. A área geográfica compreendeu o Estado de Minas Gerais indistintamente. O estabelecimento do marco temporal inicial em 2012 facilitou o acesso às decisões objeto de análise, haja vista que nem todos os acórdãos proferidos no início da década de 2000 foram identificados no site institucional do TJMG. O levantamento teve caráter censitário, englobando universo de 4.561 revisões criminais disponibilizadas no banco de dados. Não houve nenhum processo de aleatorização ou estratificação para definição de recorte amostral.

Considerando que o presente artigo visa a realizar diagnóstico sobre o acesso de sentenciados ao sistema de justiça para correção de erros judiciais, a metodologia utilizada foi exploratória descritiva com análise de natureza quantitativa e, em alguns aspectos, qualitativa das decisões judiciais. Os dados coletados nessa pesquisa empírica foram, em sua maioria, extraídos com o intuito de mostrar evidências de determinados fenômenos e de tendências de decisões judiciais. A investigação jurídico-diagnóstica ressaltou características, percepções e descrições, sem se preocupar com suas raízes explicativas em todos os aspectos.[14]

Inicialmente, foram selecionados 100 acórdãos para conseguir filtrar quais informações seriam mais importantes e viáveis de se obter por meio de extração de dados do site institucional do tribunal: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/. Não se consultaram autos físicos ou virtuais, pois a coleta de dados limitou-se aos acórdãos e movimentações processuais das revisões criminais, disponíveis na

14 NICÁCIO, Camila Silva Nicácio. DIAS, Maria Tereza Fonseca. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Repensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática (Coleção Manuais Universitários). Almedina Brasil, Kindle Edition, 2020, p. 84.

internet. Em seguida, foi elaborado formulário na plataforma *Google Forms*, com intuito de utilizá-lo para coletar e organizar os dados das ações. A ferramenta permitiu extrair dados objetivos e padronizados, pois os quesitos elaborados procuraram limitar as percepções subjetivas dos pesquisadores. O formulário foi elaborado contendo 19 itens, que, apesar de não esgotarem as informações passíveis de se extrair de cada acordão de revisão criminal, traziam os elementos necessários para o desenvolvimento do estudo. Os itens do formulário giram em torno de se saber, principalmente, a titularidade da ação revisional, o tipo de crime analisado, o fundamento do pedido, critérios de admissibilidade da revisão, o resultado do julgamento e, especialmente, o tipo de erro ocorrido, caso tenha sido reconhecido pelo tribunal.

Valendo do recurso de pesquisa avançada de jurisprudência do sistema, buscaram-se todos os acórdãos disponibilizados no banco de dados, que versavam sobre a classe Revisão Criminal. Foram separados, na busca, a data de julgamento e o grupo de câmaras criminais que julgava as revisões, de forma que se adicionou filtro entre o primeiro dia de janeiro até o dia 31 de dezembro de cada ano. Assim, com esta seleção, ganhou-se maior agilidade e organização na hora de se preencher os formulários.

Cada acórdão identificado na busca era lido em seu inteiro teor, a partir do que se preenchiam os campos do formulário. Ao final, a plataforma do *Google Forms* gerou planilha em Excel, com a organização de todos os dados coletados. A partir da planilha, trabalhou-se com cópias dela para poder catalogar os dados conforme os objetivos pretendidos, bem como para gerar gráficos para ilustrar as informações obtidas.

No exame de cada processo, além das informações padronizadas, os pesquisadores puderam colocar observações sobre cada ação. Em espaço próprio do formulário, foram relatadas as peculiaridades dos casos, situações que chamaram atenção e impressões pessoais. Essas informações foram fundamentais para a construção de alguns itens desse estudo, que apreciaram situações específicas e aprofundaram o exame de casos concretos. Apesar da grande dimensão e riqueza dos dados primários[15] que foram coletados pela pesquisa, bem como das reflexões que destes podem se obter, limitou-se o escopo do presente artigo à análise das questões atinentes ao erro de identificação do real autor do crime.

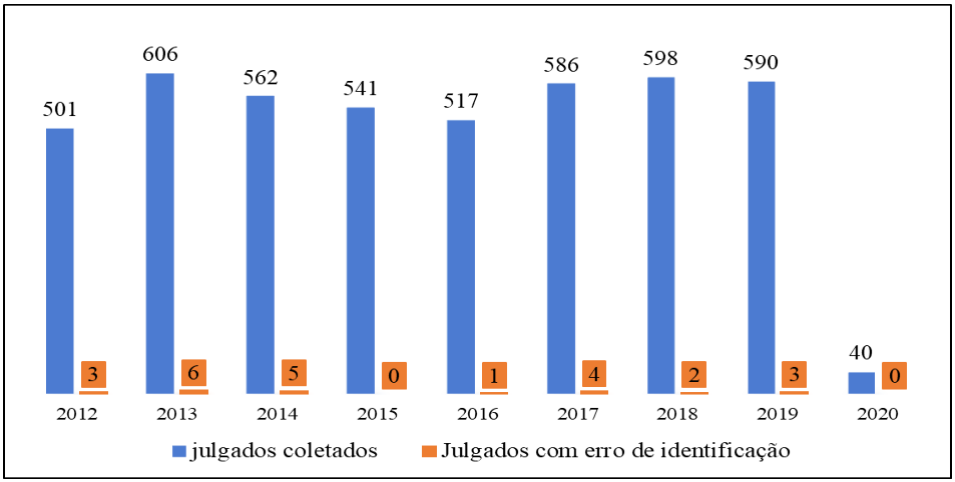
Exposta a metodologia utilizada, cumpre discorrer sobre a incidência do erro na identificação de réus nos julgados de revisão criminal das câmaras criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

15 Dados primários são aqueles levantados e trabalhados diretamente pelo pesquisador, sem qualquer intermediação de outros indivíduos (NICÁCIO, DIAS e GUSTIN, 2006. p. 92).

## 3 A incidência do erro de identificação

O gráfico a seguir mostra o número de julgados coletados e analisados por meio de revisões criminais, entre os anos de 2012 a 2020, com o apontamento do número de casos em que houve erro na identificação do autor da infração.

**GRÁFICO 1 - ERRO DE IDENTIFICAÇÃO EM RELAÇÃO AOS JULGADOS COLETADOS**

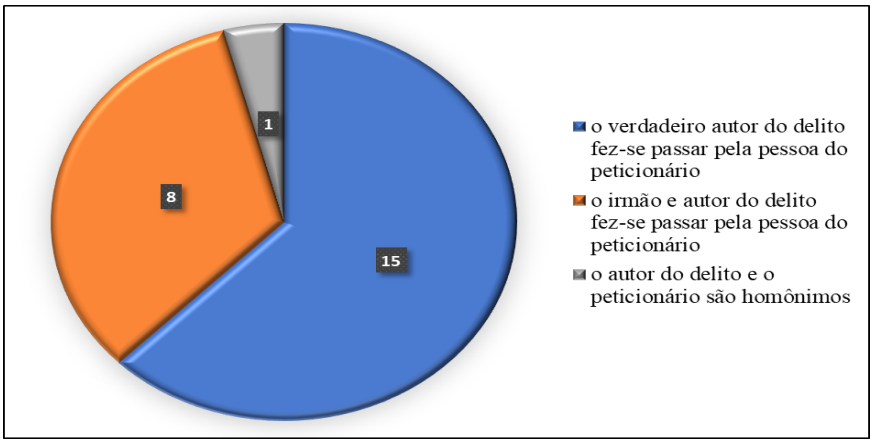



Fonte: elaborado pelos autores

Percebe-se a incidência de 24 casos de erro de identificação no período, uma média de aproximadamente 2,7 casos por ano. Ao se analisar os 24 processos, é possível categorizar os erros em três modalidades mais frequentes, sob a perspectiva do peticionário da revisão criminal: irmão que se fez passar pela pessoa do peticionário; terceiro que se fez passar pela pessoa do peticionário; e homônimo do peticionário. Os dois primeiros casos poderiam ser agrupados em única categoria, mas a frequência com que o autor da infração atribui falsamente ao irmão a responsabilidade penal justificou o enquadramento separado, tendo em vista o parentesco que os une e que não existe quando terceiro faz a falsa imputação.

O gráfico abaixo possibilita melhor visualização das causas que deram ensejo aos erros na identificação nas revisões criminais coletadas.

GRÁFICO 2 - CAUSAS DO ERRO DE IDENTIFICAÇÃO




Fonte: elaborado pelos autores

A seguir são apresentados cada grupo e as causas do erro de identificação, como também as peculiaridades e consequências dele decorrentes.

## 4 Os erros de identificação nos julgados coletados

Como antes visto, as causas do erro de identificação dividem-se em três grupos: o irmão e autor do delito fez-se passar pela pessoa do peticionário; o autor do delito e o peticionário são homônimos; e o verdadeiro autor do delito fez-se passar pela pessoa do peticionário. Cada uma dessas causas será ilustrada com específicos casos, a partir dos quais se tenta identificar como o erro ocorreu e em que medida poderia ser evitado.

### 4.1 O irmão e autor do delito fez-se passar pela pessoa do peticionário

Esse tipo de erro de identificação ocorreu em oito processos coletados[16]. Apesar da causa comum, tanto a narrativa fática quanto as decisões em cada um

16 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.10.056479-8/000, Relator: Des. Nelson Missias de Morais, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/02/2012, publicação da súmula em 29/02/2012. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.021792-9/000, Relator: Des. Alberto Deodato Neto, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 17/06/2019, publicação da súmula em 17/06/2019. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.14.031129-1/000, Relator: Nelson Missias de Morais, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.081026-2/000, Relator: Jaubert Carneiro Jaques, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 10/06/2013, publicação da súmula em 21/06/2013. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.026282-7/000, Relator: Wanderley Paiva, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 21/08/2017, publicação da súmula em 25/08/2017. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.17.087260-0/000, Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/04/2018, publicação da súmula em 11/04/2018. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.062526-1/000, Relatora: Des.(a) Denise Pinho da Costa Val, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 11/06/2019, publicação da súmula em 28/06/2019.

dos casos mostram-se de forma diversa. Desse modo, para melhor apreensão da relação entre essa causa e o erro de identificação, vale relatar alguns pedidos de revisão coletados.

### 4.1.1 Culpa no cartório

No processo 1.0000.18.062526-1/000[17], o irmão fez-se passar pelo peticionário, valendo-se de documentos deste, quando da prisão em flagrante pelo cometimento do delito previsto no artigo 157, § 2º, c/c artigo 71, ambos do Código Penal. Houve conversão da prisão em preventiva e, logo em seguida, o autor do crime foi solto. Após ser posto em liberdade, o autor do delito firmou declaração pública no 2º Tabelionato de Uberlândia/MG, declarando-se responsável por todas as "celeumas processuais que envolveram o Revisionando" e isentando seu irmão de participação no delito de roubo, assumindo a autoria do crime, bem como que se fez passar pelo agora peticionário. Esse documento foi apresentado no pedido revisional, porém o relator entendeu que essa declaração não possui valor probatório suficiente para desconstituir a condenação, dada a necessidade de que a prova seja produzida judicialmente, com a participação do Ministério Público. Em consequência disso, entendeu não ser possível o deferimento da ação revisional, uma vez que o pedido não se amolda a nenhuma das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal. Por fim, completou sua argumentação afirmando que, em caso de surgimento de novas provas, cabe ao revisionando proceder à justificação judicial antes de ingressar com a revisão criminal, com aplicação analógica dos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil, que dispõem sobre a produção antecipada de provas, haja vista que na revisão criminal não é admissível a dilação probatória.

### 4.1.2 Preso em flagrante

O peticionário W. C. A. foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, do CP, e art. 33, c/c art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06, à pena de 12 anos, 7 meses e 20 dias de reclusão, e propôs a ação de revisão criminal n. 1.0000.18.021792-9/000[18]. Alegou que o real autor dos fatos criminosos é o seu irmão, A. C. A, o qual se apresentou-se como W. C. A. Informou que foi preso em flagrante no dia 10/10/17, pelo crime de receptação, o que reforça o erro na identificação do autor dos crimes de roubo e tráfico, pois não teria como estar preso e ao mesmo tempo

TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.009992-2/000, Relator: Des. Eduardo Brum, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 02/07/2013, publicação da súmula em 19/07/2013.

17 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.062526-1/000, Relatora: Des.(a) Denise Pinho da Costa Val, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 11/06/2019, publicação da súmula em 28/06/2019.

18 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.021792-9/000, Relator: Des. Alberto Deodato Neto, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 17/06/2019, publicação da súmula em 17/06/2019.

ser preso em flagrante por outro crime praticado fora do estabelecimento penal. Enfatizou que permanece preso indevidamente em razão das condenações pelos crimes praticados por seu irmão, que constituíram impedimento à sua soltura no processo de receptação. Por tais razões, requereu sua absolvição, tornando-se sem efeito a sentença condenatória, bem como a fixação de indenização em decorrência do erro judiciário.

O pedido revisional não foi conhecido, contudo, em habeas corpus de ofício, o desembargador relator determinou o cancelamento de todos os registros em nome de W. C. A. decorrentes das sentenças condenatórias proferidas nos autos dos processos criminais n. 0049215-70.2016.8.13.0672 e n. 0166647-13.2016.8.13.0672, originários, respectivamente, da 2ª Vara Criminal e da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sete Lagoas/MG, em especial a exclusão de seu nome do rol dos culpados e o restabelecimento de seus direitos políticos, devendo ser instaurado o procedimento previsto no art. 259 do Código de Processo Penal, visando à alteração do nome do verdadeiro acusado.

O relator também determinou que o magistrado responsável pelo processo n. 0235879-78.2017.8.13.0672, que apura o crime de receptação efetivamente praticado por W. C. A., fosse oficiado para que tome ciência dos fatos. Por fim, determinou a expedição de alvará de soltura em favor do peticionário.

### 4.2 O autor do delito e o peticionário são homônimos

Dos julgados coletados, outra causa do erro de identificação deve-se ao fato de o autor do delito e o peticionário serem homônimos. A seguir, serão apresentadas as peculiaridades que compõem o único caso encontrado, em que essa situação se verificou.

#### 4.2.1 O poder da palavra

Na revisão de número 1.0000.16.029144-9/000[19], o verdadeiro autor do delito, quando de sua prisão em flagrante, apresentou verbalmente o nome do ora peticionário, mas data de nascimento e naturalidade diversas. O próprio magistrado de primeiro grau registrou nos autos de origem que não havia nenhum documento de identidade do sentenciado. Mesmo diante desse cenário, o peticionário foi processado e condenado.

No voto referente à revisão ajuizada, o relator registrou que as fotos do prontuário do autuado em flagrante e da carteira de identidade do peticionário

19 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.16.029144-9/000, Relator: Des. Flávio Leite, 3º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 21/11/2016, publicação da súmula em 25/11/2016.

permitem concluir que se trata, de fato, de pessoas completamente distintas. Além disso, carreou-se aos autos o laudo de avaliação para pessoa portadora de deficiência, no qual a Previdência Social atestou, em 29/2/96, que T. P. L., cujos demais dados de qualificação são idênticos aos apontados na exordial, apresenta sequela de paralisia cerebral com quadro de paraplegia e é incapaz de deambular. Ocorre que o crime pelo qual o peticionário foi condenado teria sido cometido em 10/2/11, ocasião em que o agente teria arrombado a porta de uma loja, subtraído diversas mercadorias, agredido um vigilante e fugido correndo na posse dos bens.

### 4.3 O verdadeiro autor do delito fez-se passar pela pessoa do peticionário

O último grupo de causas do erro de identificação nos julgados coletados é o fato de o verdadeiro autor do delito se fazer passar pela pessoa do peticionário. Essa causa possui maior incidência nos julgados coletados, pois aparecem em 15 das 24 revisões criminais, conforme gráfico apresentado anteriormente. Nesse sentido, é válido detalhar alguns casos que compõem esse grupo.

#### 4.3.1 57 dias preso

Na revisão criminal de número n. 1.0000.12.078458-2/000[20], o peticionário descobriu, ao ser abordado em *blitz* realizada pela Polícia Federal, que havia sido contra ele expedido mandado de prisão, em razão de ter sido condenado nas sanções do art. 157, §2º, I e II do Código Penal, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 20 dias-multa. Ele foi então conduzido a delegacia local, onde ficou preso por 57 dias até a expedição de alvará de soltura pelo juízo da Comarca de Poços de Caldas, perante o qual tramitou a justificação criminal. A realização desse procedimento foi essencial para instrução da revisão, pois, juntamente com outros elementos dos autos, possibilitou que o erro de identificação fosse constatado. Contudo, o pleito revisional não foi conhecido, em razão da ilegitimidade da parte.

Não obstante, foi expedido *habeas corpus* de ofício com ordem para determinar o recolhimento definitivo do mandado de prisão expedido em desfavor do peticionário, bem como para ordenar o cancelamento de todos os registros decorrentes da r. sentença proferida nos autos nº 0518.02.016.256-7, originário da 1ª Vara Criminal da Comarca de Poços de Caldas, em especial a exclusão nome dele do rol dos culpados e o restabelecimento de seus direitos políticos.

20 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.078458-2/000, Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/12/2013, publicação da súmula em 24/01/2014.

### 4.3.2 Impedido de votar

Na revisão criminal n. 1.0000.12.108280-4/000[21], o peticionário teve condenação proferida em seu desfavor pela suposta prática do delito previsto no art. 171, *caput*, por duas vezes, e art. 171, caput, c/c o art. 14, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal, em que se impôs a ele pena de 3 anos de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 21 dias-multa, no valor mínimo.

O peticionário compareceu à seção eleitoral de sua cidade para e, para sua surpresa, foi impedido de exercer o sufrágio universal em função do cancelamento do seu título, motivado por condenação em processo criminal. Como sequer sabia que foi processado criminalmente, requisitou informações mais precisas, tendo sido informado que sobreveio condenação na cidade de Bocaiúva/MG. Por informações colhidas no processo criminal, ficou ciente de que a pessoa que se apresentara com o seu nome foi condenada por estelionato, tendo, inclusive, sido presa pelo período de 6 meses nesta comarca. O peticionário também apresentou cópias de registros policiais noticiando que ele havia perdido seus documentos pessoais por duas vezes.

O verdadeiro autor do delito no momento da prisão apresentou vários documentos de pessoas diversas, mas "disse" que seu nome era A.M.S.M, ou seja, o nome do peticionário. Para além disso, durante as investigações, registrou-se no boletim de ocorrência que o estelionatário não possuía documento de identidade e que, ao ser inquirido acerca do nome da mãe, revelou chamar-se "M.C.S.M", não revelando o nome do pai. Porém, o peticionário tem como genitores T.C.S.M e J.F.M. No auto de prisão em flagrante, o falsário alegou que já fora processado e condenado por tentativa de homicídio, tendo inclusive, cumprido pena de um ano de reclusão em 1988, fato que não foi comprovado na folha de antecedentes do peticionário.

## 5 Produção de provas e a revisão criminal

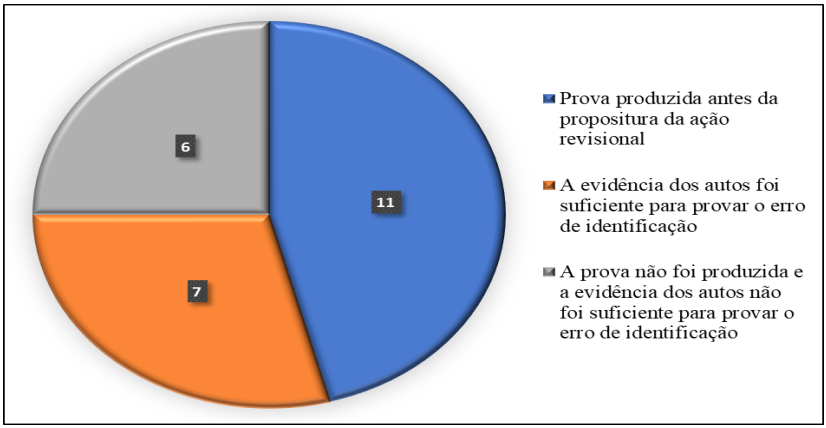
Na revisão criminal de número 1.0000.10.000412-6/000[22], em que o verdadeiro autor do delito se valeu de documento de identidade que o peticionário havia perdido há alguns anos, o relator determinou que este fosse submetido à identificação criminal, bem como fosse realizado exame grafotécnico da sua assinatura e daquela lançada no auto de prisão em flagrante delito. Decisões como essa são exceção na revisão criminal.

21 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.108280-4/000, Relator: Des. Rubens Gabriel Soares, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 12/08/2013, publicação da súmula em 30/08/2013.

22 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.10.000412-6/000, Relator: Des. Júlio Cezar Guttierrez, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 07/05/2013, publicação da súmula em 24/05/2013.

A representação gráfica a seguir demonstra a relação entre a produção de provas e o pedido revisional nos julgados coletados.

**GRÁFICO 3 - PRODUÇÃO DE PROVAS**




Fonte: elaborado pelos autores

Observa-se que das 24 revisões analisadas, em sete[23] a própria evidência dos autos foi suficiente para provar o erro de identificação. Das outras 17 revisões, em 11[24] a prova foi produzida anteriormente à interposição do pedido (prova pré-

23 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.16.081025-5/000, Relator: Des. Paulo Cézar Dias, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 10/07/2017, publicação da súmula em 14/07/2017. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.10.049393-1/000, Relator: Des. José Antonino Baía Borges, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 12/11/2012, publicação da súmula em 30/11/2012. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.10.056479-8/000, Relator: Des. Nelson Missias de Morais, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/02/2012, publicação da súmula em 29/02/2012. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.16.068781-0/000, Relator: Des. Nelson Missias de Morais, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 11/12/2017, publicação da súmula em 15/12/2017. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.16.029144-9/000, Relator: Des. Flávio Leite, 3º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 21/11/2016, publicação da súmula em 25/11/2016. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.16.068833-9/000, Relator: Des. Jayme Silvestre Corrêa Camargo, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 05/09/2017, publicação da súmula em 11/09/2017. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.17.087260-0/000, Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/04/2018, publicação da súmula em 11/04/2018.

24 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.094813-6/000, Relator: Des. Paulo Cézar Dias, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 12/08/2014, publicação da súmula em 22/08/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.09.492616-9/000, Relatora: Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/02/2012, publicação da súmula em 29/02/2012. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.021792-9/000, Relator: Des. Alberto Deodato Neto, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 17/06/2019, publicação da súmula em 17/06/2019. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.14.031129-1/000, Relator: Nelson Missias de Morais, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.078458-2/000, Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/12/2013, publicação da súmula em 24/01/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.108280-4/000, Relator: Des. Rubens Gabriel Soares, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 12/08/2013, publicação da súmula em 30/08/2013. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.081026-2/000, Relator: Jaubert Carneiro Jaques, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 10/06/2013, publicação da súmula em 21/06/2013. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.065176-5/000, Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 08/04/2013, publicação da súmula em 03/05/2013. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.011461-4/000, Relator: Des. Júlio César Lorens, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 05/11/2013, publicação da súmula em 22/11/2013. TJMG - Revisão Criminal

-constituída). Nos outros seis pedidos de revisão[25], o peticionário não produziu a prova previamente. Esse valor em porcentagem é de 25%, ou seja, a cada quatro pedidos em um não houve produção de prova, a qual é essencial para solução do pedido. Dentre as justificativas para essa alta incidência, parece que a mais plausível é a falta de conhecimento dos representantes legalmente constituídos e/ou dos próprios peticionários sobre a necessidade de que as provas sejam produzidas anteriormente à interposição do pedido de revisão criminal. Em todas as revisões mencionadas ou havia defensor constituído ou não se mencionou que a ação foi ajuizada pelo próprio sentenciado.

Diante desse cenário, é importante tecer algumas considerações sobre a produção de provas para a revisão criminal. Nesse sentido, dos seis processos em que não houve prévia produção de provas, em três[26] o representante do Ministério Público requereu diligências de natureza probatória antes da análise do mérito do pedido; em um caso,[27] o próprio relator determinou que fosse realizado procedimento probatório; em outra revisão,[28] o pedido foi acompanhado de requerimento de realização de perícia, mas foi negado sob o argumento de que, na revisão criminal não há fase instrutória; na última das revisões[29] que compõem o grupo em análise, além de não ter sido produzida previamente, sequer foi requerida alguma medida instrutória.

Na revisão de número 1.0000.10.056479-8/000[30], o peticionário apresentou provas de que seu irmão, e verdadeiro autor do delito, confessou a prática crimino-

1.0000.13.034947-5/000, Relator: Des. Alberto Deodato Maia Barreto Neto, 3º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 17/02/2014, publicação da súmula em 14/03/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.048856-1/000, Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 17/12/2018, publicação da súmula em 17/12/2018.

25 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.062526-1/000, Relatora: Des.(a) Denise Pinho da Costa Val, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 11/06/2019, publicação da súmula em 28/06/2019. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.009992-2/000, Relator: Des. Eduardo Brum, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 02/07/2013, publicação da súmula em 19/07/2013. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.11.063113-2/000, Relator: Des. Catta Preta, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/01/2014, publicação da súmula em 15/01/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.10.000412-6/000, Relator: Des. Júlio Cezar Guttierrez, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 07/05/2013, publicação da súmula em 24/05/2013. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.004084-2/000, Relatora: Des.(a) Márcia Milanez, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/07/2019, publicação da súmula em 11/07/2019. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.026282-7/000, Relator: Wanderley Paiva, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 21/08/2017, publicação da súmula em 25/08/2017.

26 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.11.063113-2/000, Relator: Des. Catta Preta, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/01/2014, publicação da súmula em 15/01/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.004084-2/000, Relatora: Des.(a) Márcia Milanez, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/07/2019, publicação da súmula em 11/07/2019. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.026282-7/000, Relator: Wanderley Paiva, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 21/08/2017, publicação da súmula em 25/08/2017.

27 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.10.000412-6/000, Relator: Des. Júlio Cezar Guttierrez, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 07/05/2013, publicação da súmula em 24/05/2013.

28 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.009992-2/000, Relator: Des. Eduardo Brum, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 02/07/2013, publicação da súmula em 19/07/2013.

29 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.062526-1/000, Relatora: Des.(a) Denise Pinho da Costa Val, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 11/06/2019, publicação da súmula em 28/06/2019.

30 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.10.056479-8/000, Relator: Des. Nelson Missias de Morais, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/02/2012, publicação da súmula em 29/02/2012.

sa, mas essa declaração foi aceita por ter sido produzida conforme o procedimento legal – justificação judicial com a participação do Ministério Público. No processo n. 1.0000.14.031129-1/000[31], por sua vez, o erro foi verificado após a realização de laudo de perícia papiloscópica pelo Instituto Nacional de Identificação, tendo sido solicitado antes do trânsito em julgado. O laudo foi finalizado depois da decisão condenatória irrecorrível e, por esse motivo, apresentado apenas em sede de revisão criminal. Já nos processos n. 1.0000.12.081026-2/000 e n. 1.0000.13.026282-7/000, os respectivos erros quanto à identificação foram provados por meio de exame grafotécnico.

## 6 Discussão

Do que foi apresentado até aqui, há alguns pontos que merecem maior reflexão. Nesse sentido, infere-se que, além da mitigação das consequências exoprocessuais, a produção da prova anteriormente à impetração da revisão criminal é pressuposto para análise do mérito, ou seja, não sendo realizada, não é conhecido o pedido revisional. A solução adotada pelo tribunal mineiro em todos os processos coletados em que ocorreu a apresentação da prova do erro, foi a alteração da qualificação do erroneamente acusado, na forma do artigo 259 do Código de Processo Penal[32], por meio de *habeas corpus* concedido de ofício, dado o disposto no parágrafo segundo do artigo 654 do Código de Processo Penal[33]. Assim, o tribunal determina que o juízo de primeira instância retifique o prontuário criminal do peticionário, bem como os dados da autuação nos autos originais, as informações contidas no SISCOM (Sistema de Informatização das Comarcas), CAC (Certidão de Antecedentes Criminais) e FAC (Folha de Antecedentes Criminais), além de excluir o nome do peticionário do rol dos culpados e restabelecer seus direitos políticos.

Sobre essa solução jurídica adotada pelos Tribunais, cabe destacar o entendimento de Guilherme de Souza Nucci: "se a ação penal é sempre movida contra pessoa certa, ainda que duvidosos os seus dados de qualificação (nome, filiação, profissão, endereço etc.), pode-se retificar ou incluir tais elementos, em qualquer momento processual, inclusive se já tiver havido condenação e estiver o feito em plena execução da pena. Por outro lado, é possível que o réu apresente documentos de outra pessoa, passando-se por quem efetivamente não é. Tal conduta não

31 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.14.031129-1/000, Relator: Nelson Missias de Morais, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014.

32 Art. 259. A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.

33 Art. 654§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

é suficiente para anular a instrução ou a condenação, bastando que o juiz, descoberta a verdadeira qualificação, determine a correção nos autos e no distribuidor, comunicando-se ao Instituto de Identificação." [34]

Outro ponto importante que merece destaque é a ciência do magistrado quanto à ocorrência de falha na identificação no processo 1.0000.16.029144-9/000[35]. Dentre as providências que poderiam ter sido tomadas, cita-se, como exemplo sugestivo, a determinação de elaboração da perícia grafotécnica, o reconhecimento fotográfico e testemunhal. Procedimentos esses que poderiam ser suficientes para que o erro convalidado pelo magistrado não continuasse a perpetuar efeitos. Suficiência essa demonstrada na análise do pedido revisional, dado que as fotografias do prontuário do autuado foram comparadas com as características fisionómicas do peticionário e levaram os desembargadores a concluir que se tratava de pessoas diversas, ou seja, reconheceram a ocorrência do erro de identificação por meio de procedimento de simples realização e que deveria ter sido adotado anteriormente.

Dentre as justificativas para que sejam adotados procedimentos que impedem a incidência do erro de identificação, pode-se suscitar a celeridade processual, dado que, quanto mais breve seja reconhecido o erro, menos desdobramentos processuais seriam necessários até o seu devido reconhecimento; a retribuição da confiança social depositada no sistema de justiça; e, principalmente, as consequências físicas, psicológicas, morais e financeiras causadas à vítima da identificação falsa, além dos custos decorrentes da manutenção de processo eivado de erro. No entanto, não se deve olvidar o outro lado dessa moeda, o custo para realização desses procedimentos de identificação em todo e qualquer processo criminal.

A análise de todos esses fatores vai variar caso a caso e se deve ter em consideração o fator econômico, mas sem deixar de consideração os direitos e garantias individuais, é claro. No entanto, é necessária ponderação desses elementos. Há de se pensar em mecanismos/padrões que consigam associar esses elementos da forma mais equilibrada possível, pois nem sempre os procedimentos elencados na lei de identificação criminal serão a melhor medida. Exemplo disso é o ocorrido na revisão criminal n. 1.0000.12.108280-4/000[36], na qual a simples identificação verbal foi acolhida como verdadeira sem nenhuma contestação, apesar de se tratar de estelionatário que portava vários documentos de pessoas diversas, que estava sem seu documento de identificação e que tinha folha de antecedentes repleta de incongruências, inclusive em relação ao nome da mãe. A simples verificação dessas

34 NUCCI, 2016, p. 51.

35 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.16.029144-9/000, Relator: Des. Flávio Leite, 3º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 21/11/2016, publicação da súmula em 25/11/2016.

36 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.108280-4/000, Relator: Des. Rubens Gabriel Soares, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 12/08/2013, publicação da súmula em 30/08/2013.

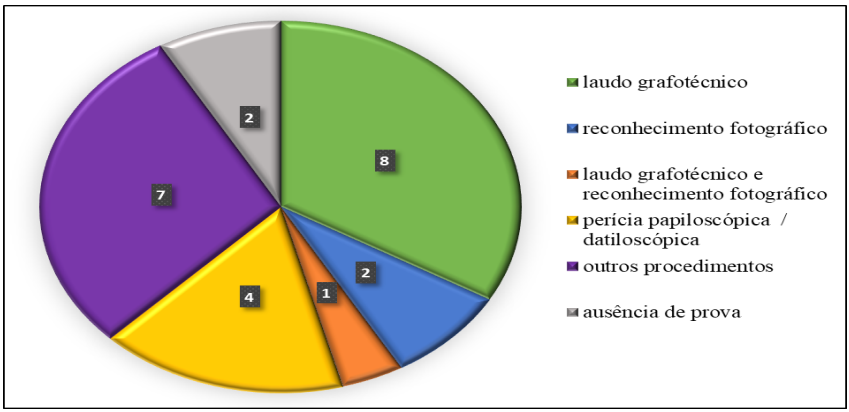
informações serviria para identificar corretamente o agente, sem necessidade da adoção de procedimentos mais complexos, burocráticos e onerosos.

Dada a importância dos procedimentos adotados para constatação do erro de identificação nos julgados coletados, faz-se oportuno dissertar sobre assunto no tópico a seguir.

## 7 Procedimentos adotados para constatação do erro de identificação

O gráfico a seguir demonstra quais foram os procedimentos adotados nos 24 processos de revisão criminal coletados:

**GRÁFICO 4 - PROCEDIMENTOS ADOTADOS PARA CONSTATAÇÃO DO ERRO DE IDENTIFICAÇÃO**




Fonte: elaborado pelo autor

Depreende-se do gráfico apresentado que das 24 revisões coletadas, em três[37] o reconhecimento fotográfico foi utilizado como meio para comprovação do erro, e em quatro casos[38] a ocorrência da identificação errônea foi constatada por meio de laudo datiloscópico/papiloscópico. Isso significa que, em aproximadamente

37 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.078458-2/000, Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/04/2018, publicação da súmula em 11/04/2018. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.10.049393-1/000, Relator: Des. José Antonino Baía Borges, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 12/11/2012, publicação da súmula em 30/11/2012. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.09.492616-9/000, Relatora: Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/02/2012, publicação da súmula em 29/02/2012.

38 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.021792-9/000, Relator: Des. Alberto Deodato Neto, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 17/06/2019, publicação da súmula em 17/06/2019.TJMG - Revisão Criminal 1.0000.14.031129-1/000, Relator: Nelson Missias de Morais, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.034947-5/000, Relator: Des. Alberto Deodato Maia Barreto Neto, 3º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 17/02/2014, publicação da súmula em 14/03/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.065176-5/000, Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 08/04/2013, publicação da súmula em 03/05/2013.

30% dos casos coletados, esses procedimentos foram essenciais para verificação do erro de identificação. Não por coincidência, o artigo 5º da Lei n. 12.037/09 prevê o uso desses procedimentos para a identificação criminal, os quais, apesar de não serem obrigatórios, são de suma importância para verificação do erro.

A importância dos procedimentos previstos na lei de identificação criminal restou, inclusive, apontada pelo relator da revisão criminal n. 1.0000.17.087260-0/000[39], nos seguintes termos: "Com efeito, inexistindo nos autos documento comprobatório da identificação do réu (Carteira de Identidade, Carteira de Motorista; Carteira de Trabalho; Passaporte, etc), o Delegado de Polícia e também o Magistrado deveriam requerer a identificação criminal do mesmo."

No caso, o peticionário foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 155, § 4º, I e IV, do Código Penal, às penas de 2 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de 12 dias-multa. Contudo, o verdadeiro autor do delito era irmão do peticionário. Este, quando preso em flagrante, identificou-se verbalmente como sendo aquele. Realizada a audiência de instrução e julgamento, ele novamente identificou-se como sendo o irmão no momento do interrogatório, sem que lhe tenha sido exigida a apresentação de documento comprobatório da alegação. Ao final, o réu foi condenado e, diante de seu desaparecimento, a pena restritiva de direito foi convertida em pena privativa de liberdade, expedindo-se mandado de prisão em desfavor do condenado, ora peticionário.

Para além da repreensão realizada pelo relator, destaca-se que o uso de procedimentos de identificação pode ser suficiente para que consequências maiores não aconteçam, como exemplos: a privação de liberdade por 57 dias do peticionário da revisão criminal de n. 1.0000.12.078458-2/000[40]; o cancelamento do título de eleitor[41], e o ocorrido com o peticionário da revisão criminal n. 1.0000.16.068781-0/000[42], que chegou a ser preso, além de os autos do processo terem sido utilizados como material didático em instituição de ensino superior, o que pode inclusive ter repercussão na honra do peticionário.

O fator "antecipação" durante a feitura - na primeira oportunidade possível - é essencial para que o erro de identificação seja descoberto em vez de convalidado com o transcurso das diligências do inquérito e do processo. Como exemplo do

39 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.078458-2/000, Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/04/2018, publicação da súmula em 11/04/2018.

40 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.078458-2/000, Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/12/2013, publicação da súmula em 24/01/2014.

41 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.108280 4/000, Relator: Des. Rubens Gabriel Soares, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 12/08/2013, publicação da súmula em 30/08/2013.

42 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.16.068781-0/000, Relator: Des. Nelson Missias de Morais, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 11/12/2017, publicação da súmula em 15/12/2017.

afirmado, na revisão criminal de número 1.0000.14.031129-1/000[43], o peticionário foi condenado, equivocadamente, a 4 anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal, tendo apenas sido cientificado da condenação ao tentar renovar o título de eleitor. A causa do erro foi o fornecimento de seus dados pessoais pelo irmão, que não portava documento de identificação no momento em que foi preso em flagrante. Assim, apesar de o peticionário realizar a solicitação de laudo de perícia papiloscópica pelo Instituto Nacional de Identificação, o resultado do exame técnico somente ocorreu após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Caso esse procedimento, previsto na Lei de Identificação Criminal, tivesse sido realizado na primeira oportunidade possível, no momento da prisão do autor, por exemplo, talvez as consequências que atingiram o peticionário poderiam ter sido evitadas.

Outro caso que corrobora o afirmado é o que compõe a revisão criminal n. 1.0000.09.492616-9/000[44], em que o peticionário foi erroneamente condenado como incurso no artigo 155, § 4º, IV, do Código Penal, recebendo a pena de 7 anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado. O verdadeiro autor do delito fez-se passar pela pessoa do peticionário no momento da prisão, na qual não apresentou nenhum documento. Em sede de justificação judicial não foi possível a realização do exame grafotécnico requerido pela defesa do peticionário, sob o argumento de que, consoante atestado pelas peritas, o padrão gráfico do real autor do delito foi colhido em lapso temporal superior ao admitido pela Ciência Documentoscópica. Além disso, não foi possível a colheita contemporânea do aludido padrão gráfico, pois o verdadeiro autor do delito encontrava-se foragido. Cumpre ressaltar que, apesar disso, a comprovação do erro foi possível graças à realização da oitiva das testemunhas e reconhecimento fotográfico em sede de justificação judicial.

É compreensível afirmar que a realização dos procedimentos de identificação previstos na Lei 12.037/09 evidencia a importância que eles possuem para se evitar ou para demonstrar o erro de identificação, ressaltando-se que a "antecipação" deve ser aliada inseparável. Assim, as consequências do erro podem ser evitadas, extintas ou, no mínimo, mitigadas, como também porque a realização em momento posterior talvez não seja mais possível pelas próprias circunstâncias do caso concreto.

Para além dos mencionados procedimentos, outro que se destaca no grupo de casos é o exame grafotécnico. Ele se baseia na análise de assinaturas e foi

43 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.14.031129-1/000, Relator: Nelson Missias de Morais, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014.

44 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.09.492616-9/000, Relatora: Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/02/2012, publicação da súmula em 29/02/2012.

realizado em 9[45] das 24 revisões criminais coletadas para identificação do erro, ou seja, 37,5% dos casos. Números que por si só já ressaltam a importância desse procedimento.

No entanto, apesar da importância que possui, deveria ser utilizado de forma subsidiária, como segundo filtro e quando necessário. Isso se explica porque se exige lapso de tempo maior para a sua elaboração e é preciso que o erro já tenha ocorrido, pois só é possível realizar a perícia grafotécnica quando o réu tomar ciência do erro e apresentar padrões que serão examinados. A perícia grafotécnica não impede a incidência do erro e, por vezes, o resultado, dependendo das circunstâncias do caso, pode ser inconclusivo. Como exemplo dessa última hipótese, cita-se a revisão criminal n. 1.0000.12.078458-2/000[46], na qual a perícia confrontou a assinatura do peticionário com a do real autor da infração, mas o resultado foi inconclusivo.

As críticas aos meios de prova que possibilitam encontrar o erro de identificação não visam à pretensiosa e até mesmo utópica construção de alternativas infalíveis. Discorrer sobre eles e as limitações que possuem tem como objetivo a utilização desses meios de forma otimizada. Tenciona-se que sejam utilizados de forma conjunta e/ou ordenada com a pretensão de atingir a otimização da finalidade pretendida, qual seja, impedir a incidência do erro de identificação de forma mais antecipada possível, com vistas ainda a que o procedimento seja menos dispendioso e, consequentemente, com menos repercussões negativas aos vitimados pelo erro.

Sob essa ótica, serão apresentados a seguir outros instrumentos importantes que podem ser utilizados para impedir a ocorrência do erro de identificação.

## 8 Sistema de Informação Policial 2.0

O Sistema de Informação Policial 2.0 (SIP 2.0), disponível à Polícia Civil em todo território nacional, é baseado no fornecimento a seus usuários do registro

45 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.004084-2/000, Relatora: Des.(a) Márcia Milanez, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/07/2019, publicação da súmula em 11/07/2019. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.026282-7/000, Relator: Wanderley Paiva, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 21/08/2017, publicação da súmula em 25/08/2017. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.18.048856-1/000, Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 17/12/2018, publicação da súmula em 17/12/2018. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.011461-4/000, Relator: Des. Júlio César Lorens, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 05/11/2013, publicação da súmula em 22/11/2013. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.10.000412-6/000, Relator: Des. Júlio Cezar Guttierrez, 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 07/05/2013, publicação da súmula em 24/05/2013. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.11.063113-2/000, Relator: Des. Catta Preta, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 13/01/2014, publicação da súmula em 15/01/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.081026-2/000, Relator: Jaubert Carneiro Jaques, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 10/06/2013, publicação da súmula em 21/06/2013. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.078458-2/000, Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/12/2013, publicação da súmula em 24/01/2014. TJMG - Revisão Criminal 1.0000.13.094813-6/000, Relator: Des. Paulo Cézar Dias, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 12/08/2014, publicação da súmula em 22/08/2014.

46 TJMG - Revisão Criminal 1.0000.12.078458-2/000, Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 09/12/2013, publicação da súmula em 24/01/2014.

de todas as informações referentes aos procedimentos policiais: características da ocorrência, dados das pessoas envolvidas, objetos apreendidos, entre outros. Ele possibilita a confecção de BO´s (Boletim de Ocorrência), TCO´s (Termo Circunstanciado de Ocorrência), inquéritos e atos infracionais, acrescidos da impressão dos documentos a eles relacionados. Além disso, o SIP permite a inclusão de mandados e documentos advindos da Justiça, os quais são encaminhados para a Delegacia Especializada de Capturas, responsável pelo controle dessas informações e do cadastro das prisões, o que permite o lançamento como mandados existentes no banco de dados. [47]

Em suma, o SIP 2.0 possibilita o controle do registro e acompanhamento de ocorrências policiais com a emissão online dos boletins de ocorrências; gere o acervo estatístico sobre criminalidade e sua característica; lida com a padronização de procedimentos realizados nas delegacias policiais, a democratização no acesso às informações pelas unidades policiais e, principalmente, com procedimentos que auxiliam na identificação dos conduzidos e que podem evitar erros. Para alcançar essa finalidade, são utilizados recursos automatizados de investigação por diversos caminhos complementares para geração de lista de suspeitos, acesso a dados de identificação como fotografias, impressões digitais por meio de terminais de computador e acesso aos arquivos de ocorrências e de identificação criminal.

Algumas funcionalidades que guardam relevância com a temática do presente texto e que merecem destaque são: a consulta integrada, que recebe como parâmetro principal de entrada o nome do agente e realiza pesquisa fonética no banco de dados, retornando resumo de todos os envolvimentos do infrator, mandados, documentos, prisões e procedimentos policiais; o álbum eletrônico de fotos, que permite a realização de consulta pelo nome do infrator e suas característica físicas; e a inclusão dos dados referentes ao cadastro da identificação criminal de infratores que passam pelo Instituto de Identificação.

Como é possível observar, as funções desse sistema são de complexidade suficiente para impedir ou reduzir a ocorrência de erros de identificação. Contudo, cabe ressaltar que o SIP 2.0 não é solução para todos os males. A duplicidade ou a ausência de registro no sistema são algumas das falhas que podem ocorrer, dentre outras questões estruturais das delegacias.[48]

Além do sistema mencionado, há dois outros que também merecem destaque, dada a pertinência que possuem com o erro de identificação. São eles: o

47 Disponível em: http://www.dhnet.org.br/redebrasil/executivo/nacional/s_arq_cap5.htm. Acesso em: 10/3/22.

48 Entrevista realizada com a Delegada da Polícia Civil de Minas Gerais Carolina Máximo Alves em 3/5/21.

Sistema de Identificação Automatizada de Impressões Digitais (AFIS) e a Solução Automatizada de Identificação Biométrica (ABIS).

## 9 Sistemas AFIS e ABIS

Atualmente, a Polícia Federal utiliza o sistema AFIS (*Automated Fingerprint Identification System* - Sistema de Identificação Automatizada de Impressões Digitais). Essa tecnologia, desenvolvida pelo F.B.I. (*Federal Bureau of Investigation*), foi amplamente propagada pelo mundo e introduzida no Brasil no final de 1979.[49] Seu funcionamento baseia-se na comparação de impressões digitais coletadas, completas ou em fragmentos, com as previamente arquivadas no banco de dados do sistema por meio de algoritmos. Em 5 de julho de 2021, a Polícia Federal assinou contrato para aquisição do sistema ABIS (*Automated Biometric Identification System* - Solução Automatizada de Identificação Biométrica), que permitirá realizar a identificação de pessoas, bem como o armazenamento biométrico de dados dos cidadãos.

O sistema ABIS entrou em funcionamento com banco de dados com cerca de 22 milhões de cadastros constantes do AFIS, o qual será substituído por aquele. O novo sistema oferece, com exatidão, cruzamento de dados, consultas de impressões digitais e até mesmo reconhecimento facial. A estimativa é de que o ABIS armazene 50,2 milhões de cadastros únicos em 48 meses, mas essa capacidade pode ser expandida para identificar os dados de até 200 milhões de brasileiros.[50]

É possível afirmar que essa nova tecnologia poderá ser suficiente para solucionar as diversas consequências decorrentes do erro de identificação, na medida em que fornece meios para identificar o quanto antes as pessoas a que se imputam a prática de crime. No entanto, o desafio inicial consiste no preenchimento do banco de dados que integra o sistema, como também o acesso de forma ampla a essa tecnologia, pois ainda é direcionado exclusivamente para uso da Polícia Federal. Além disso, o custo é outro obstáculo que deve ser considerado.

De qualquer forma, há ponto comum a todos os meios possíveis para constatação do erro de identificação: a efetiva utilização. Todos esses instrumentos e outras medidas mais simples são importantes para impedir a incidência do erro de identificação, mas se percebe que o fator mais importante é a utilização dos instrumentos disponíveis. Assim, espera-se que, além do aprimoramento dos mecanismos existentes e o investimento em novas tecnologias, a realização da identi-

49 Disponível em: http://www.papiloscopia.com.br/monografia.html. Acesso em: 19/3/22.

50 Disponível em: https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/07/policia-federal-implementa-nova-solucao-automatizada-de-identificacao-biometrica. Acesso em: 19/3/22.

ficação conforme os parâmetros legais seja cada dia mais presente para que o erro de identificação se faça cada vez mais ausente.

Não obstante os mecanismos listados, deve-se ponderar acerca dos custos de sua utilização em todo e qualquer processo criminal. Alternativa viável seria estabelecer medidas de identificação mais simples e menos onerosas, como por exemplo: o questionamento dos dados que compõe o documento de identificação (nome dos genitores, data de nascimento, naturalidade etc) apresentado durante a abordagem policial;[51] a conferência dos dados que compõem o SIP 2.0; a exigência do documento de identificação durante as audiências e quando não apresentado, que se proceda a averiguação dos dados informados com os que estão presente nos autos (fotos, data de nascimento etc). Todas essas providências podem ser suficientes para reduzir a incidência do erro. Em suma, há de pensar em padrões de identificação que sejam menos onerosos, mais simples e céleres.

## 10 Conclusão

Valendo-se da narrativa dos casos que compõem as revisões criminais coletadas, foi possível observar como o erro de identificação incide nos processos que tramitaram nos últimos anos perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Constatou-se que as causas que dão ensejo ao erro dividem-se em três grupos: i) o irmão e autor do delito faz-se passar pela pessoa do peticionário; ii) o autor do delito e o peticionário são homônimos; e iii) o verdadeiro autor do delito faz-se passar pela pessoa do peticionário. Realizada a representação gráfica desse agrupamento, verificou-se que a causa mais presente foi o fato de o verdadeiro autor do delito passar-se pela pessoa do peticionário, em 15 das 24 revisões. Contudo, chama a atenção a informação de que em oito dos 24 processos analisados, o autor da infração atribuiu a si a identidade do próprio irmão no momento da identificação.

Outro ponto importante refere-se à prévia produção probatória, isto é, a construção da prova antes do ajuizamento da ação de revisão criminal. Foi possível constatar que em 25% dos casos não há a produção de elemento probante, nem havia nos autos prova suficiente para constatação do erro e isso, conforme apresentado, amplia as consequências decorrentes do erro, na medida em que, no mínimo, posterga a solução do caso.

Foi destacada a importância dos procedimentos de identificação, principalmente aqueles que estão presentes na Lei de identificação criminal (Lei n. 12.037/09), os quais foram responsáveis pela descoberta de metade dos erros de identificação ocorridos. Também foram apresentados outros mecanismos, que

51 Essa medida talvez não seja muito útil nos casos em que um irmão se vale do nome de outro para eximir-se de responsabilidade penal.

possuem a tecnologia como aliada, e que são muito importantes para a correta e precoce identificação.

Por fim, parece que o maior problema no tocante ao erro de identificação é a falta de utilização dos instrumentos disponíveis para evitar que inocentes respondam por atos ilícitos que não praticaram. Essa ausência tem como um elemento essencial a crença de que, por ter sido a identificação civil, não se faz necessária a identificação criminal. A conclusão a que se chega é que boa parte das identificações errôneas ocorridas, ou até mesmo todas, poderiam ter sido evitadas se as prescrições legais tivessem sido observadas. Assim, a consciência sobre as graves consequências do erro de identificação é um dos caminhos possíveis na busca de se diminuir ao máximo a incidência do problema, mas há de levar em consideração também a necessidade de maior rigor nos procedimentos de identificação civil.

## Referências bibliográficas

FRANCO, João Honório de Souza. *Indenização do erro judiciário e prisão indevida*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da USP, 2012. Disponível em https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/pt-br.php. Acesso em: 16/06/22.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. – 4 ed. rev., ampl. e atual. com a reforma do Judiciário (Ec n. 45/2004) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de *Manual de processo penal: volume único* – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MALCHER, José Lisboa da Gama. *Manual de processo penal brasileiro*, v. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1980.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. São Paulo: RT, 2000, 354 p.

MOSSIN, Heráclito Antonio. *Comentários ao código de Processo Penal:* á *luz da doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2005.

NICÁCIO, Camila Silva Nicácio. DIAS, Maria Tereza Fonseca. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Repensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e* Prática (Coleção Manuais Universitários). Almedina Brasil, Kindle Edition, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado* – 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, Antonio Sydnei. *Revisão criminal - novas reflexões*. Curitiba: Juruá, 2009.

POVEDA, Tony G. Estimating Wrongful Convictions. *Justice Quarterly*, n. 18, 2001.

RYAN, Meghan J. ADAMS, John. Cultivating Judgement on the Tools of Wrongful Conviction. *SMU Law Review*, v. 68, n. 4, Fall 2015.

# O TRATAMENTO PENAL À LAVAGEM DE CAPITAIS NA OPERAÇÃO LAVA-JATO E SUA SOBREPOSIÇÃO AO CRIME DE CORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE DAS SENTENÇAS PROFERIDAS PELO JUIZ SÉRGIO MORO NA 13ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE CURITIBA-PR

*THE CRIMINAL JUSTICE RESPONSE TO MONEY LAUNDERING IN CAR WASH OPERATION AND ITS OVERLAP WITH CORRUPTION: AN ANALYSIS OF THE SENTENCES HANDED DOWN BY JUDGE SÉRGIO MORO AT THE 13TH FEDERAL CRIMINAL COURT OF CURITIBA-PR*

***Tarsila Fonseca Tojal***[1]

***Luciano Anderson de Souza***[2]

**RESUMO:** O trabalho examina o processo de aplicação da norma penal, que deve respeitar o princípio da motivação das decisões judiciais. Analisa-se uma hipótese particularmente desafiadora à atividade jurisdicional: o julgamento de acusações simultâneas pelos crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção na Operação Lava-Jato brasileira, nos casos em que os supostos atos de encobrimento teriam sido utilizados como *meio* para a entrega de vantagem indevida a funcionários públicos. O recorte de pesquisa adotado são as decisões exaradas pelo então juiz federal Sérgio Moro sobre o tema, enquanto julgava casos da Operação Lava-Jato na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba (PR). Após a introdução do problema, o artigo traz considerações sobre a racionalidade jurisdicional. Em seguida, trata mais detidamente do crime de lavagem de dinheiro, contextualizando a preocupação a respeito da matéria e trazendo uma perspectiva em direito comparado. Nesse ponto, demonstram-se os desafios relacionados à compreensão de todas as nuances do delito. Por fim, o trabalho realiza uma análise crítica das decisões.

**PALAVRAS CHAVES:** Operação Lava-Jato; lavagem de dinheiro; corrupção; atividade jurisdicional; sobreposição normativa

**ABSTRACT**: This work examines the process of applying the criminal

1 Mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2022). Graduada em Direito pela mesma instituição (2017) e pós-graduada pela Universidade de Salamanca (Espanha) em matéria de corrupção, delinquência organizada e terrorismo. Foi pesquisadora-bolsista do Programa de Educação Tutorial (PET) da Secretaria de Ensino Superior do Ministério da Educação (SESu/MEC) entre 2014 e 2016, estudante intercambista na Universidade de Tübingen (Alemanha) entre 2016 e 2017 e Monitora do Programa de Aperfeiçoamento de Ensino (PAE) do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo entre 2019 e 2021. Atuou como Assessora da Presidência do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em 2022. É advogada criminalista e Coordenadora Adjunta da Revista de Direito Penal Econômico e Compliance (RDPec).

2 Professor Associado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docente, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca, Espanha.

law, which must respect the principle of motivated reasoning. Here is presented a particularly challenging case study: the trial of simultaneous accusations for the crimes of money laundering and corruption in the Brazilian Car Wash Operation, in cases in which the alleged acts of cover-up would have been used as a method for delivering bribes to public officials. Our framework is based on the sentences handed down by the then federal judge Sérgio Moro on the subject, at the 13th Federal Criminal Court of Curitiba (PR). After the Introduction, the work discusses jurisdictional rationality and its challenges, especially concerning the crime of money laundering not only in Brazil but also in a comparative law perspective. Finally, the study carries out a critical analysis of the decisions.

**KEYWORDS:** Car Wash Operation; money laundry; corruption; jurisdictional activity; normative overlap

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Racionalidade jurisdicional na aplicação da norma penal; 3 Considerações gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro, aspectos do direito comparado e desafios a superar; 4 Análise do entendimento jurisprudencial na Operação Lava-Jato: 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba (PR)**;** 4.1 Metodologia da pesquisa jurisprudencial; 4.2 Análise das sentenças; 4.2.1 Adaptação do crime antecedente pela flexibilização do conceito de proveniência; 4.2.2 Referência à dinâmica de kick-back; 4.2.3 Mudança de entendimento para que o crime antecedente possa ser simultâneo à lavagem; 5 Conclusão; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

Deflagrada em 2014, no Brasil, a Operação Lava-Jato trouxe ao conhecimento público expressivo e bilionário esquema criminoso envolvendo dirigentes da empresa estatal Petrobrás, agentes públicos, empresários e doleiros. O conjunto de investigações, apesar de ter sido divulgado genericamente como um movimento de "combate à corrupção"[3], abarcou uma série de outros delitos também pertinentes à dita "criminalidade dos poderosos"[4], tais como organização criminosa, fraude à licitação, gestão fraudulenta, evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

A operação teve como objeto uma realidade altamente complexa e intrincada: seus personagens pertenciam aos mais diversos setores de empresas públicas e privadas e a consumação de cada prática delitiva foi fragmentada em diversas etapas e indivíduos intermediários. Esse cenário figurou como um dos principais obstáculos a serem contornados pelo aparato de persecução penal, pois confron-

3 Acerca do movimento político-legislativo identificado com tal bandeira, cf. SOUZA, Luciano Anderson. *Crimes contra a administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 29.

4 A expressão é utilizada por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

tava toda uma tradição jurídico-penal escorada sobre bases intuitivas, para a qual o crime, enquanto *malum in se*, é atribuível àquele que voluntariamente lhe deu causa e aferido dentro de relações causais bem delimitadas.

Ao longo da Operação Lava-Jato, observou-se um descompasso entre as exigências das políticas de enfrentamento da "criminalidade dos poderosos" e os diversos paradigmas da teoria clássica do Direito Penal, entre os quais a atribuição de responsabilidade individual, a tutela de bens jurídicos e o apego às relações de causalidade e às regras de imputação. Nem mesmo as regras restritivas de interpretação dos tipos penais, orientadas pelo princípio da subsidiariedade, pareciam se alinhar à amplitude exigida pelos novos tipos penais.

Era nítida a necessidade de repensar determinadas estratégias de persecução para conferir maior efetividade à intervenção penal – com o aprimoramento da cooperação jurídica internacional, por exemplo. Porém, a estratégia adotada pelas instâncias de controle foi ainda mais radical: em nome da punição "exemplar"[5], houve o progressivo desapego aos pressupostos de legitimação do Direito Penal.

A despeito dos propósitos legítimos das investigações – isto é, coibir práticas delitivas que haviam se tornado corriqueiras na Petrobrás –, foi possível constatar a conversão da Operação em um espetáculo punitivista, marcado de forma maniqueísta por personagens heróis e vilões, pela ampla cobertura midiática[6], pela banalização e abuso no manejo de medidas cautelares[7], pela parcialidade judicial[8], pela multiplicação de colaborações premiadas inidôneas (mas tratadas com alto valor probatório)[9] e, enfim, pela mitigação do princípio da legalidade penal na aplicação normativa, que é objeto deste trabalho.

O artigo, nesse contexto, analisará um aspecto específico da Operação Lava-Jato: a interpretação dada ao crime de lavagem de capitais nas sentenças pro-

5 A título ilustrativo, confira-se a notícia veiculada pela *Revista Conjur*: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-17/presidente-oab-cobra-punicao-exemplar-envolvidos-corrupcao>; <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/02/nova-etapa-da-operacao-lava-jato-movimenta-o-meio-politico.html>. Ambos com acesso em 15 fev. 2024.

6 No ano de 2017, auge da Operação, o *site* de um dos principais periódicos do Brasil, a Revista Veja, continha um atalho para pesquisas relacionadas ao tema "Lava Jato", curiosamente ao lado do atalho referente ao campeonato latino-americano anual de futebol. A informação estava disponível em <http://veja.abril.com.br/>, acessado em 12 mar. de 2017. Em 15 de fevereiro de 2024, a interface do *site* já havia mudado.

7 Confira-se a decisão de 27 abr. 2022 do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas que concluiu, entre outras questões, (*i*) pela parcialidade do então juiz federal Sérgio Moro nas ações penais envolvendo o então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva na Operação Lava-Jato e (*ii*) pela ilegalidade e arbitrariedade da interceptação dos telefones ligados aos advogados de Lula e de ligação entre Lula e a ex-presidente Dilma Rousseff fora do período autorizado, bem como pela ilicitude da divulgação do conteúdo do material interceptado, em consonância com o que o Supremo Tribunal Federal do Brasil também já havia decidido..

8 Por exemplo, no caso tratado na nota de rodapé anterior.

9 O que levou a uma série de arquivamentos pelos tribunais superiores brasileiros. O jornal Estado de São Paulo, um dos maiores do Brasil chegou a realizar um levantamento, pelo qual concluiu que o "*Supremo já arquivou 2/3 da delação da Odebrecht*", conforme notícia publicada em 25.8.19. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/stf-ja-arquivou-23-da-delacao-da-odebrecht/>. Acesso em 15 fev. 2024.

feridas pelo então juiz Sérgio Moro, em especial quando a prática desse delito consistia – conforme reconhecido pelo próprio magistrado – no *modus operandi* para a entrega de vantagens indevidas a agentes políticos.

Há dois motivos para este recorte.

De um lado, o juiz. Sérgio Moro atuou no Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba (PR), o epicentro da Operação Lava-Jato, desde a deflagração das primeiras investigações até o ano de 2018. Mais do que um magistrado, Sérgio Moro foi um dos protagonistas da Operação. Inicialmente, ele chegou a ser retratado como "juiz-herói" pelos principais meios de comunicação brasileiros, como se personificasse o combate à impunidade[10]. Com o tempo, porém, Sérgio Moro tornou-se uma figura cada vez mais controversa, em razão de diversos excessos cometidos na condução dos processos e em prejuízo dos acusados[11]. Seu desvinculamento da Operação, inclusive, decorreu da nomeação para ser Ministro da Justiça pelo Presidente de extrema direita Jair Bolsonaro, opositor direto do então (e atual) Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, um dos presos por Sérgio Moro na Operação Lava-Jato (mas cujas condenações foram posteriormente anuladas)[12].

Além de haver um número delimitado de sentenças proferidas por Sérgio Moro, o que auxilia o processo de análise, suas decisões ilustram o punitivismo penal que orientou a Operação Lava-Jato sobretudo em seus primeiros cinco anos. Por meio desses documentos, é possível examinar quais os *standards* argumentativos foram tidos como suficientes para punir os denunciados e confrontá-los com os pressupostos exigidos pelo Estado Democrático de Direito.

De outro lado, a partir dessas decisões, pretende-se examinar o tratamento dado à lavagem de dinheiro no Brasil, inclusive em comparação a outros países.

A Operação Lava-Jato replicou uma fórmula frequente dos tribunais brasileiros: utilizar-se da lavagem de dinheiro como uma espécie de "tipo-coringa" no

10 A Revista Veja, por exemplo, divulgou a reportagem "*13 de março* [de 2016]*: juiz Moro, o herói dos protestos pelo país*". Cf. <https://veja.abril.com.br/brasil/13-de-marco-juiz-moro-o-heroi-dos-protestos-pelo-pais/>. Acesso em 15 fev. 2024. No início e no auge da Operação Lava-Jato, a imagem do então juiz estampou a capa da revista com as chamadas "*Ele salvou o ano!*", na retrospectiva de 2015, e "*O juiz Moro vê mais longe*", de 1º maio de 2017. Na edição de 10 de maio de 2017, a Revista Veja deu destaque ao "*Primeiro encontro cara a cara Moro X Lula*", ilustrando o então juiz e então ex-presidente em uma espécie de ringue de luta-livre, endossando um discurso bélico e maniqueísta. Cf., sobre o tema, PRADO, Gustavo dos Santos. "*A personificação do herói*": As representações de Sérgio Moro nas capas das revistas *Veja*, *IstoÉ* e Época. Trabalho apresentado na DT 8 – Estudos Interdisciplinares da Comunicação do XIX Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul, realizado de 31 de maio a 2 de junho de 2018. Disponível em <https://www.portalintercom.org.br/anais/sul2018/resumos/R60-0513-1.pdf>. Acesso em 15 fev. 2024.

11 Retome-se a decisão do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas mencionada na nota de rodapé n.º 7.

12 Cf, por exemplo, <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464261>. Acesso em 15 fev. 2024.

tratamento da criminalidade econômica[13]. Trata-se da flexibilização dogmática do tipo, para que possa ser aplicado às mais variadas hipóteses e, assim, justificar os interesses persecutórios de uma política-criminal punitivista (e punitivista *a todo custo*).

Entre essas estratégias, identifica-se uma conveniente abstração do bem jurídico-penal, que passou a se ver contemplado por toda sorte de interesses, no lugar de conferir substrato material da intervenção punitiva do Estado. Ainda, frequentemente se procede à descontextualização da autonomia científica concedida à lavagem de dinheiro em relação à conduta delitiva anterior, o que proporcionou a formulação de verdadeiras vendas-casadas no âmbito da incidência delitiva - sobretudo quando a lavagem é tratada como um meio para a consumação do crime de corrupção.

Justamente pelo crime de lavagem de capitais estar mais permeável a pretensões utilitaristas[14], emerge com mais força a necessidade de resgatar a atuação racional e, consequentemente, motivada dos magistrados na aplicação da norma penal. É o que se pretende analisar em relação às sentenças proferidas por Sérgio Moro, dispensando-se especial atenção aos casos em que o então juiz discorreu sobre a possibilidade de sobreposição entre crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção.

## 2 Racionalidade jurisdicional na aplicação da norma penal

A racionalidade jurisdicional possui um papel imprescindível diante do crescente protagonismo da figura dos juízes. Se, em um primeiro momento, o modelo de Separação de Poderes visava conter e neutralizar a atuação jurisdicional, a atual tendência da organização do Estado pende para um centralismo judiciário[15] combinado com o fenômeno da administrativização do próprio comando normativo, quando a inovação do ordenamento advém de atos regulamentares próprios do Poder Executivo (e não do Poder Legislativo).

A crescente complexidade das relações sociais contemporâneas tende a ser acompanhada por um sistema normativo com disposições progressivamente mais abstratas, que compelem o Judiciário a agir como partícipe do processo normativo e, no limite, definir seu conteúdo. Ganha-se, de um lado, na medida em que não é mais possível ao legislador prever de maneira exaustiva a conflituosidade social.

13 TOJAL, Tarsila Fonseca. *Corrupção e princípio de* ne bis in idem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, pp. 195-211.

14 Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 230 e ss.

15 Um "governo dei giudici" ou "juristocracy", conforme MANES, Vittorio. Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica" (versão revista). Apresentado na convenção *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, Consiglio Nazionale Forense, Roma, 13.10.2017, p 2.

Porém, a judicialização da política legislativa estabelece um novo padrão de racionalidade, em que impera a lógica dos resultados, agravada quando deságua em um ativismo judicial. Ou seja, a criação de normas ampliativas e recorrentemente dependentes de referenciais normativos confere uma maior liberdade – e discricionariedade – a seu intérprete e aplicador, o que torna ainda mais urgente a discussão acerca de *qual* racionalidade deve orientar o desempenho de suas funções[16].

Em especial no âmbito penal, Vittorio Manes[17] sublinha a progressiva mitigação do próprio conceito de "*tipo penal*" diante da valorização do "*precedente*", fruto da criação jurisprudencial. Somada à progressiva abertura normativa dos tipos penais, a atividade interpretativa dos magistrados ganha um cunho fortemente político, mais próximo a um ato de vontade. Nesse contexto, o grande desafio lançado ao Judiciário é o de – em meio a tanto espaço para a discricionariedade – conferir a suas decisões a racionalidade necessária para as inserir em um contexto democrático e, portanto, refratário ao subjetivismo jurídico.

Mas, note-se, não se pretende aqui oferecer propostas para impermeabilizar a atividade jurisprudencial de qualquer indício de parcialidade[18]. Afinal, não seria realista pretender excluir por completo a intromissão da subjetividade no âmbito da interpretação e aplicação da norma jurídica. Esse sonho positivista, que fez pensar o juiz como a boca da lei, agindo de forma totalmente desinteressada, não encontra mais guarida na atualidade. Bem ao revés, é mais proveitoso que essa variável incômoda – mas reconhecidamente inafastável – seja considerada para que, a partir dela, se desenvolva um método que verdadeiramente busque potencializar a racionalidade e objetividade nas decisões judiciais[19].

Virgílio Afonso da Silva, consciente de que a imparcialidade absoluta do magistrado não passa de uma utopia – apesar de, como toda utopia, não poder deixar de ser perseguida –, refuta a ideia de que a objetividade seja sinônimo de inequivocidade na apresentação de uma resposta. No lugar, o autor propõe que essa mesma objetividade decorra de um ônus *argumentativo* a ser contraído pelo intérprete da norma[20]. Não obstante o raciocínio do autor se refira ao sopesamento

16 Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. *In*: TEIXEIRA, Adriano (coord.). *Direito penal, racionalidade e dogmática:* sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. São Paulo: Marcial Pons, pp. 87-93, 2018, p. 89; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal*: principios y desafíos del derecho penal de hoy. Madrid: Iustel, 2012, pp. 159-161.

17 MANES, Vittorio. Dalla "fattispecie" al "precedente"..., cit., p. 4.

18 SOUZA. Luciano Anderson de; TOJAL, Tarsila Fonseca. Os desafios na interpretação e aplicação do direito penal brasileiro atual. *Revista de Estudos Criminais*, n. 86, p. 129-147, jul.-set. 2022.

19 Cf. MANES, Vittorio. Dalla "fattispecie" al..., cit., pp. 4-9.

20 SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *In:* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs). *Direito e interpretação - Racionalidades e instituições.* São Paulo:Saraiva, 2011, p. 366-367.

de direitos fundamentais, pode-se facilmente transferi-lo para o emprego da dogmática jurídica em qualquer decisão judicial.

Manes, tratando especificamente da aplicação do Direito Penal, ressalta o dever dos magistrados de prestar contas acerca de suas decisões, afastando-as de um viés meramente volitivo e conferindo-lhes uma legitimidade advinda de pressupostos concretos. Propõe, então, o obedecimento de regras hermenêuticas que levem em consideração o caráter subsidiário do Direito Penal e que permitam maior *accountability* em relação aos julgados, embasadas em um modelo *deontológico e prescritivo da interpretação.*

Assim, o sentido *literal* do tipo penal ganha um papel de destaque na atividade interpretativa, na medida em que cria um primeiro obstáculo a limitar a criatividade exacerbada do juiz[21]. Nesse sentido, nas hipóteses em que a norma confira maior margem interpretativa, será a interpretação mais restritiva (taxativa) e antianalógica que revelará a honestidade intelectual do operador do direito[22].

Já nos casos mais complexos, em que a redação ambígua do tipo se torna, por si só, um empecilho à sua compreensão, de certa forma exigindo uma complementação jurisprudencial, a interpretação mais adequada será aquela "taxativisante" e "tipificante", que implique maior grau de determinação do "*perímetro de tipicidade em uma perspectiva constitucionalmente compatível*"[23] e que confira à aplicação da lei penal maior previsibilidade. Não estaria dotada de graus mínimos de legitimidade, portanto, a decisão que lançasse mão uma interpretação normativa que não pudesse ser facilmente auferida *ex ante* pelo cidadão médio. Quando referida à norma penal, mesmo a interpretação "tipificante" não pode olvidar os princípios da ofensividade e da proporcionalidade, capazes de trazer balizas hermenêuticas indispensáveis para que o caráter subsidiário do Direito Penal não seja distorcido pelo seu intérprete[24].

Estabelecidos os pressupostos metodológicos para uma jurisprudência que se pretenda racional e, portanto, menos dependente da atitude interessada de quem a formula, ainda que isso seja inevitável, restaria verificar de que forma as sentenças emanadas por Sérgio Moro no contexto da Operação Lava-Jato, atendem a essa legítima exigência: se dialogam com a dogmática jurídica, respeitando sua densidade para fundamentar os entendimentos judiciais diante da exigência de *accountability* ou se, ao contrário, dela se socorrem apenas e tão somente como recurso retórico, para conferir ares de imparcialidade a deliberações arbitrárias.

21 MANES, Vittorio. Dalla "fattispecie" al "precedente"..., cit., p. 5.

22 MANES, Vittorio. Dalla "fattispecie" al "precedente".*D*.., cit., p. 4-5.

23 Tradução livre de "[*Un precisazione] del perimetro di tipicità in una prospettiva costituzionalmente compatibile*" *in* MANES, Vittorio. Dalla "fattispecie" al "precedente"..., cit., p. 9.

24 MANES, Vittorio. Dalla "fattispecie" al "precedente"..., cit., p. 4.

## 3 Considerações gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro, aspectos do direito comparado e desafios a superar

Como se adiantou, a Operação Lava-Jato escancara uma conjuntura jurídica extremamente desafiadora, pois trata de crimes inseridos em um cenário de expansão do direito penal, mas disponibiliza aos operadores do Direito apenas os instrumentos da teoria do delito clássica, desenvolvida historicamente com vistas a delitos violentos, de dano e com sujeitos e núcleos verbais autoexplicativos e bem delineados. O crime de lavagem de capitais é exemplo desse impasse.

A partir do final da década de 1980, o movimento antilavagem tornou-se uma das principais pautas político-criminais da agenda de governança transnacional. A criminalização generalizada da lavagem de dinheiro foi uma reação à insurgência de uma delinquência socioeconômica, internacional e organizada, com contornos cada vez mais complexos, que ganhava espaço no contexto de globalização e de integração supranacional[25]. Da mesma forma que a dinâmica dessa criminalidade envolvia a movimentação de vultosas cifras, a técnica de *follow de money*, no âmbito da persecução penal, seria uma alternativa para mitigar o lucro de grupos criminosos e estancar sua fonte de renda, além de detectar seus operadores[26].

Inicialmente, o enfrentamento da lavagem de dinheiro esteve relacionado à preocupação estadunidense quanto à vertente financeira do tráfico de entorpecentes, o que levou à inclusão de dispositivos sobre o tema na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, em Viena. Por sua vez, em 1989, o G7 procedeu à criação do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF)[27], órgão intergovernamental inicialmente voltado a "*examinar e desenvolver medidas de combate à lavagem de dinheiro*", mas cujo escopo de atuação foi progressivamente ampliado ao longo dos anos[28].

Esses foram os primeiros passos para a consolidação de um discurso antilavagem na comunidade internacional, que chegou a mobilizar estratégias de

25 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do…*, cit., pp. 102-104.

26 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia. *In:* RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (coord). *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 323-352, pp. 324-325; ALTENHAIN, Karsten. § 261 Geldwäsche, Verschleierung unrechtmaßig erlangter Vermögenswerte. *In:* KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (orgs.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch.* Baden-Baden: Nomos, 2005, v. 2, pp. 4.501-4.553, p. 4.508.

27 ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe*: criminalization and crime control in international relations. New York: Oxford University Press. 2008, p. 43-53.

28 Conforme o sítio eletrônico do Ministério da Fazenda brasileiro, hoje "*são objetivos do GAFI a proteção do sistema financeiro e da economia em geral contra ameaças de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo e da proliferação das armas de destruição em massa, através do desenvolvimento e da promoção de padrões internacionais de prevenção à lavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo (PLD/FT)*". Disponível em <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/cidadao/pldftp/o-grupo-de-acao-financeira-gafi-fatf>. Acesso em 15 fev. 2024.

enfrentamento em diversos níveis, não circunscritos à esfera penal[29], inclusive no que diz respeito à promoção da cooperação jurídica entre Estados[30]. Um exemplo é a pressão exercida sobre os regimes financeiros e bancários nacionais para que se adequassem a determinados padrões de lisura e monitoramento estabelecidos pela comunidade internacional, muito influenciada, por sua vez, pela preponderância econômica dos Estados Unidos da América[31].

Mais adiante, em 2000, em Palermo, estabeleceu-se a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, que expandiu o escopo do enfrentamento à lavagem de capitais e à própria corrupção, como medidas para "*prevenir e combater*" o crime organizado internacional. Em seus artigos 6 e 7, o instrumento trata da "*criminalização da lavagem do produto do crime*" e das "*medidas para combater a lavagem de dinheiro*". Do que interessa ao presente trabalho, anota-se que a Convenção propõe uma nítida expansão penal, mas sem aderir a uma criminalização excessivamente abrangente.

Já na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, firmada em Mérida em 2003, seu preâmbulo reforça a aproximação entre a corrupção e "*outras formas de delinquência*", em especial o crime de lavagem de dinheiro. O instrumento, retomando o texto da Convenção de Palermo, conta com "*medidas para prevenir a lavagem de dinheiro*" (Artigo 14), com proposta de criminalização da lavagem resultante de atos corruptivos e com ampla regulação voltada à detecção, confisco e recuperação de bens e ativos decorrentes de delitos.

Essas e outras tantas[32] iniciativas internacionais tiveram ampla repercussão na legislação interna dos países signatários. Embora haja um mesmo ponto de

29 Eduardo Fabián Caparrós identifica que as estratégias de enfrentamento da faceta financeira do delito constituem um *triângulo político-criminal*, caracterizado (*i*) pela prevenção e pela repressão à lavagem; (*ii*) pela tipificação criminal enriquecimento ilícito e (*iii*) pela progressiva e extensiva perda dos instrumentos, produtos e proveitos do crime. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Blanqueo de capitales…, cit., p. 327. Cf. também TOJAL, Tarsila Fonseca. *Corrupção e princípio*…, cit., p. 197.

30 Cf. D'AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI; Emília Merlini. Novos e velhos problemas da lavagem de dinheiro. *In*: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (coord). *Perspectivas das ciências criminais*: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: GZ, 2016, pp. 758-759.

31 ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe*…, cit., pp. 51-53. Cf. também TOJAL, Tarsila Fonseca. *Corrupção e princípio de* ne bis in idem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, pp. 35-36.

32 A exemplo das iniciativas tratadas especificamente por Carmen Demelsa Benito Sánchez: (*i*) a Recomendação n.º R(80)10 do Conselho da Europa, de 1980, (*ii*) a Declaração de Princípios para a Prevenção do uso ilícito do sistema bancário para atividades de lavagem de capitais do Conselho da Basiléia para Supervisão Bancária, de 1988, e as novas versões desenvolvidas em anos seguintes; (*iii*) as Quarenta Recomendações do GAFI, de 1990, bem como as versões posteriores; (*iv*) a Convenção do Conselho da Europa sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime, de 1990, também denominada Convenção de Estrasburgo; (*v*) as diversas diretivas da União Europeia sobre o tema, a começar pela de nº 91/308/CEE; (*vi*) a criação do Grupo Egmont em 1995, que promove encontros periódicos entre as unidades de inteligência financeira dos Estados (a brasileira é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF), para o intercâmbio de informações, realização de treinamentos e troca de experiências. BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. Iniciativas internacionales en la lucha contra el blanqueo de capitales. *In:* RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Universidad Santo Tomás, 2008, pp. 291-319, pp. 305-317.

partida quanto ao conceito de "lavagem de dinheiro" – nas palavras de Isidoro Blanco Cordero, trata-se do "*processo em virtude do qual os bens de origem delitiva se integram no sistema econômico legal com aparência de haverem sido obtidos de forma lícita*"[33] –, de uma breve análise comparada[34], vê-se a diversidade no tratamento despendido por cada ordenamento à lavagem de dinheiro, que, por vezes, chega a ser até mais recrudescido do que as próprias previsões convencionais – como é o caso brasileiro.

Com efeito, cada ordenamento nacional propôs uma solução quanto ao ilícito antecedente à lavagem de dinheiro, do qual se originarão os valores a serem ocultados. De todo modo, do quadro geral do direito comparado, extraem-se algumas reflexões preliminares.

A primeira é que, apesar de a política-criminal antilavagem adotada pelos ordenamentos nacionais ter uma origem comum, isto é, as convenções e entidades concebidas no âmbito transnacional, há uma grande variedade no tratamento penal dado ao crime, tanto no que tange ao seu preceito primário como secundário. Isso pode indicar que cada tipificação atendeu às demandas e características internas de cada país, mas também denota que há muitos aspectos do crime de lavagem de dinheiro que não foram esclarecidos do ponto de vista dogmático (como os contornos da conduta ofensiva ao bem jurídico tutelado, a possibilidade de modalidade culposa e a reprovabilidade abstrata da lesão – até porque não parece atender ao princípio da legalidade intervalos de pena demasiadamente extensos, como é o caso português e brasileiro) nem discutidos detidamente nas arenas político-legislativas.

A assimilação das convenções internacionais sobre a lavagem de dinheiro, assim, talvez pudesse ter sido precedida de discussões mais aprofundadas a respeito do delito. Como já se afirmou em outra oportunidade[35]:

> Sucede que, tal qual o caso do *combate à corrupção*, a pressão para que os Estados internalizassem os compromissos internacionais em matéria de lavagem de capitais passou ao largo de maiores reflexões de ordem dogmática. No Brasil, não foi diferente. Em uma inversão de prioridades, à moda do tratamento costumeiramente reservado ao direito penal econômico, o que prevaleceu foi a perseguição de objetivos político-criminais e simbólicos. Com isso, a elaboração de uma resposta penal rigorosa e imediata à nova criminalidade transnacional dispensou maiores considerações sobre a legitimidade do ilícito-típico da lavagem de capitais, condicionante de sua própria possibilidade jurídica.

33 BLANCO CORDERO, Isidoro. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 107.

34 Destaca-se, nesse contexto, o panorama legislativo internacional apresentado por Pierpaolo Cruz Bottini. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: um panorama legislativo internacional. *Consultor Jurídico*, 28 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/direito-defesalavagem-dinheiro-panorama-legislativo-internacional>. Acesso em 15 fev. 2024.

35 TOJAL, Tarsila Fonseca. *Corrupção e princípio*…, cit., pp. 199-200.

A segunda conclusão preliminar é que o movimento antilavagem foi concebido para alimentar um recrudescimento penal e segue em expansão. Não à toa, em muitos países, constatam-se sucessivas alterações legislativas para ampliar a incidência da norma.

No caso espanhol, por exemplo, essa tendência é constatada por Francisco Muñoz Conde, que explica que "*a LO 5/2010, de 22 de junho, introduziu a posse e a utilização dos bens entre as condutas típicas, o que significou uma ampliação desmesurada do tipo, já que essas não são propriamente condutas de lavagem, na medida em que não pressupõem nenhuma mudança de titularidade ou de ocultação dos bens possuídos ou utilizados*"[36].

Em Portugal, a seu turno, somam-se 7 (sete) leis que trataram da criminalização da lavagem de dinheiro[37], cada uma estipulando um regime mais gravoso e ampliativo. Apenas para ilustrar, o texto artigo 368-A, 5, do Código Penal português, que afastava a punibilidade se o ilícito antecedente dependia "*de queixa e a queixa não t*[ivesse] *sido tempestivamente apresentada*", foi substituído por dispositivo em sentido diametralmente contrário pela Lei n.º 83/2017: "*o facto é punível ainda que o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e esta não tiver sido apresentada*". Desde 2020, a previsão consta do artigo 368-A, 7. O rol de possíveis crimes antecedentes, igualmente, foi ampliado pelas Leis n.º 83/2017, 58/2020, 79/2021, 2/2023 e 4/2024.

E a mesma tendência foi verificada no Brasil com a edição da Lei n.º 12.683/2012, como já dito, que suprimiu o rol taxativo de crimes antecedentes, dando lugar à menção a toda e qualquer "*infração penal*". Hoje, com a redação conferida pela lei de 2012, pela Lei n.º 13.964/2019 e pela Lei 14.478/2022, como sabido, o tipo penal, no Brasil, é tipificado de forma bastante ampliativa em seu art. 1º.

A partir das duas referidas constatações preliminares, soa previsível que tanto a dificuldade de uma profunda cognição do tipo como esse recrudescimento punitivo ecoem na interpretação jurisdicional da norma, tornando-a mais desafiadora. A preocupação, porém, é que isso resulte na banalização do dever de fundamentação por parte das decisões judiciais e na normalização de anomalias imensuráveis, como a inovação da literalidade da norma em desfavor dos acusados e a desconsideração pela racionalidade intrínseca da lei penal.

36 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 504.

37 Leis n.º 11/2004, 59/2007, 83/2017, 58/2020, 79/2021, 2/2023 e 4/2024, além da Declaração de Rectificação n.º 45/2004.

## 4 Análise do entendimento jurisprudencial na Operação Lava-Jato: 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba (PR)

Em linha com os tópicos anteriores, o exame das decisões proferidas por Sérgio Moro parece bem-vindo, mesmo porque, como se verá, o então juiz se mostrou abertamente adepto de uma flexibilização hermenêutica na atividade jurisdicional.

### 4.1 Metodologia da pesquisa jurisprudencial

A metodologia adotada no presente trabalho consistiu fundamentalmente na análise de cada uma das sentenças proferidas pelo Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba (PR) no contexto da Operação Lava-Jato, com vistas à identificação dos fundamentos utilizados pelo magistrado ao apreciar a possível ocorrência de *bis in idem* na imputação simultânea pelos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção, seja em sua modalidade passiva ou ativa[38]. Para tanto, utilizou-se, como base de dados, a relação de sentenças disponibilizada pelo Ministério Público Federal em sua página virtual, na seção destinada às denúncias oferecidas perante a Justiça Federal do Paraná nessa operação[39].

Não foram objeto de estudo desdobramentos da Operação Lava-Jato que transbordassem a competência da Justiça Federal paranaense ou mesmo acórdãos proferidos em grau de recurso. Foi a partir de um espectro mais seleto de decisões, restritas a um único juízo, que se procedeu à análise dos argumentos empregados pelo magistrado, colocando-se em perspectiva seus instrumentos hermenêuticos ao tratar do tema em exame.

Assim, recolheram-se as 46 sentenças prolatadas pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro desde a deflagração da operação, que ocorreu no primeiro semestre de 2014. Após uma primeira filtragem, foram mantidas somente as decisões que versavam tanto sobre o crime de corrupção e como o de lavagem de dinheiro, mesmo sem estabelecer uma relação direta entre esses delitos em termos de autoria ou de anterioridade – um conjunto de 33.

Selecionadas as sentenças, foi criado um formulário com os seguintes dados a serem preenchidos a partir de seu teor: (i) número do processo, (ii) imputações sobre as quais versava a decisão, (iii) data do julgamento, (iv) crime tido como an-

38 Observa-se, no entanto, que a seleção das sentenças foi realizada no dia 1.10.2018, o que significa dizer que a pesquisa deixou de abarcar eventuais decisões proferidas entre o dia 2.10.2018 e 16.11.2018, quando Sérgio Moro pediu sua exoneração do cargo de juiz federal para compor o governo do então presidente Jair Bolsonaro. A partir do mês de janeiro de 2023, quando este artigo foi produzido, a página não mais se encontrava disponível, o que impediu a atualização do banco de dados.

39 Disponível em <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf>. Último acesso em 5 nov. de 2018. A partir do mês de janeiro de 2023, quando este artigo foi produzido, a página não mais se encontrava disponível, o que impediu a atualização do banco de dados.

tecedente à lavagem de capitais, (v) discussão acerca de eventual *bis in idem* entre os delitos corrupção e lavagem de dinheiro, (vi) fundamentação empregada pelo magistrado e (vii) trecho relevante da sentença. Respondido um formulário para cada uma das sentenças, foi desenvolvida a tabela disponibilizada no seguinte *link*:

> https://docs.google.com/spreadsheets/d/1ZS28mqpNliJnaaXOnpgch2et590aCka7qrkwjO7wxvA/edit?usp=share_link

A seguir, o trabalho concentrar-se-á na exposição e análise crítica dos resultados advindos da pesquisa jurisprudencial.

### 4.2 Análise das sentenças

Conforme se apurou, muitas denúncias da Operação Lava-Jato atribuíam simultaneamente os crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção aos acusados, sob o argumento de que a entrega de vantagens indevidas a funcionários públicos teria ocorrido *por meio* de estratégias de ocultação mais ou menos intrincadas, a exemplo de contratos fictícios, constituição de empresas de fachadas e depósito em contas *offshore*. Isso fez com que as defesas passassem a sustentar a tese de que "*não haveria lavagem antes da entrega dos valores aos destinatários finais*", nos termos empregados pelas diversas sentenças.

Um dos principais temas de discussão na Operação Lava-Jato, então, girou em torno de duas premissas ligadas à exegese da lavagem de dinheiro e à sua relação com o crime de corrupção. São elas: (*i*) a necessária relação de anterioridade e autonomia entre o crime antecedente e a efetiva ocultação (*ii*) e a compreensão do conceito de "proveniência" dos valores a serem lavados, sobretudo quando há o crime de corrupção.

Do ponto de vista da racionalidade interna do direito penal, a questão não deveria trazer grandes dúvidas. Afinal, o crime de lavagem de capitais deve necessariamente ser *autônomo* em relação à infração antecedente. Isto é, mesmo que se reconheça a natureza parasitária da lavagem por depender do ilícito anterior, ela tem sua existência condicionada a um *desvalor autônomo* que justifique a intervenção penal. Faltará esse elemento se a ocultação lhe for uma mera extensão lógica ou estiver integrada à infração anterior[40]-[41].

40 D'AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI; Emília Merlini. Novos e velhos…, cit., p. 771; TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais*: fundamentos e controvérsias. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 62.

41 É essa lógica que leva alguns juristas a defenderem a impossibilidade jurídica da autolavagem, inclusive. Cf. TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais*…, cit., pp. 67-78; TÓRTIMA, Fernanda Lara. Imputação do Crime de Lavagem de Capitais ao Autor do Crime Antecedente. *In*: BITENCOURT, Cezar Roberto (coord). *Direito Penal no Terceiro Milênio*: Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde.

Nesse contexto, a partir do momento em que a corrupção passiva é apontada como crime antecedente à lavagem de capitais – como ocorreu em parte das denúncias da Lava-Jato –, materializa-se a exigência de que a entrega ou recebimento da vantagem indevida *anteceda* as condutas voltadas ao encobrimento de sua origem. Essa lógica é aplicável a todo crime que implique no auferimento concreto de um ganho econômico. Se, de um lado, a própria noção de crime antecedente traz como pressuposto lógico e explícito uma relação de anterioridade, de outro, a verificação material de bens, direitos e valores a serem objeto de branqueamento somente se dá com sua efetiva entrega ao destinatário final.

No caso do crime de corrupção passiva, o ato de *solicitar* vantagem indevida não satisfaz as premissas dogmáticas próprias de um crime antecedente. O que provém desse ato é, quando muito, a vaga e inexigível expectativa com relação ao valor acertado, o que é desprovido, direta ou indiretamente, de qualquer equivalente econômico[42]. A conclusão, pois, é de que a corrupção consumada pela solicitação de vantagem indevida somente é capaz de gerar um produto passível de escamoteamento *após* seu exaurimento, isto é, após o recebimento do valor pelo funcionário público corrompido.

Já em relação ao crime de corrupção ativa, a própria estrutura do delito o impede de figurar como crime antecedente da lavagem, pois, nesse caso, as vantagens econômicas são o *instrumento* do crime. O particular faz uso desse montante *para* corromper o funcionário público, de modo que ele não poderia ser caracterizado como um produto passível de lavagem[43]. Essa possibilidade se dá somente sob a ótica da outra ponta da relação bilateral da corrupção: o crime cometido pelo funcionário público, de corrupção passiva, e somente *depois* de o agente corrompido passar a dispor dos valores pagos ilicitamente.

Interpretação diversa implicaria no desvirtuamento do conteúdo dogmático da lavagem de capitais e da literalidade do texto normativo que a regula.

Dado esse panorama, passa-se à análise jurisprudencial.

---

Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 307-396, p. 392. Essa também parece ser a razão de, em países como a Argentina, a autolavagem não ser criminalizada, já que o crime antecedente se restringe àqueles em que o agente "*não tenha participado*" ("*no hubiera participado*").

42 GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa em transação comercial internacional - lavagem de dinheiro - concurso de leis e de crimes. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BORGES, Ademar (coord). *Lavagem de dinheiro*: pareceres jurídicos: jurisprudência selecionada e comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 29-61, pp. 44-47; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. São Paulo: RT, 2016, p. 124-129.

43 ALTENHAIN, Karsten. § 261 Geldwäsche, Verschleierung..., cit., p. 4.520-4.523; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa…, cit., pp. 45-46.

Das 33 sentenças selecionadas, a indevida sobreposição dos tipos penais de corrupção e lavagem não foi objeto específico de discussão em apenas três casos[44]. No primeiro[45], a suposta lavagem de capitais – descrita como a quitação de empréstimo mediante dação em pagamento simulada – foi afastada pelo magistrado sob o argumento de que estaria contida na prática de gestão fraudulenta de instituição financeira, crime apontado como antecedente pelo órgão acusatório. Nos outros dois casos[46], discorreu-se sobre hipóteses em que a lavagem teria se dado em momento posterior ao recebimento de vantagens indevidas pelos agentes públicos corrompidos, principalmente pela aquisição de bens mediante "*vultosos pagamentos em espécie*".

Em 30 casos, por sua vez, o juízo foi suscitado pelas defesas a se manifestar acerca de possível *bis in idem* quanto às imputações pelos crimes de lavagem de capitais e de corrupção, o que deixou de ser feito uma única vez, quando a lavagem foi desde logo afastada por razão diversa: a insuficiências de prova quanto à materialidade delitiva[47].

Nas 29 oportunidades em que houve apreciação expressa da temática, o magistrado ratificou prontamente a incidência dos crimes de lavagem e corrupção. A depender da motivação por ele formulada, e tendo em vista a autonomia conferida a cada um desses tipos penais, não haveria razão para se questionar o grau de tecnicidade empregado nos decretos condenatórios. Entretanto, o que se evidencia é uma instrumentalização significativa de preceitos basilares da hermenêutica jurídico-penal.

O caminho trilhado pelo magistrado para superar tamanho impasse interpretativo pode ser reduzido, basicamente, em três conjuntos de argumentos, que seguiram certa ordem cronológica nas decisões de Sérgio Moro enquanto atuou na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, Paraná. São eles: (i) "*Adaptação do crime antecedente pela flexibilização do conceito de proveniência*", (ii) "*Referência à dinâmica de kick-back*" e (iii) "*Mudança de entendimento para que o crime antecedente possa ser simultâneo à lavagem*".

Uma ressalva, porém: caberia a formulação de uma quarta categoria para abarcar a paradigmática ação penal n.º 5046512-94.2016.404.7000, vulgarmente conhecida como o *caso do triplex*, que acarretou a condenação em primeira instância do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Nela, tentou-se demonstrar que "*as condutas de ocultação foram posteriores ou se estenderam temporalmente mesmo após a*

44 Sentenças correspondentes às ações penais n.ºs 5061578-51.2015.404.7000, 5030424-78.2016.404.7000 e 5063271-36.2016.404.7000, proferidas entre setembro de 2016 e junho de 2017.

45 Referente à ação penal n.º 5061578-51.2015.404.7000.

46 Referente às ações penais n.º 5030424-78.2016.404.7000 e 5063271-36.2016.404.7000.

47 Ação penal n.º 5027422-37.2015.404.7000.

*consumação dos últimos atos relativos ao do crime de corrupção*", entendimento que propôs cumprir com pressupostos de anterioridade e proveniência do crime de lavagem. Todavia, a grande dificuldade dogmática que reside nessa fração da sentença – e que se soma a tantas outras – é a definição do momento em que a vantagem indevida, o tal apartamento *triplex*, teria sido transferida ao destinatário final e, ademais, a determinação da natureza das reformas implementadas nesse mesmo imóvel. Por uma questão metodológica, dadas as particularidades do caso, não se procederá à análise dessa decisão no presente trabalho[48].

Isso posto, prossiga-se à análise individual de cada um dos conjuntos de fundamentos acima categorizados.

### 4.2.1 Adaptação do crime antecedente pela flexibilização do conceito de proveniência

O primeiro conjunto de fundamentos, que se fez presente em 12 decisões[49]-[50], alçou à condição de crime antecedente os de cartel (art. 4º, I, da Lei no 8.137/1990) e de fraude à licitação mediante ajuste (art. 90 da Lei no 8.666/1993)[51], tidos como alternativas satisfatórias à dificuldade de se conceber o crime de corrupção enquanto tal. Esse modelo argumentativo compôs, em grande medida, as primeiras sentenças proferidas pelo então juiz federal Sérgio Moro no âmbito da Operação Lava-Jato: das 13 oportunidades em que se lançou mão dessa formulação, 10 foram proferidas entre julho de 2015 e março de 2016.

A motivação apresentada pelo magistrado tendeu a respeitar a seguinte formulação:

> Se a corrupção, no presente caso, não pode ser antecedente da lavagem, porque os valores foram entregues por meio das condutas de lavagem, não há nenhum óbice para que os outros dois crimes figurem como antecedentes.
>
> A mesma questão foi debatida à exaustão pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470. Nela, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, condenou Henrique Pizzolato por crimes de peculato, corrupção e lavagem. Pelo que se depreende do julgado, a propina paga ao criminoso seria proveniente de cri-

48 Recomenda-se a leitura dos diversos artigos contidos na obra PRONER, Carol, CITTADINO, Gisele, RICOBOM, Gisele, DORNELLES, João Ricardo W. (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo de Lula. Bauru: Canal 6 Editora, 2017.

49 Ações penais nºs 5012331-04.2015.404.7000, 5015608-57.2017.404.7000, 5023135-31.2015.404.7000, 5023162-14.2015.404.7000, 5036518-76.2015.404.7000, 5036528-23.2015.404.7000, 5037800-18.2016.404.7000, 5045241-84.2015.404.7000, 5083258-29.2014.404.7000, 5083351-89.2014.404.7000, 5083360-51.2014.404.7000, 5083376-05.2014.404.7000, 5083401-18.2014.404.7000.

50 Pelo fato de, em duas ocasiões, a sentença ter se apoiado em mais de um dos conjuntos de argumentos, a soma final apresentada será maior do que o número de sentenças que trataram do tema.

51 Na ação penal n.º 5037800-18.2016.404.7000, apenas o crime de fraude à licitação foi apontado como antecedente.

> mes antecedentes de peculato viabilizando a condenação por lavagem. Portanto, condenado por corrupção, peculato e lavagem. O mesmo não ocorreu com João Paulo Cunha, condenado por corrupção, mas não por lavagem, já que não havia prova suficiente de que a propina a ele paga tinha também origem em crimes antecedentes de peculato, uma vez que o peculato a ele imputado ocorreu posteriormente à entrega da vantagem indevida. A distinção é muito clara nos votos proferidos pelos eminentes Ministros Cezar Peluso e Rosa Weber ainda no julgamento da ação penal e não dos embargos infringentes.
>
> Se a propina é paga com dinheiro de origem e natureza criminosa e com o emprego de condutas de ocultação e dissimulação, têm-se os dois delitos, a corrupção e a lavagem, esta tendo por antecedentes os crimes que geraram o valor utilizado para pagamento da vantagem indevida. É o que ocorre no presente caso.

O então magistrado reconhece que a entrega de valores previamente acertados ao agente público corrompido, ainda que por vias indiretas e escusas, não tem o condão de estabelecer a necessária relação de precedência exigida pelo tipo. Contudo, de forma a conferir ares de legitimidade à dupla imputação, a sentença recorre vagamente a práticas delituosas que, apesar de serem realmente anteriores ao ato de branqueamento, não necessariamente nutrem direta relação com a geração dos valores.

O entendimento promove uma abertura conceitual da noção "proveniência" no crime de lavagem de capitais, esgarçando-a às últimas consequências. Não obstante a transferência da vantagem indevida ao funcionário corrompido através de condutas de ocultação e dissimulação esteja reconhecidamente contida no crime de corrupção, os crimes que, por sua vez, antecederam o auferimento desses valores pelo agente corruptor supostamente confeririam a autonomia necessária ao escamoteamento.

O exercício argumentativo promovido pelo então magistrado, em um primeiro momento, parece gozar de uma concatenação de ideias logicamente estruturadas: se há crime anterior à ocultação e dissimulação de valores, então há o crime de lavagem de capitais. Nessa fórmula, todavia, a relação de proveniência é completamente esvaziada de sentido e renegada à condição de estratégia retórica para o preenchimento do requisito de anterioridade. Como explica Pierpaolo Cruz Bottini, não é suficiente à incidência da norma penal a simples constatação de que há um produto advindo do crime apontado como antecedente; deve ser demonstrado que esse produto é precisamente aquele que será objeto da lavagem. Deve haver, em outras palavras, o "*elo objetivo entre o fruto do delito antecedente e o ato de lavagem de dinheiro posterior*"[52].

52 BADARÓ, Gustavo Henrique BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro…*, cit., p. 111.

Essa relação de causalidade não é facilmente perceptível nos delitos de cartel e fraude à licitação, cujo escopo é mediar a realização de operações econômicas lícitas, capazes de gerar recursos limpos aos agentes envolvidos. A menção expressa ao nexo econômico entre a cota ilícita dos valores advindos de cada um desses crimes[53] e a posterior conduta de ocultação deve ser pormenorizada pela sentença, assim como a prova produzida no processo deve denotar satisfatoriamente a materialidade das infrações antecedentes[54]. A mescla entre valores lícitos e ilícitos não isenta a persecução penal de comprovar os passos trilhados por esses últimos até sua suposta inserção na economia, após o processo de lavagem, o que não ocorreu nas hipóteses analisadas. Muito pelo contrário, ao julgar a ação penal n.º 5045241-84.2015.404.7000, o então juiz federal consignou o seguinte:

> É certo ainda que nem todos os valores foram originários de contratos ganhos por cartel e ajuste fraudulento de licitação, pois alguns dos contratos, como visto, não tem este vício, mas a mistura entre os recursos, expediente também próprio de lavagem de dinheiro, torna impossível discriminar, nos diversos atos de lavagem, a origem específica de cada transação.[55]

Para além de se desincumbir do ônus de demonstrar a proveniência efetivamente ilícita dos valores pagos a título de propina, as decisões não cuidaram de comprovar em que medida "*as condutas de ocultação e dissimulação*" dirigiam-se especificamente à finalidade de ocultação dos valores provenientes dos crimes de cartel e de fraude à licitação, e não ao pagamento de vantagens indevidas por vias indiretas.

Deve ser vista com ressalvas a facilidade com que, nas decisões analisadas, se adaptou o crime tido como antecedente àquele que melhor convinha à tese condenatória, sugerindo a predisposição do juízo a flexibilizar discricionariamente suas lentes hermenêuticas sob o pretexto de que a complexidade do caso assim o exigia, sempre às custas de uma perspectiva restritiva da intervenção penal.

---

53 Pierpaolo Cruz Bottini apresenta métodos de aferição para identificar qual parcela dos recursos auferidos nesse contexto possa ser entendida como provento do crime. Um dos parâmetros, a guisa de exemplo, pode ser a margem de lucro de empresas que atuam em condições similares no mercado, porém regularmente. BADARÓ, Gustavo Henrique BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*…, cit., p. 113.

54 A esse respeito confira-se matéria publicada na plataforma ConJur em 24 de agosto de 2018: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-24/tese-central-lava-jato-ainda-nao-foi-transformada-denuncia>. Acesso em 15 fev. 2024.

55 Em diversas outras sentenças, houve apenas uma vaga menção à relação de proveniência dos valores pretensamente escamoteados: "*A empreiteira obteve os contratos com a Petrobrás por crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitação e destinou um percentual dos valores obtidos com os contratos para pagar a propina*".

### 4.2.2 Referência à dinâmica de kick-back

O segundo conjunto de argumentos remete a um instituto extraído da *common law*, denominado *kick-back*, e segue a mesma linha anteriormente apresentada, mas apontando como infração antecedente a própria corrupção.

Na dinâmica do *kick-back,* o agente corruptor celebra um contrato com o poder público graças ao intermédio de agente público corrompido, sob a condição de que a este será repassada determinada parcela do valor contratualmente pago. Assim, o montante destinado ao pagamento de vantagem indevida ao funcionário público estaria desde logo contaminado pelo crime de corrupção, o que legitimaria sua classificação enquanto crime antecedente mesmo antes de seu exaurimento. Constatada em 4 decisões[56], datadas entre outubro de 2015 e fevereiro de 2016, essa linha argumentativa seguiu este modelo:

> O que se tem, porém, é que a propina destinada à corrupção da Diretoria Internacional foi paga com recursos obtidos na obtenção do contrato de fornecimento do navio sonda Petrobrás.
>
> Dessa maneira, os próprios valores pagos em decorrência do contrato de fornecimento constituem produto ou provento do crime de corrupção.
>
> Trata-se de esquema criminoso conhecido em inglês, como "kickback", no qual o agente público interfere para que um contrato com a Administração Pública seja concedido a determinada pessoa, esta lhe passando um percentual do contrato ou do ganho.
>
> Em esquemas de corrupção do tipo "kickback", o dinheiro da propina já é contaminado por sua origem ilícita.
>
> Em outras palavras, um percentual dos ganhos resultantes do contrato obtido mediante corrupção dos agentes públicos, eles mesmo criminosos, foram entregues aos agente públicos como propina e sua parte no butim criminoso.
>
> Se esses valores são entregues mediantes condutas de ocultação e dissimulação, resta configurado o crime de lavagem de dinheiro. (...)[57]

A solução retórica toma emprestado precedentes extraídos da jurisprudência estadunidense do final da década de 1990[58] e, apesar de reconhecê-los como

56 Ações penais n.ºs 5012331-04.2015.404.7000, 5023121-47.2015.404.7000, 5039475-50.2015.404.7000 5083838-59.2014.404.7000

57 A ação que tratou especificamente do suposto esquema criminosos envolvendo contrato de fornecimento de navio sonda é a de n.º 5039475-50.2015.404.7000.

58 United States v. Wyly, 193 F.3d 289, 296 (5th Cir. 1999) e United States v. Allen, 76 F.3d 1348, 1361-62 (5th Cir. 1996), classificados como "convergentes com a posição do Supremo Tribunal Federal" na Ação Penal n.º 470.

"*exemplos do Direito Comparado e que têm presente a legislação estrangeira*", importa-os para a aplicação da lei penal brasileira.

Com isso, o juízo distorce toda uma construção dogmática em torno do crime de corrupção, pois a única conduta tipificada pelas normas dos artigos 317 e 333 do Código Penal que tem o potencial de gerar qualquer produto é a de *receber* vantagem indevida, relativa à corrupção passiva. E, por certo, o pagamento de valor contratual ao *agente corruptor* não se confunde com o repasse de parcela, já previamente estabelecida, ao *agente corrompido*, este sim sujeito do verbo *receber* do artigo 317 do Código Penal.

A dinâmica do *kick-back*, destarte, também ao ampliar as fronteiras cognitivas do conceito de "proveniência", não comporta acolhimento pelo direito penal brasileiro. O apelo a teorias alienígenas pelos tribunais, sem que se proceda a um cauteloso teste de recepção prévio, dialoga em muitos aspectos com o papel ativista assumido pelos aplicadores do direito, configurando outrossim sintomática ruptura com relação às leis penais vigentes[59].

Ainda mais em se tratando de *common law*, em que há uma valorização institucional da figura do precedente em detrimento das ponderações trazidas pela doutrina somado a um movimento jurisprudencial pela otimização do direito com vistas à eficiência, a incorporação de novos institutos pelos próprios juízes assegura-lhes carta branca para julgar como bem entenderem, isentando-os dos pressupostos da racionalidade formal. Não à toa que o franco emprego desses institutos – a exemplo da *teoria da cegueira deliberada* e, no caso em apreço, do *kick-back* – no mais das vezes se presta a fundamentar condenações[60].

A referência à dinâmica do *kick-back* pelo juízo, portanto, também não parece apta a justificar racionalmente a incidência do crime de lavagem de dinheiro nos casos analisados.

#### 4.2.3 Mudança de entendimento para que o crime antecedente possa ser simultâneo à lavagem

O último conjunto de fundamentações consistiu em uma importante mudança de entendimento por parte do juízo, que, em 13 sentenças, proferidas a

59 CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 17-35., jul. 2017, p. 19.

60 CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti, *A cegueira deliberada …*, op. cit., p. 26.

partir de fevereiro de 2017[61], passou a assumir expressamente que a lavagem de dinheiro poderia, sim, ser *concomitante* ao respectivo crime antecedente.

A ruptura definitiva com os instrumentos hermenêuticos clássicos voltados ao tratamento da matéria, especialmente no que tange às relações de anterioridade e proveniência que alicerçam o crime de lavagem de capitais, foi justificada única e exclusivamente com base na "*realidade dos vários julgados*" da Operação Lava-Jato e na consequente necessidade de a jurisprudência acompanhar "*sofisticação da prática criminosa*". A linha argumentativa trazida pelas decisões, basicamente, foi esta:

> Vinha este Juízo adotando a posição de que poder-se-ia falar de lavagem de dinheiro apenas depois de finalizada a conduta pertinente ao crime antecedente.
>
> Assim, por exemplo, só haveria lavagem se, após o recebimento da vantagem indevida do crime de corrupção, fosse o produto submetido a novas condutas de ocultação e dissimulação.
>
> A realidade dos vários julgados na assim denominada Operação Lavajato recomenda alteração desse entendimento.
>
> A sofisticação da prática criminosa tem revelado o emprego de mecanismos de ocultação e dissimulação já quando do repasse da vantagem indevida do crime de corrupção.
>
> Tal sofisticação tem tornado desnecessária, na prática, a adoção de mecanismos de ocultação e dissimulação após o recebimento da vantagem indevida, uma vez que o dinheiro, ao mesmo tempo em que recebido, é ocultado ou a ele é conferida aparência lícita.
>
> Este é o caso, por exemplo, do pagamento de propina através de transações internacionais subreptícias. Adotado esse método, a propina já chega ao destinatário, o agente público ou terceiro beneficiário, ocultado e, por vezes, já com aparência de lícita, como quando a transferência é amparada em contrato fraudulento, tornando desnecessária qualquer nova conduta de ocultação ou dissimulação.
>
> Não seria justificável premiar o criminoso por sua maior sofisticação e ardil, ou seja, por ter habilidade em tornar desnecessária ulterior ocultação e dissimulação do produto do crime, já que estes valores já lhe são concomitantemente repassados de forma oculta ou com a aparência de licitude.

61 Ações penais n.ºs 5000553-66.2017.404.7000, 5013405-59.2016.404.7000, 5014170-93.2017.404.7000, 5022179-78.2016.404.7000, 5024266-70.2017.404.7000, 5024879-90.2017.404.7000, 5027685-35.2016.404.7000, 5030883-80.2016.404.7000, 5035263-15.2017.404.7000, 5037800-18.2016.404.7000, 5051606-23.2016.404.7000, 5054186-89.2017.404.7000, 5054932-88.2016.404.7000.

Como se percebe, o instituto jurídico-penal da consunção, definido pela absorção crime-meio pelo crime-fim[62], foi voluntariamente descartado pelo juízo em nome da eficiência da operação, plasmada no *combate à impunidade* ou, em outros termos, na satisfação do clamor punitivista que rodeia a criminalidade "dos poderosos" (mas cuja natureza simbólica prevalece sobre qualquer evidência de refreamento efetivo desta[63]).

Desnecessário retomar toda construção teórico-dogmática que impõe o caráter antecedente do crime antecedente na lavagem de capitais; isto foi feito ao longo de todo este trabalho. O que salta aos olhos, neste passo, é o fato de o magistrado se sentir confortável e amplamente autorizado a negar, enquanto estratégia de subsunção dos fatos à norma, a ética de responsabilidade.

## 5 Conclusão

Em síntese, pode-se asseverar que o estudo do tratamento conferido ao crime de lavagem de dinheiro na operação criminal de maior repercussão no Brasil tem o potencial para revelar dois aspectos: de um lado, qual a técnica hermenêutica empregada pelo Judiciário para lidar com um tipo penal que não se amolda facilmente à concepção clássica de delito e, por outro, até que ponto a atividade jurisdicional não faz prevalecer a subsidiariedade da intervenção penal do Estado.

Nesse diapasão, a partir das considerações formuladas, resta evidente que as decisões acerca do concurso material entre lavagem de dinheiro e corrupção no âmbito da Operação Lava-Jato retiraram sua legitimidade não do atendimento à racionalidade do direito penal, mas sim da convicção pessoal do então magistrado Sérgio Fernando Moro. A solução penal, então, abandonou a sua condição de *ultima* para ostentar a de *prima ratio*, potencializada por uma exacerbação punitiva despropositada. A flexibilização hermenêutica a que se submeteu o direito penal teve como consequência o desenvolvimento de um ambiente mais propício para a justificação (e legitimação) de sobreposição indevida dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.

A análise das sentenças da Operação Lava-Jato, por fim, demonstra como o expansionismo penal é capaz de atingir não só a esfera legislativa, mas também a jurisprudencial. Traz à tona o sintomático papel político dos magistrados, a judicialização da política de que se falou anteriormente, também associada a um nítido ativismo, mas que ganha contornos de aparentes imparcialidade e tecnicidade

62 No caso da corrupção, pelo caráter instrumental dos atos praticados com vistas à entrega da vantagem indevida a seu destinatário. BADARÓ, Gustavo Henrique BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro…*, cit., p. 124-125.

63 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal…*, cit. pp. 25-32, sobretudo na p. 29.

por estar inserido em uma seara intrinsecamente árida do direito penal econômico. Acende-se um alerta à comunidade jurídica.

## Referências bibliográficas

ALTENHAIN, Karsten. § 261 Geldwäsche, Verschleierung unrechtmaßig erlangter Vermögenswerte. *In*: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (orgs.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2005, v. 2, pp. 4.501-4.553.

ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. *Policing the globe*: criminalization and crime control in international relations. New York: Oxford University Press. 2008;

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. São Paulo: RT, 2016;

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014;

BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. Iniciativas internacionales en la lucha contra el blanqueo de capitales. *In:* RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Universidad Santo Tomás, 2008, pp. 291-319;

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal*: principios y desafíos del derecho penal de hoy. Madrid: Iustel, 2012, pp. 159-161;

BLANCO CORDERO, Isidoro, *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2015;

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: um panorama legislativo internacional. *Revista Consultor Jurídico*, 28 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/direito-defesalavagem-dinheiro-panorama-legislativo-internacional>. Acesso em 15 fev. 2024;

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 17-35., jul. 2017;

D'AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI; Emília Merlini. Novos e velhos problemas da lavagem de dinheiro. *In*: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (coord). *Perspectivas das ciências criminais*: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: GZ, 2016, pp. 758-759;

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia. *In*: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando (coord). *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 323-352;

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Parecer: corrupção ativa em transação comercial internacional - lavagem de dinheiro - concurso de leis e de crimes. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BORGES, Ademar (coord). *Lavagem de dinheiro*: pareceres jurídicos: jurisprudência selecionada e comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 29-61;

MANES, Vittorio. Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica" (versão revista). Apresentado na convenção *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, Consiglio Nazionale Forense, Roma, 13.10.2017;

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019;

PRADO, Gustavo dos Santos. "*A personificação do herói*": As representações de Sérgio Moro nas capas das revistas *Veja*, *IstoÉ* e Época. Trabalho apresentado na DT 8 – Estudos Interdisciplinares da Comunicação do XIX Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul, realizado de 31 de maio a 2 de junho de 2018. Disponível em <https://www.portalintercom.org.br/anais/sul2018/resumos/R60-0513-1.pdf>. Acesso em 15 fev. 2024;

PRONER, Carol, CITTADINO, Gisele, RICOBOM, Gisele, DORNELLES, João Ricardo W. (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada*: o processo de Lula. Bauru: Canal 6 Editora, 2017;

SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. *In*: TEIXEIRA, Adriano (coord.). *Direito penal, racionalidade e dogmática:* sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema

penal racional. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 87-93;

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *In:* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs). *Direito e interpretação - Racionalidades e instituições.* São Paulo:Saraiva, 2011, p. 366-367;

SOUZA, Luciano Anderson. *Crimes contra a administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024;

SOUZA. Luciano Anderson de; TOJAL, Tarsila Fonseca. Os desafios na interpretação e aplicação do direito penal brasileiro atual. *Revista de Estudos Criminais*, n. 86, p. 129-147, jul.-set. 2022;

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais*: fundamentos e controvérsias. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020;

TOJAL, Tarsila Fonseca. Corrupção e princípio de ne bis in idem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023;

TÓRTIMA, Fernanda Lara. Imputação do Crime de Lavagem de Capitais ao Autor do Crime Antecedente. *In*: BITENCOURT, Cezar Roberto (coord). *Direito Penal no Terceiro Milênio*: Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 307-396.

# DO CONTROLE CRIMINAL AO EMPODERAMENTO: POSSÍVEIS INTERAÇÕES ENTRE COLONIALISMO DIGITAL, RESISTÊNCIA E DIREITOS HUMANOS INSTITUINTES

*FROM CRIMINAL CONTROL TO EMPOWERMENT: POSSIBLE INTERACTIONS BETWEEN DIGITAL COLONIALISM, RESISTANCE, AND INSTITUTING HUMAN RIGHTS*

***Nelson Camatta Moreira***[1]

***Ronaldo Félix Moreira Júnior***[2]

**RESUMO:** O presente trabalho tem como escopo relacionar o estudo de três diferentes autores (Simone Browne, Frantz Fanon e David Sánchez Rubio) com os temas controle penal e colonialismo digital. Pelo método indutivo, pesquisa bibliográfica e análise de casos concretos, demonstrar-se-á que essa nova forma de colonialismo não apenas viola direitos humanos, como também opera no sentido de perpetuar uma constante vigilância e violência contra a população negra. Por meio das obras de Browne e Fanon, é possível não apenas compreender a vigilância histórica contra os corpos negros, mas também apontar mecanismos de resistência contra as novas formas opressão perpetuadas pelas ferramentas tecnológicas. Essa resistência, por sua vez, poderá ser verificada no presente artigo como uma forma de efetivação de direitos humanos para além do Estado, como menciona Sánchez Rubio por meio do conceito de direitos humanos instituintes.

**PALAVRAS-CHAVE**: Criminalização; Colonialismo; Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** The present work aims to relate the study of three different authors (Simone Browne, Frantz Fanon, and David Sánchez Rubio) to the themes of penal control and digital colonialism. Through an inductive method, bibliographic research, and analysis of concrete cases, it will be demonstrated that this new form of colonialism not only violates human rights but also perpetuates constant surveillance and violence against the black population. By examining the works of Browne and Fanon, it is possible not only to understand the historical surveillance of black bodies but also to identify mechanisms of resistance against the new forms of oppression perpetuated by tech-

1 Nelson Camatta Moreira é pós-doutor em Direito (Universidad de Sevilla). Professor da Programa de Pós-graduação Stricto Sensu e da Graduação em Direito da FDV-ES. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8295-4275.

2 Ronaldo Félix Moreira Júnior é mestre em direitos e garantias fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória e professor universitário nas Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ). Orcid: https://orcid.org/0000-0002-6816-8358.

nological tools. This resistance, in turn, can be observed in this article as a way to actualize human rights beyond the State, as mentioned by Sánchez Rubio through the concept of instituting human rights.

**KEYWORDS**: Criminalization; Colonialism; Human Rights.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução; 2 A relação intrínseca entre reconhecimento facial, racismo e colonialismo digital; 2.1 Racismo e controle penal: violações em tecnologias de reconhecimento facial; 3 A vigilância sobre os corpos negros e as contribuições de Frantz Fanon e Simone Browne; 3.1 Contribuições de Frantz Fanon no estudo das tecnologia de informação e comunicação; 3.2 A vigilância na perspectiva de Simone Browne: "Racializing Surveillance" e "Dark Sousveillance"; 4 A apropriação das tecnologias digitais a partir da noção de direitos humanos instituintes; 5 Conclusão; Referências bibliográficas

## 1 Introdução

Criadas para as mais distintas finalidades, as recentes tecnologias digitais, tais como as ferramentas de reconhecimento facial, têm ganhado destaque em diversos setores sociais, desde a segurança pública até as interações diárias em nossos dispositivos móveis (como as ferramentas de filtros de Instagram e outros aplicativos).

Muito embora esses artefatos tenham potencial para melhorias de ferramentas já existentes e para a criação de novas, conforme mergulhamos nos meandros dessas tecnologias, conseguimos evidenciar as influências, os discursos e os fenômenos que as compõem, apontando de forma cristalina a inexistência de qualquer tipo de neutralidade em sua concepção. Conforme demonstrado no decorrer do trabalho, tais ferramentas possuem um potencial destrutivo, sendo capazes de afetar diretamente direitos e garantias fundamentais (notadamente das populações não brancas, haja vista a manifestação do racismo histórico por meio desses novos instrumentos).

Não obstante, as ferramentas digitais (conforme demonstrado no decorrer do trabalho) estão intimamente relacionadas não apenas ao fenômeno da seletividade penal, mas também ao conceito de colonialismo digital, que se refere ao uso e à influência do poder dominante por meio das novas tecnologias, resultando no aprofundamento de desigualdades e manutenção da opressão em diferentes esferas (como social, cultural, política e econômica).

É preciso afirmar que fenômenos como o colonialismo digital e o racismo estão sempre interconectados. Conforme apontado nos tópicos seguintes, as tecnologias digitais também são usadas para vigilância e monitoramento, o que pode ter um impacto desproporcional sobre certas comunidades. Por exemplo, sistemas de reconhecimento facial, no campo da segurança pública, têm sido criticados por

sua tendência a perpetuar o perfilamento racial e a discriminação, com maior probabilidade de cometer erros em relação a pessoas de cor.

O presente texto, por meio da análise de situações concretas, aponta algumas das possíveis violações por meio dessas ferramentas, explicando-as por meio de dois importantes autores no campo da luta antirracista e anticolonial: Frantz Fanon e Simone Browne. O artigo tem como objetivo analisar o papel desse novo modelo de colonialismo na criminalização da população negra e na violação a garantias fundamentais. Não obstante, o artigo também pretende demonstrar uma comunicação entre as ideias de Browne e Fanon com a noção de "direitos humanos instituintes" (proposta por David Sánchez Rubio, dentro do campo da teoria crítica dos direitos humanos). Compreender o surgimento de um colonialismo digital é, portanto, fundamental para que possamos discutir eventuais modelos de resistência às formas algorítmicas de opressão.

A escolha dessa base teórica específica ocorre porque Simone Browne, em seus estudos, em especial a obra "Dark Matters: On the Surveillance of Blackness", examina as dinâmicas de vigilância racial direcionadas aos corpos negros e demonstra as estratégias de resistência adotadas por comunidades marginalizadas (dark sousveillance). Por outro lado, Frantz Fanon, em seus escritos, como "Pele negra, máscaras brancas" e "Os condenados da terra", aborda a luta anticolonial e a busca pela libertação, oferecendo perspectivas críticas sobre as relações raciais e de poder.

David Sánchez Rubio, muito embora não compartilhe da mesma linha de estudo que os autores citados anteriormente, dialoga intimamente com o discurso decolonial e trabalha o importante conceito de direitos humanos instituintes, destacando a capacidade dos grupos marginalizados de se unirem e reivindicarem seus próprios direitos em meio a violações sistemáticas praticadas pelo próprio Estado.

Com base no objetivo proposto de buscar as interações entre colonialismo, estratégias de resistência e direitos humanos instituintes, o presente artigo utiliza como metodologia a análise indutiva.

O termo "possíveis" foi intencionalmente adotado no título do trabalho para estabelecer uma conexão com a metodologia adotada neste estudo. Com este enquadramento metodológico (método indutivo), o artigo parte de uma análise detalhada de casos específicos, notadamente as obras de Fanon, Browne e Rubio, visando a investigar a presença de eventuais relações entre suas ideias.

Quanto às técnicas de pesquisa, o trabalho faz uso de pesquisa bibliográfica em relação às obras já mencionadas e a autores que trabalham temas como racismo algorítmico e teoria crítica dos direitos humanos. O artigo também apresenta casos

concretos, aprofundando o estudo quanto as ideias de Browne e Fanon, procurando por pontos de convergência e demonstrando se tais pontos podem se conectar com a obra de Sánchez Rubio e as categorias por ele utilizadas.

Dessa maneira, o primeiro item do trabalho aborda o conceito de colonialismo digital com o intuito de explicar com detalhes como este se relaciona com as novas ferramentas digitais (em especial as tecnologias de reconhecimento facial no campo da segurança pública e controle penal) e opera no sentido de manter vivas antigas violações e discriminações contra a população negra.

O segundo item tem como objetivo analisar as contribuições de Browne e Fanon que, apesar de terem vivido em momentos distintos, possuem relevante contribuição no estudo das violações de raça, nas formas de resistência e na luta anticolonial.

Por fim, o último item busca vincular as ideias dos autores do capítulo anterior ao conceito de direitos humanos instituintes, demonstrando como a apropriação das atuais tecnologias e ferramentas de inteligência artificial podem ser meios aptos não só a impedir a violação de direitos, mas de efetivá-los.

## 2 A relação intrínseca entre reconhecimento facial, racismo e colonialismo digital

Não são poucos os exemplos de violações aos direitos de pessoas negras que são perpetrados pelo uso de tecnologias "aparentemente neutras". Um relevante estudo foi realizado pelos pesquisadores do MIT (Massachusetts Institute of Technology) e Stanford: Joy Buolamwini e Timnit Gebru[3]. A pesquisa trata de três grandes programas comerciais de análise facial desenvolvidos por renomadas empresas de tecnologia (Microsoft, IBM e Face++) e aponta a existência de viés quanto a tons de pele e gênero.

Nos experimentos conduzidos pelos mencionados pesquisadores, as taxas de erro dos três programas na determinação do gênero de homens de pele clara nunca foram piores do que 0,8%. No entanto, para mulheres de pele mais escura, as taxas de erro aumentaram drasticamente, chegando a mais de 20% em um caso e a mais de 34% nos outros dois[4].

3 BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. In: **Conference on Fairness, Accountability, and Transparency**, 2018. Disponível em: https://www.media.mit.edu/publications/gender-shades-intersectional-accuracy-disparities-in-commercial-gender-classification/. Acesso em: 31 mar. 2023, p. 4.

4 *Ibid.*, p. 6.

Ficou claro, por meio da análise dos dados coletados, que os algoritmos tinham maior precisão na classificação de gênero para homens de pele clara, mas uma precisão muito inferior ao tratar de mulheres de pele de tons mais escuros.

Importante ressaltar que o estudo mencionado tratava de ferramentas de uso geral. A situação se torna ainda mais complexa e preocupante quando analisamos as ferramentas criadas para fins de segurança pública e controle penal.

Internacionalmente, as práticas discriminatórias na aplicação da lei (criminalização secundária: a partir da atuação concreta do Ministério Público e das polícias; e terciária: pelo ingresso do réu no sistema prisional[5]) ficaram extremamente evidentes após o assassinato de George Floyd pela polícia de Minneapolis. Corroborando com as afirmações dos parágrafos anteriores, Alex Najibi[6] aponta que os afro-americanos têm mais chances de serem presos e encarcerados por crimes menores em comparação aos brancos americanos. Como resultado, as pessoas negras estão sobrerrepresentadas nos dados de fotos de identificação criminal, que são utilizados pelo reconhecimento facial para fazer previsões.

Claramente, não se pode excluir o viés que é atribuído de forma inconsciente (ou consciente, a depender do caso) pelos responsáveis pela alimentação desse banco de dados. Silva[7] evidencia que o supremacismo branco se encontra presente em inúmeras instituições, tais como prisões, cidades, empresas e no aparato policial. A vigilância e a classificação social hierarquicamente racializadas compõe o centro de alocação diferencial de humanidade, permitindo, inclusive, a manutenção global do capitalismo.

A afirmação acima é relevante, tendo em vista que essas violações são um aspecto do que é conhecido como colonialismo digital. Esse termo, como mencionado introdutoriamente, tem sido usado para descrever as dinâmicas nas quais os países mais desenvolvidos exercem influência e controle sobre os países em desenvolvimento por meio da tecnologia e da internet.

Para Faustino e Lippold[8], o colonialismo digital não é [...] uma fase posterior ao neocolonialismo tardio, mas sua expressão tecnológica informacional". É,

5 GROSNER, Marina Quezado. **A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: O Tratamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habes Corpus. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

6 NAJIBI, Alex. **Racial discrimination in face recognition technology**. Harvard University, 2020. Disponível em: https://21stcenturyresearch.cn/wp-content/uploads/2023/04/Article-Biometrics-Racial-Discrimination-in-Face-Recognition-Technology-Science-in-the-News-Harvard-University-2020-10-24.pdf. Acesso em: 01 jun. 2023.

7 SILVA, Tarcízio. **Racismo algorítmico**: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais. São Paulo: Edições Sesc, 2022, p. 108-109.

8 FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. **Colonialismo digital**: por uma crítica hacker-fanoniana. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2023, p. 68.

assim, por meio do colonialismo tardio que são criadas as condições para a emergência da dominação por meio da tecnologia.

### 2.1 Racismo e controle penal: violações em tecnologias de reconhecimento facial

Em Metairie, Louisiana, no ano de 2022, ocorreu um roubo de objetos de luxo (como bolsas de marcas renomadas) valorados em R$ 53.000,00 (aproximadamente). Um suspeito foi preso após o xerife local solicitar a análise de reconhecimento facial pela Louisiana State Analytic e Fusion Exchange em Baton Rouge, que faz uso dos sistemas Clearview AI e MorphoTrak[9].

O suspeito de 28 anos, Randall Reid, foi preso em DeKalb County e alegou nunca ter estado em Louisiana em sua vida. Randall foi solto em dezembro do mesmo ano e os detetives responsáveis admitiram o erro a partir do uso das ferramentas de reconhecimento de face[10].

Essa foi apenas uma das muitas vezes em que pessoas negras foram abordadas e presas erroneamente a partir da utilização de ferramentas discriminatórias. Poucos anos antes, em 2020, um grupo de defensores de direitos civis apresentou uma queixa contra o Departamento de Política de Detroit após a prisão de Robert Williams em janeiro daquele ano. A polícia o prendeu nas proximidades de sua residência pelo suposto roubo de relógios. Segundo o próprio Departamento de Política de Detroit, o reconhecimento facial foi utilizado para identificar Williams a partir de imagens de segurança[11].

O que pode ser identificado, a partir desses exemplos, é a transposição clara de uma seletividade penal para as novas tecnologias utilizadas no campo da segurança pública. A partir do momento em que a criminalização secundária atinge mais pessoas não brancas, é lógico deduzir que os dados relacionados às prisões e abordagens policiais desse grupo de pessoas farão parte (compondo, inclusive, a maior parte) dos bancos de dados de ferramentas tecnológicas utilizadas para o controle penal.

Najibi ainda menciona como a aplicação injusta do reconhecimento facial e da vigilância prejudica os direitos fundamentais das pessoas negras. Consoante

9 OLIVEIRA, Ingrid. **Homem negro é preso por erro em tecnologia de reconhecimento facial**, 2023. Disponível em: https://www.terra.com.br/byte/homem-negro-e-preso-por-erro-em-tecnologia-de-reconhecimento-facial,6ab3897c31dae02a06a9df0c2551d18884wa4f7q.html. Acesso em: 31, mar. 2023.

10 *Ibid.*

11 KIMBALL, Whitney. **Polícia dos EUA prende injustamente homem negro identificado por tecnologia de reconhecimento facial**, 2020. Disponível em: https://gizmodo.uol.com.br/policia-prende-homem-negro-reconhecimento-errado/. Acesso em: 31, mar. 2023.

afirmado pela Algorithmic Justice League[12]: "[...] face surveillance threatens rights including privacy, freedom of expression, freedom of association and due process".

Os direitos (mencionados pela Algorithmic Justice League) diretamente afetados são: liberdade de expressão, liberdade de associação e o devido processo legal. Em breve análise, quanto à privacidade, a tecnologia de reconhecimento facial permite a coleta e o armazenamento de dados biométricos das pessoas, o que representa uma invasão significativa e particularmente preocupante no caso da população negra, pois elas estão mais expostas a práticas discriminatórias de aplicação da lei e à vigilância desproporcional (em especial da criminalização secundária e terciária, como já mencionado).

Em relação à liberdade de expressão, a existência de sistemas de vigilância baseados em reconhecimento facial pode levar as pessoas negras a se autocensurarem e a evitarem participar de atividades políticas e sociais por medo de retaliação e abordagens policiais injustas.

O mesmo vale para a liberdade de associação, tendo em vista que essa vigilância direcionada pode criar um ambiente de intimidação e medo, desencorajando o envolvimento em movimentos sociais e limitando a capacidade de organização coletiva para promover mudanças sociais. Por fim, o devido processo legal é afetado tendo em vista que a precisão e imparcialidade dos sistemas de reconhecimento facial são questionáveis, especialmente quando se trata da identificação de suspeitos criminais.

A vigilância está, assim, ligada a mudanças comportamentais, incluindo autocensura e a negação do ativismo por medo de retaliação (não é surpresa que tecnologias de reconhecimento facial tenham sido utilizadas para monitorar e identificar manifestantes do movimento Black Lives Matter[13]).

O FBI (Federal Bureau of Investigation) tem um longo histórico de vigilância de ativistas e líderes negros proeminentes para rastrear e suprimir seus esforços. Não somente isso, segundo Najibi[14], a vigilância contínua gera medo e danos psicológicos de caráter duradouro, o que é capaz de tornar os sujeitos vulneráveis a abusos direcionados, sem mencionar os danos físicos e à saúde dessa população

12 NAJIBI, Alex. **Racial discrimination in face recognition technology**. Harvard University, 2020. Disponível em: https://21stcenturyresearch.cn/wp-content/uploads/2023/04/Article-Biometrics-Racial-Discrimination-in-Face-Recognition-Technology-Science-in-the-News-Harvard-University-2020-10-24.pdf. Acesso em: 01 jun. 2023.

13 NAJIBI, Alex. **Racial discrimination in face recognition technology**. Harvard University, 2020. Disponível em: https://21stcenturyresearch.cn/wp-content/uploads/2023/04/Article-Biometrics-Racial-Discrimination-in-Face-Recognition-Technology-Science-in-the-News-Harvard-University-2020-10-24.pdf. Acesso em: 01 jun. 2023.

14 *Ibid.*

ao expandir os sistemas de supervisão governamental usados para negar acesso à saúde e ao bem-estar. No contexto de justiça criminal, como já abordado em diferentes momentos do trabalho, tecnologias de reconhecimento facial têm se mostrado intrinsecamente tendenciosas em sua precisão.

Najibi[15] ainda sustenta que a utilização de ferramentas de reconhecimento facial no contexto da segurança pública é, para a população negra, algo similar ao que havia no século XVIII, no estado de Nova York, com as "leis das lanternas" que exigiam que pessoas escravizadas carregassem lanternas após o anoitecer para serem visíveis publicamente. O autor ainda menciona que especialistas temem que, mesmo que os algoritmos de reconhecimento facial sejam equitativos, as tecnologias possam ser aplicadas com o mesmo espírito, prejudicando desproporcionalmente a comunidade negra de acordo com os padrões racistas existentes na aplicação da lei.

Essa afirmação corrobora com o que menciona Simone Brown, ao constatar que o uso de tais tecnologias apenas confirmam o fato de que corpos negros sempre estiveram no centro das técnicas de vigilância.

## 3 A vigilância sobre os corpos negros e as contribuições de Frantz Fanon e Simone Browne

Frantz Fanon é um dos principais expoentes mundiais na luta antirracista, o que pode ser comprovado pela relevância (e atualidade) de suas obras. É a partir de seus estudos que Simone Browne abordou (com grande rigor científico e riqueza de detalhes) questões relacionadas à opressão, racismo e resistência, embora em contextos diferentes.

Destaca-se, nesse breve texto, o papel dos autores na identificação de opressões e violações contra a população negra, mas o trabalho deles vai muito além. Conforme pretende-se demonstrar, ambos também tratam do papel de resistência de grupos oprimidos. Esse papel é fundamental para que possamos compreender formas de oposição ao colonialismo digital e remete até mesmo ao conceito de direitos humanos instituintes, como demonstrado posteriormente.

### 3.1 Contribuições de Frantz Fanon no estudo das tecnologia de informação e comunicação

Apesar Fanon ter escrito suas obras há mais de meio século, suas ideias antirracistas não são apenas atuais, como também embasam em (diversos momentos) a pesquisa de Simone Browne.

15 *Ibid.*

A análise de Fanon sobre os efeitos do colonialismo e do racismo na psique negra e a forma como a vigilância e o controle operam em sistemas opressivos ressoam com a exploração de Browne sobre as práticas de vigilância e seu impacto em indivíduos e comunidades negras. Conforme menciona a autora[16]:

> Through Frantz Fanon's concept of epidermalization — that being the imposition of race on the body — I trace and provide a genealogy of modern, digital epidermalization by focusing on branding and the role of prototypical whiteness in the development of contemporary biometric information technology[17].

Assim, ao recorrer às ideias de Fanon, Browne amplia sua análise da vigilância além de um enfoque puramente tecnológico ou institucional. Ela incorpora as dinâmicas interseccionais de raça, poder e resistência, destacando como as tecnologias e práticas de vigilância reforçam hierarquias raciais e contribuem para a vigilância e controle contínuos dos corpos negros.

Em "Pele negra, máscaras brancas"[18], Fanon examina as experiências vividas pelos negros em uma sociedade já dominada pelo mencionado colonialismo e pelo racismo. A obra discute como as estruturas coloniais e a opressão racial moldam a subjetividade dos indivíduos negros, levando-os a internalizar os estereótipos e ideias de inferioridade impostas pelos colonizadores brancos. A ideia "máscara branca" se refere à forma como a população negra é compelida a adotar comportamentos, valores e padrões culturais brancos para que possam se enquadrar na sociedade dominante e para que possam se estabelecer em um "mundo de outros". Sobre isso, Lewis R. Gordon, em prefácio na obra de Fanon, comenta[19]:

> Fanon, entretanto, argumenta que o racismo força um grupo de pessoas a sair da relação dialética entre o Eu e o Outro, uma relação que é a base da vida ética. A conseqüência é que quase tudo é permitido contra tais pessoas, e, como a violenta história do racismo e da escravidão revela, tal licença é freqüentemente aceita com um zelo sádico. A luta contra o racismo anti-negro não é, portanto, contra ser o Outro. É uma luta para entrar na dialética do Eu e do Outro.

Esse conceito (máscaras brancas) adotado pela obra e a ideia de luta para entrar na dialética do "Eu e do Outro" são pontos fundamentais para compreen-

16 BROWNE, Simone. **Dark Matters**: On the surveillance of blackness. Durham: Duke University Press, 2015, p. 26.

17 O texto mencionado pode ser traduzido da seguinte maneira: Através do conceito de epidermalização de Frantz Fanon – que consiste na imposição da raça sobre o corpo – traço e forneço uma genealogia da epidermalização moderna e digital, enfocando a marcação e o papel da branquitude prototípica no desenvolvimento da tecnologia contemporânea de informações biométricas.

18 FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 5.

19 *Ibid*., p. 16.

dermos a necessidade de um processo de extinção do colonialismo (notadamente o colonialismo digital).

Segundo Silveira[20], como um desdobramento do colonialismo tradicional, o colonialismo digital impõe uma hierarquia de poder, onde os países dominantes exercem controle sobre os recursos digitais, dados e infraestrutura, enquanto os países subdesenvolvidos são relegados a uma posição de dependência e exploração. Nesse contexto, os indivíduos e comunidades dos países colonizados digitalmente podem sentir-se compelidos a adotar comportamentos, linguagens, valores e padrões culturais (impostos pelos agentes colonizadores digitais) em busca de inclusão e aceitação.

Ainda em "Pele Negra, Máscaras Brancas", Fanon[21] analisa como as estruturas coloniais e as relações raciais moldam a identidade e a subjetividade dos indivíduos negros. Dessa forma, é possível afirmar que o racismo provocado pelas ferramentas de reconhecimento facial pode ser entendido como uma extensão dessa dinâmica, onde a tecnologia é usada para perpetuar a inferiorização e a marginalização das pessoas negras.

Entretanto, as contribuições de Fanon extrapolam os estudos sobre os efeitos da vigilância na psique da negritude. O autor também é um dos primeiros expoentes no estudo da relação entre ciência e tecnologia e seus impactos. Essa compreensão de Fanon pode nos ajudar a compreender como as tecnologias violadoras podem ser apropriadas e utilizadas em um processo de luta contra o próprio colonialismo digital.

A tecnologia, para o autor martinicano, possuiu um importante papel no contexto dos processos de descolonização. Mais que isso, também possui relevância na luta contra o colonialismo a partir do momento que pode ser utilizada na mobilização e conscientização das massas colonizadas. É possível, por meio da reivindicação de tecnologias já existentes, a organização e a disseminação de informações importantes nas atividades de resistência.

É possível mencionar, por exemplo, as escaramuças em Túnis na década de 1950 e a necessidade de ampliação da rede de informação do povo argelino. A Argélia se uniu à frente anticolonialista do Magreb graças à aquisição de aparelhos de rádio e à definição de novas atitudes em relação a esta técnica de informação[22].

20 SILVEIRA; Sérgio Amadeu da; SOUZA, Joyce; CASSINO, João Francisco. **Colonialismo de dados**: como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal. São Paulo: Autonomia Literária, 2021, p. 35-36.

21 FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 10.

22 QUEIROZ, Ivo Pereira de. **Fanon, o reconhecimento do negro e o novo humanismo**: horizontes descoloniais da tecnologia. 2013. 221 f. Tese (Doutorado em Tecnologia) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 115.

Importa mencionar que o uso dessa ferramenta na luta anticolonial adquiriu tamanha importância que os argelinos, antes resistentes ao uso da tecnologia, passaram a abrir oficinas especializadas e a utilizar milhares de aparelhos de rádio à pilha[23].

Para além do campo psiquiátrico, as obras fanonianas têm sido utilizadas em outros campos (como na Comunicação Social e até mesmo no Direito) para apontar o lugar certamente político das ferramentas tecnológicas durante as etapas de colonização. Para Faustino e Lippold[24]:

> Do uso colonial das ciências médicas para a estigmatização da cultura autóctone até o emprego das técnicas agrícolas (plantation) voltadas à produção e à exportação de commodities, da participação da psiquiatria no desenvolvimento de técnicas de tortura até a introdução do rádio como forma de desmantelar a cultura muçulmana, Fanon problematizou com bastante cuidado a função colonial da tecnologia no contexto da dominação europeia, recusando qualquer pretensão a uma ciência ou tecnologia neutras.

Fanon evidencia, portanto, que a tecnologia pode ser vista como uma extensão do sistema colonial e não como uma entidade verdadeiramente neutra, sendo constantemente utilizada para subjugar e reprimir populações colonizadas.

O autor martinicano, para Queiroz[25], opõe-se a um autoritarismo derivado de um determinismo tecnológico, estabelecendo a necessidade de um esforço para a apropriação do conhecimento na luta pela libertação. Nos dizeres do próprio Fanon[26]:

> Se a construção de uma ponte não vai enriquecer a consciência daqueles que nela trabalham, então não se construa a ponte, continuem os cidadãos a atravessar o rio a nado ou numa balsa. A ponte não deve ser imposta por um deus ex machina ao panorama social, mas deve, pelo contrário, sair dos músculos e do cérebro dos cidadãos.

Pode-se afirmar que o autor enfatiza a importância da participação ativa das pessoas na construção de suas próprias soluções e infraestruturas. Ele argumenta que se a construção de uma estrutura não contribuir para o enriquecimento da consciência daqueles que estão envolvidos no processo, então ela não deveria ser construída de forma imposta ou externa.

23 *Ibid*., p. 116.

24 FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. **Colonialismo digital**: por uma crítica hacker-fanoniana. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2023, p. 185.

25 QUEIROZ, Ivo Pereira de. **Fanon, o reconhecimento do negro e o novo humanismo**: horizontes descoloniais da tecnologia. 2013. 221 f. Tese (Doutorado em Tecnologia) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 120.

26 FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. 2. ed. Tradução de José Laurênio de Mello. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 164.

Ao aplicar essa ideia ao contexto do colonialismo digital, podemos interpretá-la como um apelo à autodeterminação e à participação ativa das comunidades no desenvolvimento e uso da tecnologia.

Nesse sentido, é possível afirmar (a partir da leitura das obras do autor citado) que as soluções tecnológicas e digitais não devem ser impostas de cima para baixo por entidades externas, mas devem surgir das necessidades e das capacidades dessas próprias comunidades. A luta contra o colonialismo digital envolve, então, o empoderamento das comunidades marginalizadas para que possam desenvolver, controlar e utilizar a tecnologia de acordo com seus próprios interesses e necessidades.

Podemos reforçar, assim, que, muito embora não exista mais um processo de colonização dos países periféricos nos moldes dos séculos passados, o fenômeno do colonialismo ainda se faz presente. Contudo, antes que os estudos a respeito do colonialismo digital sequer tomassem forma, Fanon já deixava claro a necessidade de estruturação dos países descolonizados, o que deveria ser feito, inclusive, por meio da apropriação dos aparatos tecnológicos:

> O regime colonial cristaliza os circuitos, e a nação é obrigada, sob pena de sofrer uma catástrofe, a mantê-los. Talvez conviesse recomeçar tudo, alterar a natureza das exportações e não apenas o seu destino, reinterrogar o solo, o subsolo, os rios e - por que não? - o sol. Ora, para tanto precisa ser de alguma coisa mais que o investimento humano. Precisa-se de capitais, técnicos, engenheiros, de mecânicos [sem destaque no original] etc... Digamo-lo: acreditamos que o esforço colossal para que os dirigentes convidam os povos subdesenvolvidos não produzirá os resultados esperados. Se não se modificarem as condições de trabalho, serão necessários séculos para humanizar este mundo tornado animal pelas forças imperialistas[27].

Assim, para que efetivamente ocorra uma transformação de uma nação descolonizada, é necessário mais do que mero investimento em mão-de-obra humana, mas também de capitais técnicos, especialistas e tecnologia para que possa haver uma verdadeira promoção de mudanças e uma ruptura com as estruturas de exploração que foram impostas pelo processo de colonialismo.

Da mesma maneira, como demonstrado no decorrer do trabalho, lógica similar pode ser aplicada ao processo de desmanche do colonialismo digital. Se as ferramentas de policiamento preditivo e reconhecimento facial estão viciadas pelo pensamento racista das políticas criminais do norte global estigmatizantes e deletérias contra a população marginalizada (especialmente a população negra, como

27 FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. 2. ed. Tradução de José Laurênio de Mello. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 80.

mostra Simone Browne) dos países emergentes, não basta que essas tecnologias sejam simplesmente ignoradas e não sejam absorvidas por esses Estados. É preciso que o conhecimento técnico seja reivindicado em um verdadeiro processo subversivo e descolonizador.

### 3.2 A vigilância na perspectiva de Simone Browne: "Racializing Surveillance" e "Dark Sousveillance"

A ausência de neutralidade na concepção de ferramentas e técnicas (e até mesmo no próprio conhecimento científico) já é objeto de estudos há vários anos. Simone Browne[28] mostra de diferentes maneiras e por diferentes relatos históricos como as tecnologias têm sido utilizadas contra a negritude nos Estados Unidos. Não é surpresa que o domínio sobre determinadas tecnologias seja utilizado como instrumento de coação e controle.

Em "Dark Matters: On the surveillance of blackness", a autora relembra como o ideal de "panóptico" foi elaborado por Jeremy Benthan em 1786 como um modelo de supervisão da força de trabalho. A sua principal característica é uma torre central de onde é possível observar todas as celas ao redor. Essa estrutura permite que um único observador tenha uma visão completa e constante dos indivíduos que estão sendo vigiados, enquanto estes não conseguem saber se estão sendo observados[29].

O panóptico foi utilizado posteriormente como uma ferramenta analítica para questionar como opera o controle social em determinados corpos e espaços. Foucault, por exemplo, menciona que o Panóptico pode ser compreendido como um modelo geral capaz de definir as relações do poder com a vida cotidiana dos homens[30].

Foucault, ao buscar explicar o nascimento das prisões, analisa a forma como a punição deixou de possuir o caráter de espetáculo e passou a ter a finalidade de docilização dos corpos. Browne, por sua vez, demonstrou como o desenho arquitetônico, o registro, a documentação e o exame nos fortes e portos de tráfico de escravos (passando pela "Porta do Não Retorno" e os navios negreiros durante a viagem do Atlântico Médio, da África aos leilões e plantações do Novo Mundo) eram processos de definição sujeitos a violências constantes[31]. Assim, torna-se pos-

28 BROWNE, Simone. **Dark Matters**: On the surveillance of blackness. Durham: Duke University Press, 2015, p. 5.

29 *Ibid*., p. 33.

30 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 33. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007, p. 170.

31 BROWNE, Simone. **Dark Matters**: On the surveillance of blackness. Durham: Duke University Press, 2015, p. 42.

sível dizer que a regulação violenta da negritude era uma verdadeira mistura de espetáculo com disciplina e vigilância.

A autora compreende que, em verdade, a negritude tem estado no epicentro da criação de estratégias, ferramentas e infraestruturas de vigilância. Conforme menciona, o apagamento das narrativas dominantes de controle dos sujeitos negros acaba por privilegiar discussões acerca do tema de forma alheia à cor[32].

Dessa forma, o navio negreiro pode ser entendido como uma forma de vigilância que vai além do modelo panóptico. Enquanto o panóptico de Bentham se concentra na vigilância disciplinar em instituições fechadas, como prisões e hospitais, Browne destaca que o navio negreiro era uma forma móvel de vigilância em alto mar, onde os negros escravizados eram mantidos confinados.

É importante mencionar que o termo utilizado no título de sua obra: "Dark Matters", também é uma referência ao termo "Matéria Escura", componente não luminoso do universo, possivelmente existente, mas incapaz de ser observado. Demonstra-se que a negritude em diversas ocasiões é imperceptível no próprio estudo do fenômeno da vigilância e violência, ainda que ela seja uma matéria fundamental para a compreensão de uma sociedade disciplinar[33].

Importante ressaltar que o estudo realizado pela autora não se limita aos portos, navios negreiros ou mesmo plantações nas fazendas estadunidenses. Ao abordar um ponto já trazido pelo presente trabalho, Browne disserta com profundidade a respeito das leis das lanternas (aquelas carregadas obrigatoriamente pelos escravos durante a noite como forma de controle visual e terror) e menciona até mesmo a vigilância constatada em documentos governamentais, como o chamado "Book of Negroes"[34].

É válido destacar que a autora, ao tratar do "Book of Negroes", salienta que apesar de ter sido criado como parte de um processo de evacuação e "liberdade", era, na realidade, uma forma de controle sobre os corpos negros, funcionamento como uma tecnologia de catalogação racializada que permitia as autoridades exercerem o poder sobre os ex-escravos[35].

A autora também analisa a iluminação artificial usada no confinamento solitário, bem como o uso de flash de câmeras e programas de televisão que documentam a violência contra corpos negros. Essas tecnologias de terror visual, como

32 BROWNE, Simone. **Dark Matters**: On the surveillance of blackness. Durham: Duke University Press, 2015, p. 43.

33 *Ibid.*, p. 50.

34 *Ibid.*, p. 66.

35 *Ibid.*, p. 67.

ela as chama, tornam legíveis os corpos negros, destacando o papel da alta visibilidade na opressão e na perpetuação do racismo[36].

Não obstante, a autora ainda menciona o papel do branding, ou seja, da marca, na vigilância e no controle da negritude. Ela explora como o branding é usado como uma forma de exercer poder e impor narrativas dominantes sobre corpos.

A marcação física dos corpos tem sido uma prática histórica de controle e opressão, desde a marcação de escravos com ferro quente até as tatuagens utilizadas em prisões modernas. Browne[37] ressalta como essa prática de branding é uma forma de tornar a negritude visível e legível, ao mesmo tempo em que cria uma hierarquia racial baseada em estereótipos e preconceitos.

Para melhor compreender o fenômeno, a autora estabelece os termos "racializing surveillance" e "dark sousveillance. "Racializing surveillance" se refere a um tipo de vigilância que se baseia na produção de normas e práticas de controle social relacionadas à raça. É um sistema de vigilância que utiliza a raça como critério para definir o que é considerado dentro ou fora do lugar estabelecido pela sociedade. Essa forma de vigilância tende a reforçar fronteiras e limites raciais, resultando frequentemente em tratamento discriminatório para aqueles que são racializados de forma negativa[38].

Por outro lado, "dark sousveillance" é um termo estabelecido por Browne que representa uma forma de resistência. Trata-se de um elemento essencial à presente pesquisa que será analisado em conjunto com a ideia de direitos humanos instituintes (apresentada no terceiro capítulo).

A "sousveillance" se refere a um tipo de vigilância de baixo para cima, em que os indivíduos observam e monitoram as práticas das autoridades e do sistema de vigilância. A "dark sousveillance" se concentra especificamente na mobilização de críticas e práticas de resistência contra a vigilância racializante. É uma forma de se opor à vigilância opressiva por meio de estratégias de anti-vigilância, contra-vigilância[39] e outras práticas que buscam promover a liberdade e a autonomia das comunidades negras[40].

36 *Ibid*., p. 70.

37 BROWNE, Simone. **Dark Matters**: On the surveillance of blackness. Durham: Duke University Press, 2015, p. 100.

38 *Ibid*., p. 21.

39 A partir da leitura de Browne, entendemos que é relevante destacar que os termos anti-vigilância e contra-vigilância não são sinônimos. É possível afirmar que o primeiro diz respeito a possíveis técnicas e medidas adotadas para evitar ou resistir a um processo de vigilância. Por outro lado, o último termo já se refere a uma resposta direta à vigilância existente, com o objetivo de expor práticas abusivas e violações de privacidade.

40 *Ibid*., p. 21.

Tendo em vista que "Dark Matters" foi publicado no ano de 2015, a autora teve oportunidade de também traçar paralelos entre as tecnologias contemporâneas de reconhecimento facial e as práticas históricas de vigilância e controle sobre a negritude. Ao destacar em sua obra como os corpos negros têm sido objeto de uma sistemática vigilância, Browne reforça a discussão a respeito de questões críticas sobre o poder, a discriminação e a violência que podem estar embutidos nas tecnologias de reconhecimento facial (em especial aquelas destinadas ao campo da segurança pública).

A contribuição de Browne nos leva a conjecturar sobre como essas tecnologias reproduzem e amplificam a vigilância racializada, reforçando a importância de uma análise cuidadosa e da consideração dos impactos desiguais que elas podem ter sobre diferentes grupos étnicos e raciais. Não obstante, Browne, muito embora não trata especificamente do tema "colonialismo digital", aborda meios de resistência ao processo de vigilância contra a negritude. Por meio do termo "dark sousveillance", a autora busca subverter a narrativa dominante construída pela vigilância, que muitas vezes retrata essas comunidades como ameaças e criminosas. Ela aponta as experiências e perspectivas daqueles que estão sob constante controle, mostrando como esses grupos procuram ser protagonistas na narrativa sobre suas vidas e na luta contra a opressão[41].

A partir da leitura de Browne, é possível mencionar várias formas de "dark sousveillance"[42]. A prática pode até mesmo envolver o uso de tecnologias de mídia, como câmeras de telefone celular e mídias sociais, para documentar e compartilhar evidências de abusos e injustiças.

É possível mencionarmos alguns exemplos como o uso de tecnologias de gravação de vídeo por comunidades afro-estadunidenses para documentar suas interações com polícias e abordagens policiais.

A própria autora menciona o caso brutal da gravação da violência praticada contra Rodney King, em 1991, como um importante exemplo de sousveillance[43]. No caso mencionado, um homem negro chamado Rodney Glen King foi perseguido pela polícia por dirigir embriagado na rodovia I-210, sendo espancado por policiais do Departamento de Polícia de Los Angeles (LAPD). O evento foi testemunhado e gravado por outro homem, chamado George Holliday. O vídeo, que

41 BROWNE, Simone. **Dark Matters**: On the surveillance of blackness. Durham: Duke University Press, 2015, p. 22.

42 *Ibid*., p. 22-23.

43 *Ibid*., p. 19.

mostrava a agressão ao homem desarmado e no chão, foi transmitido pela emissora de notícias local, causando grande comoção[44].

Redes sociais também podem ser palco do fenômeno, quando as pessoas passam a compartilhar suas experiências e perspectivas nas mídias digitais, permitindo que vozes marginalizadas sejam ouvidas.

No lugar de serem simplesmente sujeitados à narrativa dessas autoridades, esses indivíduos de tais comunidades podem, assim, valer-se da tecnologia para desafiar as narrativas dominantes e buscar apontar a violação a direitos. Conforme demonstra a autora[45], a "dark soulsveillance" é um verdadeiro espaço de crítica e resistência, representando uma maneira de lidar com a vigilância antinegritude.

## 4 A apropriação das tecnologias digitais a partir da noção de direitos humanos instituintes

O que se pode fazer com conhecimentos, tecnologias e ferramentas que são impostos por meio da violência pelo grupo colonizador? Faustino e Lippold realizam essa indagação[46] e respondem que a solução, inspirada em Fanon, não está nem na refutação completa da tecnologia, nem em sua incorporação acrítica.

É preciso mencionar, inicialmente, que as tecnologias abordadas nesse trabalho (como as de reconhecimento facial) fazem parte desse conjunto de conhecimentos impostos violentamente por grupos centrais do capitalismo contemporâneo. No campo da segurança pública, por exemplo, a falsa ideia de que uma ferramenta policial importada seria neutra e teria o mesmo nível de eficácia tanto no Brasil como em seu país de origem (como se até mesmo lá ela tenha sido eficaz) ignora todo processo de criação algorítmica e todo discurso punitivista e racista nela incorporados.

Um dos maiores exemplos desse tipo de ferramenta reside no projeto PredPol, criado para se utilizar de algoritmos e análises estatísticas para prever onde e quando crimes poderiam ocorrer. Tratava-se inicialmente de um projeto de pesquisa realizado pelo Departamento de Polícia de Los Angeles (LAPD) em colaboração com a Universidade da Califórnia (UCLA). O estudo foi iniciado ainda em

44 LEVIM, Sam. **Rodney King**: 30 years after brutal beating, activists say LAPD 'still corrupt and violent', 2021. Disponível em: https://www.theguardian.com/us-news/2021/mar/02/rodney-king-lapd-police-30-years-later. Acesso em: 28, fev. 2024.

45 *Ibid*., p. 21.

46 FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. **Colonialismo digital**: por uma crítica hacker-fanoniana. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2023, p. 184.

2011, após um conjunto de estudos que buscavam melhorar a segurança pública na cidade[47].

O funcionamento do PredPol ocorre pela análise de dados históricos de crimes, como em relatórios de ocorrências, além de localizações precisas e horários. A partir desses dados, é possível que os algoritmos identifiquem padrões espaciais e temporais, apontando para áreas de maiores riscos. Torna-se, assim, possível a concentração dos esforços policiais nessas localizações[48].

Ocorre que além de ferramentas como a mencionada terem sua eficácia debatida, o policiamento preditivo ainda pode reforçar preconceitos de raça já existentes a partir do momento em que os dados históricos podem refletir desigualdades sociais e raciais.

Isso significa que certamente são os bairros de comunidades não brancas os mais afetados, uma vez que pessoas negras são historicamente presas por coisas pelas quais não são presas pessoas brancas (ainda mais quando membros da própria polícia, reforçada por uma política de Tolerância Zero, são responsáveis pelos dados).

No Brasil, uma das tentativas mais próximas de implementar vigilância policial preditiva foi feita pela polícia de São Paulo por meio da adoção do sistema de monitoramento inteligente conhecido como Detecta. Este sistema foi um ponto focal da campanha de reeleição estadual de Geraldo Alckmin. O Estado de São Paulo buscou instalar um sistema de policiamento baseado em previsões utilizando um software específico similar à ideia do PredPol[49].

Não são poucas as críticas feitas a essas ferramentas que substituem políticas públicas transformativas. Não se busca, com essas tecnologias, atingir a raiz da criminalidade, apenas controlar grupos marginalizados. Essas críticas também desvelam a fragilidade do argumento da neutralidade tecnológica, oriunda de um solidificado tecnoliberalismo[50].

Contextualizando o objeto do artigo, cremos que, do ponto de vista fanoniano, as tecnologias digitais não devem ser rechaçadas e excluídas (o que atualmente nem mesmo é possível) devido a seu potencial lesivo de direitos fundamentais

47 LUCENA, Pedro Arthur Capelari de. Viés e racismo no policiamento preditivo: casos estadunidenses e os reflexos de conexão com o Brasil. In: **Revista de Direito e Novas Tecnologias**. V. 7, abr. – jun. 2020, p. 5.

48 LUCENA, Pedro Arthur Capelari de. Viés e racismo no policiamento preditivo: casos estadunidenses e os reflexos de conexão com o Brasil. In: **Revista de Direito e Novas Tecnologias**. V. 7, abr. – jun. 2020, p. 5.

49 *Ibid*., p. 7.

50 SILVA, Tarcízio. **Racismo algorítmico**: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais. São Paulo: Edições Sesc, 2022, p. 18.

(principalmente quanto a certas populações), nem abraçadas como inovações livres de defeitos.

Uma nova pergunta surge a partir dessa breve conclusão: como poderiam tais tecnologias ser utilizadas fora da lógica colonial, ou melhor, como poderiam ser utilizadas como instrumentos de subversão a essa mesma lógica?

A resposta a essa nova indagação parte por uma necessária análise do que está no centro dessas tecnologias: o banco de dados que alimentam a chamada inteligência artificial. Toda programação e trabalho algorítmico parte de uma alimentação do banco de dados e esbarra em um tema sensível: a proteção de dados pessoais. Guerra[51] menciona que se deve buscar uma proteção sistêmica e proativa, utilizando como base legislações de proteção de dados, o que inclui a legislação brasileira (LGPD). Cabe ressaltar que a proteção de dados pessoais foi elevada ao *status* de direito fundamental, consoante a nova redação do art. 5º, ao estabelecer no inciso LXXIX: "[...] é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais[52]".

Ainda assim, a resposta não pode estar concentrada apenas na legislação ou mesmo no texto constitucional. Faz-se aqui uma importante interlocução com a ideia de direitos humanos instituintes, de David Sanchez Rúbio. O autor propõe o conceito de "direitos humanos instituintes" como uma abordagem que vai além da ideia tradicional de direitos humanos como normas e garantias já estabelecidas pelo Estado. Segundo sua perspectiva, os direitos humanos são aqueles que são constantemente construídos e reinventados pelos movimentos sociais e pelas práticas de resistência. Em vez de apenas reivindicar e exigir direitos já estabelecidos, os direitos humanos instituintes se referem à capacidade de transformar e reconfigurar a própria noção de direito, adaptando-se às necessidades e demandas emergentes das comunidades marginalizadas. Essa abordagem enfatiza a participação ativa das pessoas na criação e afirmação de seus próprios direitos, buscando desafiar e superar as estruturas de poder dominantes que podem perpetuar a exclusão e a opressão[53].

Segundo David Sánchez Rubio[54], o direito estatal legítimo, por si só, é incapaz de promover plenamente os direitos humanos. Ele argumenta que as estruturas legais e institucionais estabelecidas muitas vezes refletem e reforçam desigual-

51 GUERRA, Paola Cantarini. Por uma IA democrática, inclusiva e decolonial: "frameworks" de proteção a todos os direitos fundamentais. In: **Jornal da USP**, 2023. Disponível em: https://jornal.usp.br/?p=639785. Acesso em: 7, jul. 2023.

52 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28, fev. 2024.

53 SÁNCHEZ RUBIO, David. **Direitos humanos instituintes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 10.

54 *Ibid*., p. 54-55.

dades e relações de poder existentes na sociedade. O direito institucional está enraizado em sistemas legais e políticos que podem ser influenciados por interesses econômicos, políticos e sociais dominantes, resultando em normas e práticas que não necessariamente garantem a igualdade, a justiça e respeito pela dignidade.

Portanto, Sánchez Rubio argumenta que é necessário um enfoque mais amplo e inclusivo, que incorpore as perspectivas e as vozes das pessoas afetadas pelas violações de direitos humanos, bem como dos movimentos sociais e das comunidades marginalizadas.

É nesse sentido que surgem movimentos e projetos como o "DecolonizAI". A ideia de utilizar a inteligência artificial em um projeto anticolonial envolve questionar e reformular os paradigmas, algoritmos e dados que perpetuam desigualdades e injustiças sociais, visando a inclusão, diversidade e justiça nas aplicações e desenvolvimento da inteligência artificial. A plataforma é formada por pesquisadores de diferentes áreas e possui como objetivos:

> 1) agregar pesquisadores com interesse e produção acadêmica que se relaciona com a diversidade cultural, étnica, identitária em estudos sobre a sociedade e tecnologia; 2) reunir referências que colaborem para compreensão e reflexão sobre o tema; 3) apresentar exemplos visuais que colaborem para compreensão do tema por um público mais amplo, através de memes, fotos, vídeos, gráficos, etc.; 4) tornar-se um ambiente interativo para provas de conceito de projetos relacionados ao tema como IHC inclusiva, IHC feminista, APIs de filtragem de conteúdo semântico a partir de premissas éticas, assim como planos futuros de construir uma base de dados decentralizada com o controle dos usuários proprietários dos dados postados na plataforma[55].

De forma específica, o projeto "DecolonizAI" conta com pesquisas por parte de seus colaboradores que abordam temas cirúrgicos no processo de desconstrução de tecnologias violadoras de direitos[56].

Movimentos como o mencionado são importantes porque muito embora seja complexo e até mesmo impraticável buscar uma solução específica e certamente eficaz para os problemas advindos do reconhecimento facial (haja vista a existência de inúmeras ferramentas voltadas para diferentes finalidades), é possível pensarmos tanto em uma apropriação fanoniana da inteligência artificial (valendo-se dos estudos já realizados e buscando uma utilização na luta contra o

55 DECOLONIZAI. **Sobre o projeto**, 2023. Disponível em: https://www.decolonizai.com/sobre-o-projeto/. Acesso em: 7, jul. 2023.

56 Podemos citar as seguintes pesquisas: 1) Inteligência artificial como ferramenta para acessibilidade e inclusão; 2) Utilização de Inteligência Artificial no Contexto Humanitário: do Humanitarismo de Vigilância ao Tecnosolucionismo e Tecnocolonialismo; e 3) Reparação em regulação de inteligência artificial: parâmetros para uma atenção efetiva e holística a vítimas (Disponível em: https://www.decolonizai.com/projetos/).

colonialismo e a violação de direitos), quanto no conceito de "dark sousveillance", de Browne, a partir de uma "vigilância que vem de baixo".

Os direitos humanos instituintes de Sánchez Rubio[57] destacam, assim, a importância de movimentos sociais e práticas de resistência na construção e reafirmação dos direitos humanos. Isso implica que as pessoas devem ter a capacidade de moldar e reinventar os conceitos e práticas de direitos humanos, adaptando-os às suas necessidades e demandas emergentes. Isso envolve desafiar as estruturas de poder e as normas existentes que podem perpetuar a exclusão e a opressão.

Da mesma forma, em Frantz Fanon e Simone Browne é possível compreender a necessidade de uma abordagem descolonizadora na utilização da tecnologia. Fanon[58] examinou as dinâmicas de poder e opressão inerentes ao colonialismo, especialmente no contexto da imposição da raça sobre o corpo. Pode-se destacar a importância de desafiar e subverter as estruturas coloniais, incluindo as práticas e as tecnologias que sustentam o colonialismo.

Portanto, ao conectar essas ideias, pode-se inferir que a utilização da tecnologia na luta contra o colonialismo está alinhada ao conceito de direitos humanos instituintes. Torna-se possível adotar uma abordagem crítica e consciente que questiona as estruturas de poder, os preconceitos embutidos e as desigualdades resultantes do uso da tecnologia. Isso implica uma busca por práticas tecnológicas que sejam inclusivas, justas e que capacitem as comunidades marginalizadas[59].

## 5 Conclusão

Frantz Fanon[60] e Simone Browne, cada um em seu respectivo campo de estudo, contribuíram para a análise crítica da tecnologia, principalmente no que diz respeito às questões de poder, opressão e raça. Embora abordem aspectos distintos, há pontos em comum em suas pesquisas.

Ambos os autores exploram como a tecnologia pode ser usada como uma ferramenta de controle e opressão em contextos coloniais e pós-coloniais. Fanon examina o papel da tecnologia na imposição da raça sobre o corpo, analisando como ela é empregada para perpetuar a dominação colonial. Ele destaca o impacto

57 SÁNCHEZ RUBIO, David. **Direitos humanos instituintes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 54.

58 FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 20.

59 É possível mencionar redes de coletivos independentes como o PerifaLAB, que buscam empoderar lideranças de comunidades periféricas, por meio do aprendizado tecnológico, com o intuito de influenciar de modo positivo a tomada de decisões e políticas no Brasil (Disponível em: https://www.perifalab.org).

60 Importante novamente ressaltar que apesar de não ter tratado diretamente do tema, suas obras e seu ativismo inspiraram um grande movimento de resistência ao colonialismo.

da tecnologia na objetificação e racialização do corpo negro, por meio de práticas médicas e psiquiátricas coloniais.

Por sua vez, Browne concentra-se nas tecnologias de vigilância e em como elas se relacionam com o controle racializado. Ela investiga como as práticas de vigilância, como o uso de câmeras de segurança e sistemas de reconhecimento facial, têm efeitos desproporcionais sobre as comunidades marginalizadas. Browne, assim, demonstra como a vigilância racial, por meio da tecnologia, perpetua e reforça a opressão, além de reforçar estereótipos e preconceitos arraigados.

É possível asseverar que ambos os pensadores valorizam a experiência vivida das pessoas marginalizadas como uma fonte de conhecimento e como um ponto de partida para a compreensão das relações de poder. Eles destacam a importância de ouvir e dar voz às experiências das comunidades oprimidas, a fim de desafiar narrativas dominantes e construir uma análise crítica mais abrangente.

Não obstante, também é possível apontar como ponto de convergência o fato de que ambos defendem a resistência e a luta contra a opressão como caminhos para a emancipação. Eles destacam a importância da ação coletiva, da conscientização e do empoderamento das comunidades marginalizadas na busca por justiça e igualdade (como é o caso de projetos como o PerifaLAB).

Já existem grupos e pesquisas no sentido de fazer uso dessas ferramentas tecnológicas de forma não violadora e decolonial (mencionamos as pesquisas: Inteligência artificial como ferramenta para acessibilidade e inclusão; Utilização de Inteligência Artificial no Contexto Humanitário: do Humanitarismo de Vigilância ao Tecnosolucionismo e Tecnocolonialismo; e Reparação em regulação de inteligência artificial: parâmetros para uma atenção efetiva e holística a vítimas, desenvolvidas pelo projeto DecolonizAI).

Uma das maneiras pelas quais esses projetos podem ajudar na luta contra a vigilância e o racismo é, para além de suas pesquisas, pela própria disseminação de uma reflexão crítica sobre as tecnologias existentes e os sistemas que as sustentam. Isso envolve o necessário questionamento a respeito de como algoritmos, inteligência artificial e outras ferramentas tecnológicas podem perpetuar e amplificar os já mencionados viéses raciais e a discriminação sistêmica.

Além disso, não se pode olvidar que esses projetos muitas vezes buscam ampliar a diversidade e a representação nas indústrias de tecnologia, que historicamente têm sido dominadas por indivíduos brancos já inseridos dentro de uma lógica racista (como o caso de policiais responsáveis pela alimentação dos bancos de dados de ferramentas de policiamento preditivo)

É justamente essa busca por emancipação que pode ser alinhada à ideia de direitos humanos instituintes. Os direitos humanos instituintes partem do reco-

nhecimento de que os direitos são conquistados através de lutas sociais e políticas, muitas vezes realizadas por aqueles que são oprimidos e marginalizados. Ao rejeitarmos a ideia de que os direitos são concedidos de forma estática e inquestionável, o conceito de direitos humanos instituintes destaca a importância de desafiar as estruturas de poder opressivas e promover a transformação social. Isso se alinha com a defesa de Fanon e Browne de uma resistência ativa e engajada contra a opressão racial e a vigilância.

## Referências bibliográficas

BOCARD, Taysa. **Usos e riscos do reconhecimento facial**, 2020. Disponível em: https://usemobile.com.br/usos-reconhecimento-facial/. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28, fev. 2024.

BROWNE, Simone. **Dark Matters**: On the surveillance of blackness. Durham: Duke University Press, 2015.

BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. In: **Conference on Fairness, Accountability, and Transparency**, 2018. Disponível em: https://www.media.mit.edu/publications/gender-shades-intersectional-accuracy-disparities-in-commercial-gender-classification/. Acesso em: 31 mar. 2023.

CASTILHO, Marcos Alexandre; SILVA, Fabiano; WEINGAERTNER, Daniel. **Algoritmos e estruturas de dados**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2020.

DECOLONIZAI. **Sobre o projeto**, 2023. Disponível em: https://www.decolonizai.com/sobre-o-projeto/. Acesso em: 7, jul. 2023.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. 2. ed. Tradução de José Laurênio de Mello. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. **Colonialismo digital**: por uma crítica hacker-fanoniana. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 33. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

GROSNER, Marina Quezado. **A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: O Tratamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habes Corpus. São Paulo: IBCCRIM, 2008. 151p.

GUERRA, Paola Cantarini. Por uma IA democrática, inclusiva e decolonial: "frameworks" de proteção a todos os direitos fundamentais. In: **Jornal da USP**, 2023. Disponível em: https://jornal.usp.br/?p=639785. Acesso em: 7, jul. 2023.

KIMBALL, Whitney. **Polícia dos EUA prende injustamente homem negro identificado por tecnologia de reconhecimento facial**, 2020. Disponível em: https://gizmodo.uol.com.br/policia-prende-homem-negro-reconhecimento-errado/. Acesso em: 31, mar. 2023.

LEVIM, Sam. **Rodney King**: 30 years after brutal beating, activists say LAPD 'still corrupt and violent', 2021. Disponível em: https://www.theguardian.com/us-news/2021/mar/02/rodney-king-lapd-police-30-years-later. Acesso em: 28, fev. 2024.

LUCENA, Pedro Arthur Capelari de. Viés e racismo no policiamento preditivo: casos estadunidenses e os reflexos de conexão com o Brasil. In: **Revista de Direito e Novas Tecnologias**. V. 7, abr. – jun. 2020.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MANN, Steve. **"Sousveillance"**: Inverse Surveillance in Multimedia Imaging, 2012. Disponível em: https://www.ics.uci.edu/~djp3/classes/2012_09_INF241/papers/sousveillance.pdf. Acesso em:

12, jul. 2023.

NAJIBI, Alex. **Racial discrimination in face recognition technology**. Harvard University, 2020. Disponível em: https://21stcenturyresearch.cn/wp-content/uploads/2023/04/Article-Biometrics-Racial-Discrimination-in-Face-Recognition-Technology-Science-in-the-News-Harvard-University-2020-10-24.pdf. Acesso em: 01 jun. 2023.

OLIVEIRA, Ingrid. **Homem negro é preso por erro em tecnologia de reconhecimento facial**, 2023. Disponível em: https://www.terra.com.br/byte/homem-negro-e-preso-por-erro-em-tecnologia-de-reconhecimento-facial,6ab3897c31dae02a06a9df0c2551d18884wa4f7q.html. Acesso em: 31, mar. 2023.

PHILLIPS, P. Jonathon; RAUSS Patrick; DER, Sandor. **FERET (Face Recognition Technology) Recognition Algorithm Development and Test Results**, 1996. Disponível em: https://www.nist.gov/system/files/documents/2021/04/27/feret3.pdf. Acesso em: 30 mar. 2023.

QUEIROZ, Ivo Pereira de. **Fanon, o reconhecimento do negro e o novo humanismo**: horizontes descoloniais da tecnologia. 2013. 221 f. Tese (Doutorado em Tecnologia) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

SALES, Caio César Galdino. **Impactos sociais do reconhecimento facial**: Privacidade e vigilância. Dissertação de mestrado, Iscte - Instituto Universitário de Lisboa, 2021. Disponível em: http://hdl.handle.net/10071/24838, acesso em 29, mar. 2023.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Direitos humanos instituintes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SILVA, Tarcízio. **Racismo algorítmico**: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais. São Paulo: Edições Sesc, 2022.

SILVEIRA; Sérgio Amadeu da; SOUZA, Joyce; CASSINO, João Francisco. **Colonialismo de dados**: como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal. São Paulo: Autonomia Literária, 2021.

VERASZTO, Esféfano Vizconde (et. al.). Tecnologia: Buscando uma definição para o conceito. In: **Prisma.com**, n. 7, 2008. Disponível em: https://brapci.inf.br/index.php/res/v/66904. Acesso em: 29, mar. 2023.

# A (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES REAIS PARA A GARANTIA DO CONFISCO ALARGADO

*THE (IM)POSSIBILITY OF USING PATRIMONIAL PRECAUTIONARY MEASURES TO GUARANTEE EXTENDED CONFISCATION*

***Ana Beatriz da Luz***[1]

***Isabela Maria Stoco***[2]

***Gabriel Bertin de Almeida***[3]

**RESUMO**: O presente estudo tem como objetivo a análise da tutela cautelar do confisco alargado, recentemente introduzido na legislação brasileira pela Lei 13.964/2019, visando responder ao seguinte questionamento: é possível a utilização das medidas assecuratórias previstas na legislação processual penal para a garantia deste "novo" efeito da condenação? Para tanto, a pesquisa, por meio de revisão bibliográfica, passa pela compreensão do contexto fático que ensejou a alteração legislativa, bem como seus aparentes objetivos e influências encontradas no cenário internacional, especialmente na União Europeia. Demonstrar-se-á, além disso, os principais contornos legais tanto do confisco alargado, quanto das medidas cautelares reais, a fim traçar entre eles um possível paralelo. Como conclusão, e em resposta ao questionamento inicial, o estudo demonstra a impossibilidade de utilização das medidas cautelares reais atualmente previstas na legislação processual penal brasileira para tal finalidade, o que encontra óbice em determinadas lacunas legislativas a respeito de ambos os temas, sugerindo, assim, que o aprimoramento do aspecto patrimonial da condenação criminal demanda, antes da inserção de novos mecanismos de perdimento de bens, o aperfeiçoamento dos instrumentos cautelares há muito existentes no ordenamento jurídico pátrio.

**PALAVRAS-CHAVE**: Confisco alargado. Medidas cautelares reais. Crime organizado.

**ABSTRACT***: The present study analyzes the precautionary protection of extended confiscation, introduced into Brazilian legislation by Law*

1 Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); Especialista em Direito e Processo Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), campus Londrina; Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. ORCID: 0000-0003-2875-6988

2 Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); Especialista em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) e em Compliance e Governança Jurídica pela FAE Centro Universitário. Advogada. ORCID: 0000-0002-3939-0208

3 Doutor e mestre em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Advogado. ORCID: 0000-0003-1524-5679

*13.964/2019. It seeks to answer whether existing patrimonial precautionary measures in criminal procedural legislation can guarantee this 'new' criminal conviction effect. Through a bibliographical review, the research delves into the factual context leading to legislative modification, its apparent objectives, and its influences on the international scene, especially in the European Union. Furthermore, the main legal contours of both extended confiscation and patrimonial precautionary measures will be demonstrated to draw a possible parallel between them. The study demonstrates the impossibility of using current precautionary measures in Brazilian criminal procedural legislation for this purpose due to legislative gaps in both topics. This suggests that improving the patrimonial aspect of criminal conviction requires enhancing longstanding precautionary instruments in the national legal system before introducing new mechanisms for asset forfeiture.*

**KEY-WORDS:** *Extended confiscation. Patrimonial precautionary measures. Organized crime.*

**SUMÁRIO**: 1 Introdução; 2 Breve panorama do confisco alargado; 3 As medidas cautelares reais; 4 Sequestro de bens e confisco alargado; 5 Conclusão; Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

A Lei 13.964/2019, com a finalidade de aprimorar o combate à criminalidade por meio do aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, introduziu, no Código Penal, o artigo 91-A, inserindo no ordenamento jurídico pátrio um mecanismo bastante difundido no cenário internacional: o confisco alargado. Em resumo, referido dispositivo prevê um novo efeito da condenação criminal, ao lado do tradicional perdimento de bens que constituam produto ou proveito do crime, previsto no artigo 91, inciso II, alínea 'b', do Código Penal. A partir da alteração legislativa, é possível que também sejam considerados como de proveniência criminosa todos os bens correspondentes à diferença entre o patrimônio do condenado e aquele que seria compatível com o seu rendimento lícito. Trata-se, porém, de hipótese admitida apenas nos casos de condenação por delito cuja pena máxima seja superior a seis anos.

Por outro lado, o aspecto patrimonial da condenação criminal guarda relação direta com as chamadas medidas cautelares reais ou assecuratórias, as quais se prestam justamente à garantia dos efeitos pecuniários da sentença penal condenatória: o perdimento de bens e a reparação de eventual dano causado pelo delito. Assim, a alteração legislativa demanda a análise a respeito do cabimento de tais medidas também para a garantia do novo efeito extrapenal da condenação inserido no artigo 91-A do Código Penal.

Sem pretender esgotar o tema, o presente estudo se debruça sobre a questão, analisando-a não apenas a partir da legislação atual, mas também dos projetos

de lei que a embasaram e de outras propostas ainda em trâmite no mesmo sentido. Objetiva-se, assim, sem desprezar a importância do aperfeiçoamento legislativo no que se refere ao aspecto patrimonial da condenação criminal, chamar atenção a determinadas lacunas existentes na Lei 13.964/19, especialmente quando analisada em conjunto com o tema das medidas assecuratórias.

## 2 Breve panorama do confisco alargado

Para a compreensão do confisco alargado é essencial rememorar, inicialmente, que a preocupação com os efeitos patrimoniais da prática criminosa não é recente. Desde a redação original do Código Penal de 1940[4] a condenação criminal vem acompanhada de consequências que ultrapassam a imposição da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos propriamente dita. Esses efeitos estão previstos no artigo 91 do Código Penal, o qual, em seu inciso II, alínea 'b', dispõe a respeito do perdimento do produto do crime ou de qualquer valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática criminosa. O objetivo da norma é bastante claro: assegurar que o cometimento de delitos não resulte em vantagem econômica ao condenado.

A partir da Lei 13.964/19, porém, novo efeito da condenação foi introduzido no artigo 91-A do Código Penal: o confisco alargado. O dispositivo autoriza que, em havendo condenação por crime cuja pena máxima cabível seja superior a seis anos, seja decretada "a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito". Trata-se, portanto, de ampliação do perdimento até então existente na legislação, o qual se limitava ao produto ou proveito do crime concretamente considerado e pelo qual o agente tivesse sido efetivamente condenado.[5]

A proposta de implementação do confisco alargado no ordenamento jurídico pátrio remonta ao ano de 2015, como resultado da histórica Operação Lava Jato[6]. À época, o Ministério Público Federal realizou o lançamento da campanha

4 BRASIL. Decreto-Lei 2.848/1940. Redação original. Disponível em: http://bitly.ws/PNT3. Acesso em: 10 fev. 2023.

5 Na definição de Cardoso e Souza, "a perda alargada nada mais é que a expansão da perda clássica; é, assim, a perda de produtos, bens ou instrumentos além daqueles estritamente vinculados ao crime em razão do qual há uma condenação criminal." (SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 24, n. 118, p. 233–271, jan./fev., 2016.)

6 A respeito do contexto político-criminal que remonta à proposta de implementação do confisco alargado no ordenamento jurídico pátrio, Sánchez Rios e Costa explicam que a reforma legislativa se inclui em "um âmbito recente de uma política criminal direcionada à chamada *criminalità del profitto*, a exigir novas soluções acerca da finalidade do direito penal e sua legitimidade como instrumento Estatal de controle da ordem social. Como tal criminalidade recobre a vida econômica e os ganhos daí advindos, a reconfiguração do ramo repressor para sobretudo no desenvolvimento de medidas de prevenção patrimoniais sobre os proveitos ilicitamente acumulados. (RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Confisco

nacional intitulada "10 medidas contra a corrupção": um conglomerado de propostas de alterações legislativas visando "aprimorar a prevenção e o combate à corrupção e à impunidade"[7]. No ano seguinte, foi apresentado ao Congresso Nacional, como projeto de lei de iniciativa popular, o PL n. 4.850/2016[8], que contou com mais de duas milhões de assinaturas[9] e incluiu, dentre as suas propostas, a implementação de uma "perda alargada" no ordenamento jurídico brasileiro.

O instituto, porém, foi efetivamente implementado pela Lei 13.964/2019. O diploma legal é resultado de dois projetos: o PL 10.372/2018[10], que reuniu propostas da comissão coordenada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, e o PL 882/2019[11] (anexado ao primeiro), que contempla as propostas formuladas por Sérgio Moro, então Ministro da Justiça e Segurança Pública.

A perda alargada encontra guarida em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção de Viena de 1988, a qual, embora tenha como foco o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, faz referência à importância da recuperação de ativos para o sucesso da repressão e prevenção desejadas[12]. Disposições semelhantes são verificadas nas convenções de Palermo (2000) e Mérida (2003).

No cenário internacional o confisco alargado é mecanismo bastante difundido já há algum tempo, estando presente no ordenamento jurídico de 25 dos 27 países integrantes da União Europeia[13], sendo que a existência do instituto no direito comparado é utilizada, inclusive, como justificativa para sua implementação no Brasil. O Ministério Público Federal, ao propor o confisco alargado dentre as já citadas medidas contra a corrupção, salientou o seguinte:

---

alargado: ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/2019. In: TEIXEIRA, Adriano. Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 20)

7 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2016. Disponível em: https://dezmedidas.mpf.mp.br/. Acesso em: 10 fev. 2023.

8 Convertido no PL n. 3855/2019. Atualmente, aguarda a constituição de Comissão Temporária pela Mesa, conforme informações obtidas junto à página da Câmara dos Deputados, disponível em: http://bitly.ws/PNTd. Acesso em: 10 fev. 2023.

9 Informações disponíveis em: https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico. Acesso em: 10 fev. 2023.

10 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 10.372/2018. Disponível em: http://bitly.ws/PNTr. Acesso em: 10 fev. 2023.

11 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 882/2019. Disponível em: http://bitly.ws/PNTx. Acesso em: 10 fev. 2023.

12 VIEIRA, Roberto D'Oliveira. Análise de direito comparado do confisco alargado: aportes da perda alargada para o Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito. Universidade Católica de Brasília. Brasília. 2017, p. 20. Disponível em: https://bit.ly/3sjr01D. Acesso em: 10 fev. 2023.

13 CUNHA, Vitor Souza. O confisco alargado no processo penal brasileiro: uma análise de suas regras probatórias. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v. 22, ano 15, n. 2, mai/ago 2021, p. 783.

> Essa medida, que encontra instituto similar em muitos países, como Portugal, França, Itália, Alemanha, Reino Unido e EUA, segue diretrizes de tratados em que o Brasil é signatário. Por atingir apenas o patrimônio de origem injustificada, vários tribunais no mundo já reconheceram que tal medida se harmoniza com os princípios constitucionais basilares em regimes democráticos.[14]

O surgimento do confisco alargado, nesse contexto, está diretamente relacionado à necessidade de impedir a continuidade de atividades de organizações criminosas, a partir da constatação da "ameaça corrosiva da disponibilidade do capital criminoso para a integridade do tecido social e político".[15] Sabe-se que, com a criminalidade organizada, o dano advindo de práticas criminosas assume um caráter difuso[16]. Busca-se, com o confisco, o estrangulamento de tais organizações, ao impedir que suas atividades sejam financiadas com o proveito dos delitos praticados por seus membros.

Especificamente no âmbito da União Europeia[17] observa-se relevante preocupação com o combate às organizações criminosas. Nesse contexto (e, no que se refere ao perdimento de bens), algumas Decisões-Quadro e uma diretiva da União Europeia foram de grande importância. Inicialmente, a Decisão-Quadro 2005/2012/JAI ressalta, já no preâmbulo, que o combate eficaz da criminalidade organizada deve necessariamente atingir o lucro advindo de tal atividade. Referida decisão inovou ao expandir os limites da perda de bens, permitindo que esta ocorra com base em condutas delitivas que não aquela pela qual o agente é condenado na situação concreta.[18] Referida expansão, porém, foi vinculada a crimes específicos, como terrorismo, tráfico de seres humanos e de drogas, etc. Exigia-se também que a conduta objeto da condenação prévia gerasse proveitos financeiros e que estivesse necessariamente vinculada a uma organização criminosa.[19]

---

14 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, *op. cit.*

15 TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. Proposições para interpretação das disposições sobre o confisco alargado estabelecidas no Código Penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 177, ano 29, mar/2021, p. 22.

16 ESSADO, Tiago Cintra. A perda de bens e o novo paradigma para o Processo Penal Brasileiro. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014, p. 22.

17 "Dizer que o confisco alargado foi intensamente discutido na ordem internacional não significa, como observa Vieira, que o instituto tenha surgido por tratados ou atos normativos da União Europeia. A título de exemplo, a Itália, desde o ano de 1965, permite uma espécie de confisco preventivo não baseado em condenação, muito semelhante ao confisco alargado, que foi incorporado ao sistema jurídico para combater crimes praticados por organizações criminosas do tipo mafiosa (Lei n.º 575, de 31 de maior de 1965). Sobre essa medida de confisco, vale observar que a legislação italiana da década de 60 já utilizava a desproporção entre os ativos e a renda lícita da pessoa acusada para justificar a perda dos bens". (CUNHA, Vitor Souza, *op.cit.*, p. 787).

18 "*Em todos os casos, é permitida a declaração de perda de bens obtidos a partir de actividades criminosas que não estejam directamente relacionadas com a infração pela qual uma pessoa é condenada. Isto significa que não há um nexo entre a infracção que dá origem à condenação e bem que é objecto da perda, nem quanto à sua natureza, nem quanto ao seu montante. Trata-se do princípio de poderes alargados de declaração de perda dos bens do condenado.*" (UE. União Europeia. *Relatório da Comissão com base no artigo 6º da Decisão-Quadro do Conselho*, de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime *apud* VIEIRA, Roberto D'Oliveira, *op. cit.*, p. 23).

19 *Idem*.

Posteriormente, em 2006 e 2007, o Conselho da União Europeia editou as Decisões-Quadro 2006/783/JAL e 2007/845/JAI, também relacionadas ao perdimento de bens e aos procedimentos para tanto – inclusive no que se refere à criação de um órgão especializado na recuperação de ativos.

Em 2008, porém, a Comissão da UE apresentou um diagnóstico a respeito da implementação das decisões-quadro, no qual concluiu que os países-membro possuíam regramentos internos divergentes no que se referia ao confisco alargado e outros mecanismos de repressão ao crime organizado. A compreensão de que a criminalidade organizada representa verdadeira ameaça à democracia dos Estados elevou o combate de tal fenômeno ao *status* de prioridade comum, e, consequentemente, ensejou o desenvolvimento da cooperação em matéria penal.[20] O fundamento de tal cooperação reside no princípio do reconhecimento mútuo, o qual subsidia a "circulação de provimentos jurisdicionais no território da União, de modo a permitir que as decisões emanadas pelas autoridades judiciais de um Estado-Membro sejam reconhecidas reciprocamente em outro [...]".[21]

Buscando a uniformização a respeito do tema, o Parlamento e o Conselho europeus editaram a Diretiva 2014/41/EU, a qual estabeleceu regras mínimas a serem observadas a respeito do perdimento de bens, bem como simplificou o conceito do confisco alargado, estabelecendo o seguinte:

> Os Estados-membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.[22]

O breve histórico delineado evidencia a constante preocupação europeia em não reduzir o confisco a um papel secundário,[23] sendo que referidas normativas, de forma geral, constituem a base legal para o confisco alargado no cenário inter-

20 SOUZA, Alexander de Araújo. Os Principais Instrumentos de Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 68, p. 17. abr.-jun. 2018. Disponível em: https://bitly.ws/Zi8K. Acesso em: 02 nov. 2023.

21 *Idem*, p. 19.

22 VIEIRA, Roberto D'Oliveira, *op. cit.*, p. 26.

23 RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva, *op. cit*., p. 26. Ainda neste sentido, Sánchez Rios e Pujol esclarecem, a respeito da prática europeia, que "este *jus puniendi* é entendido em sentido amplo, como um conjunto de potestades atribuídas aos poderes públicos para reagir diante das infrações, praticadas pelas pessoas físicas e jurídicas, aos deveres legais impostos. Neste contexto, o objeto sobre o qual recai a titularidade ultrapassa aqueles bens de natureza comprovadamente antijurídica, para atingir aqueles de origem presumidamente ilícita, diversa do fato concretamente imputado, de acordo com critérios previamente definidos pelos órgãos de controle." (RIOS, Rodrigo Sanchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 118/2016, p. 123 - 158, Jan-Fev/2016)

nacional. A partir delas, verifica-se que é justamente o contexto de continuidade e habitualidade delitivas inerente às organizações criminosas que permite a presunção – possível de ser afastada pelo agente – de que os bens incompatíveis com seu rendimento lícito também possuem origem criminosa, para além do produto ou proveito obtido com o delito pelo qual está sendo processado. Perseguir as vantagens obtidas a partir da prática criminosa não possui uma finalidade puramente moral, a fim de atender ao consenso de que "o crime não pode compensar". Em realidade, trata-se de medida necessária à prevenção de outros crimes e, consequentemente, à tutela de bens jurídicos.[24] É essa a *densidade jurídica* que justifica a atuação estatal nesse sentido.[25]

É preciso alertar, porém, como fazem Gustavo Badaró e Marta Saad, que nos países onde, em observância à Diretiva n. 2014/42/EU, foi adotado o instituto do confisco alargado, parte-se da premissa de que este não possui natureza de pena – e, consequentemente, a ele não incidem as garantias constitucionais próprias do processo penal.[26] Trata-se de observação relevante na medida em que, frequentemente, inovações no cenário legislativo brasileiro são resultado de mera importação de institutos estrangeiros, sem a devida reflexão a respeito de sua compatibilidade com o direito pátrio.

No Brasil, embora a justificativa sobressalente para a implementação do confisco alargado - dado o contexto em que surgiram as primeiras iniciativas nesse sentido - seja o combate à corrupção, analisando-se os projetos de lei que antecederam a Lei 13.964/19, verifica-se que a necessidade de impedir a continuidade de atividades ilícitas praticadas no âmbito de organizações criminosas não passou despercebida. O PL 10.372/18 inclusive propôs a inserção do confisco alargado na própria Lei 12.850/13, que trata da tipificação e investigação de organizações criminosas no Brasil.

Já o PL 882/2019, de autoria de Sergio Moro, cuja proposta foi bastante similar ao texto atualmente em vigor, incluía, no parágrafo primeiro do novo artigo 91-A, a previsão de requisito adicional para a incidência do confisco alargado, ao

24 Cardoso e Souza, em artigo no qual defendem a compatibilidade do confisco alargado com a principiologia processual penal brasileira, afirmam que "o agente do crime, aliás, geralmente não é único: em grande parte dos casos em que se aplica a perda alargada, o crime imputado ao condenado foi praticado em associação criminosa. Cresce, assim, a importância do confisco de bens, com vistas a desestruturar essas organizações criminosas, que são praticamente insensíveis às penas restritivas de liberdade, mas bastante atingidas quando lhes é retirado seu mais importante componente: o capital." (SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias, *op. cit.*, p. 233–271).

25 CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 2, ano 21, abr-jun/2011, p. 276.

26 BADARÓ, Gustavo; SAAD, Marta. A perda alargada de bens: aspectos processuais penais. In: MORAES, Amanda de., et. al. (org.). Desafios do Processo Penal Brasileiro Contemporâneo: Homenagem aos professores Diogo Malan e Flávio Mirza. São Paulo: Lumen Juris, 2023, p. 407.

dispor que "a decretação da perda prevista no *caput* fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa."[27] A redação sugerida evidenciava a intenção de impedir a continuidade de condutas delitivas praticadas em um contexto de reiteração e habitualidade. Referida disposição, porém, não foi reproduzida na redação da Lei 13.964/19.

Em realidade, a única delimitação existente na legislação a respeito do cabimento do confisco alargado é a pena máxima abstratamente cominada ao crime pelo qual o agente foi condenado: sendo superior a seis anos, a medida em questão é cabível[28]. Assim, não obstante a preocupação com a criminalidade organizada que originou o debate a respeito do confisco alargado no cenário internacional e influenciou as propostas para sua implementação em âmbito nacional, a incidência da medida não está vinculada a determinadas figuras delitivas específicas ou mesmo aos crimes praticados no contexto de organizações criminosas.

## 3 As medidas cautelares reais

Compreendidos os contornos do confisco alargado na legislação pátria, é preciso observar também, do ponto de vista prático, os mecanismos processuais à disposição do operador do direito para a garantia dos efeitos patrimoniais da condenação criminal.

As medidas cautelares reais estão previstas nos artigos 125 a 144-A do Código de Processo Penal, e visam acautelar o resultado útil do processo do ponto de vista patrimonial, garantindo os dois principais efeitos extrapenais da condenação criminal: o ressarcimento de eventuais danos causados à vítima e o perdimento do produto ou proveito obtido com a prática criminosa - dois efeitos cuja garantia encontra correspondência em medidas cautelares diferentes.

O sequestro de bens está previsto no artigo 125 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que "caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro." A medida pode recair também sobre bens móveis,[29] nos termos do artigo

27 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 882/2019, *op. cit.*

28 Roberto D'Oliveira Vieira, ao analisar o confisco alargado da perspectiva do direito comparado, pontuou a existência, em Portugal, de um "catálogo de crimes", cuja previsão autorizaria a aplicação da medida, e apontou a importância de referida delimitação legislativa, a qual, em suas palavras, "permite aferir, com mais segurança, o respeito ao princípio da proporcionalidade", além de assegurar que o confisco atinja "apenas os produtos relacionados a crimes lucrativos praticados em contexto estranho à criminalidade clássica" (VIEIRA, Roberto D'Oliveira, *op. cit.*, p. 97). Referido estudo foi realizado no ano de 2017 e, portanto, antes da efetiva implementação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. À época, a tentativa de introdução do confisco alargado na legislação existia por intermédio do PL 4.850/16, que contava com o mencionado catálogo de crimes. Semelhante disposição, porém, não foi reproduzida no texto final da Lei n. 13.964/19.

29 Importante ressaltar, contudo, que, em se tratando de bem móvel, se ele próprio é objeto do crime (por exemplo, um veículo furtado), a medida cabível será a de apreensão, prevista no artigo 240, § 1º, alínea 'b',

132 do mesmo Código[30]. De qualquer forma, a literalidade da lei evidencia que o sequestro somente pode ter como objeto bens de proveniência criminosa. Sua finalidade é assegurar que, ao final do processo, em caso de eventual condenação, seja efetivado o perdimento do produto ou proveito do crime, a fim de evitar que a prática criminosa resulte em acréscimo patrimonial ao condenado.

A respeito da necessária proveniência criminosa do bem, há uma exceção expressamente prevista na legislação pátria. A partir das mudanças introduzidas pela Lei n. 12.694/12, admite-se, no caso de o proveito do crime não ser encontrado ou de estar localizado no exterior, que se decrete a perda de bens ou direitos que sejam equivalentes a ele, conforme previsto no artigo 91, § 1º, do Código Penal[31]. Para a garantia desta modalidade específica de perdimento de bens equivalentes, o parágrafo segundo do já citado artigo autoriza a utilização do sequestro, o qual recairá, nessa hipótese, sobre bens lícitos.[32]

Por outro lado, a hipoteca legal e o arresto, previstos nos artigos 134 e seguintes do Código de Processo Penal, possuem a finalidade específica de assegurar a futura reparação de eventuais danos advindos da prática criminosa. A denominação de "hipoteca legal" se justifica porque o Código de Processo Penal trata da especialização e registro de hipoteca que decorre do artigo 1.489, inciso III, do Código Civil, segundo o qual a medida pode ser utilizada "para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais". [33]

Enquanto a especialização consiste em estimar o valor da responsabilidade e dos bens do acusado que se prestarão à garantia da reparação, o arresto é um procedimento preparatório que antecede a hipoteca, possuindo "natureza pré-cautelar, cuja finalidade é tornar os bens imóveis do acusado inalienáveis durante o lapso temporal necessário à tramitação do pedido de registro do gravame real"[34]. Há, ainda, a figura do arresto subsidiário, prevista no artigo 137 do Código de Processo Penal[35], o qual consiste na constrição de bens móveis penhoráveis, admitida caso o acusado não possua bens imóveis suficientes à reparação do dano.

---

do Código de Processo Penal. Justamente por isso o artigo 132, que regulamenta o sequestro de bens móveis, dispõe que este poderá ser decretado quando não cabível a medida de busca e apreensão, ao dispor que "proceder-se-á ao sequestro dos bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo Xl do Título Vll deste Livro".

30 Art. 132, CPP: Proceder-se-á ao sequestro dos bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo Xl do Título Vll deste Livro.

31 Art. 91, § 1º, CP: Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

32 Art. 91, § 2º, CP: Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

33 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: RT, 2020, p. 1821.

34 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 1074.

35 Art. 137, CPP: Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis.

A compreensão das diferenças existentes entre as medidas assecuratórias – inclusive das suas diversas finalidades – é de grande importância para a correta aplicação da constrição patrimonial. O tema relacionado às medidas cautelares reais tem se mostrado bastante problemático: ao mesmo tempo em que tais medidas vêm ganhando espaço e força na prática forense[36], principalmente em investigações relacionadas à criminalidade organizada, estas são regulamentadas por artigos do Código de Processo Penal que, com exceção de pontuais alterações, possuem a mesma redação datada de 1941, o que reflete "a condição político- criminal de seu tempo, onde a criminalidade era primordialmente interindividual".[37] Trata-se, portanto, de legislação que não foi pensada para fazer frente aos crimes econômicos, transnacionais e organizacionais próprios de uma dinâmica de modernização e globalização, e "disso decorre, justamente, a assimetria entre o aumento da demanda judicial de tais medidas e a escassa produção doutrinária sobre o tema".[38] Diante desse cenário, a prática judiciária acabou por criar medidas "amorfas"[39], que não se adequam a nenhum dos instrumentos previstos na legislação pátria, como o genérico "bloqueio de bens" – circunstância que viola a tipicidade e a taxatividade, características indissociáveis de qualquer medida cautelar.[40]

Mesmo em relação aos meios de impugnação da decisão que determina as medidas cautelares reais não há consenso. Em relação ao sequestro, os artigos 129 e 130 do Código de Processo Penal preveem a figura dos embargos, que podem ser opostos, em situações específicas, pelo próprio acusado ou por terceiros. Estes, porém, somente podem ser decididos depois de transitada em julgado a sentença condenatória.[41]

---

36 "A tendência comum é patrimonializar a repressão criminal. Visa-se atingir o patrimônio do agente criminoso como um fim em si mesmo, não mais como um mero adicional às penas privativas de liberdade, e sim de forma a ensejar tamanha perda patrimonial que se desencoraje tão somente por isso a prática delituosa. [...] Esse fenômeno tem relação direta com o foco crescente dado à face moderna da criminalidade sistêmica, marcada por organizações criminosas integradas por inúmeros agentes e instituições privadas e públicas, e cujas repercussões e danos alcançam cifras por vezes bilionárias." (LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 735-764, mai.-ago. 2020).

37 SAAD, Marta. Perda por equivalência, perda alargada e medidas cautelares patrimoniais no sistema brasileiro: Reformas pontuais e assistemáticas. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires, et. al. (org.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 667.

38 LUCCHESI, Guilherme Brenner. Medidas assecuratórias patrimoniais: A decretação do "bloqueio" de bens e outras disformidades. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires, et. al. (org.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. São Paulo: D'Plácido, 202, p. 336.

39 LUCCHESI, Guilherme Brenner. Por uma teoria das medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In: BUSATO, Paulo César; SCANDELARI, Gustavo Britta. Direito, universidade e a advocacia: uma homenagem à obra do Prof. René Ariel Dotti. Curitiba: Gedai, UFPR, 2021, p. 533.

40 LUCCHESI, Guilherme. Medidas assecuratórias patrimoniais... *op. cit.*, p. 347.

41 Art. 129. O sequestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro.
Art. 130. O sequestro poderá ainda ser embargado:
I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração;
II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.
Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.

Por outro lado, não existe previsão legal a respeito do meio de irresignação defensiva passível de ser manejado contra o arresto. Diante da indefinição legislativa, existe posicionamento no sentido de que eventual pedido de desbloqueio de bens deve ser realizado ao próprio juiz de primeiro grau que decretou a medida, o qual decidirá após a manifestação do Ministério Público[42], cabendo, em caso de indeferimento, o recurso de apelação. Há, ainda, entendimento no sentido de que a constrição deve ser impugnada por intermédio do mandado de segurança[43], bem como de que o único instrumento cabível para a irresignação defensiva a respeito das medidas assecuratórias, de forma geral, são os já citados embargos previstos no Código de Processo Penal[44].

O entendimento jurisprudencial dominante, porém, é no sentido de que a decisão que determina as medidas assecuratórias possui força de definitiva e, por isso, deve ser impugnada por intermédio de recurso de apelação[45]. O entendimento causa estranheza na medida em que, caso não impugnada no prazo recursal, a decisão que decretar medida assecuratória não faz coisa julgada - e nem poderia, pois as cautelares, por natureza, não possuem caráter definitivo.

Outro problema de ordem prática a ser considerado é o tempo de duração das medidas cautelares. A legislação não prevê prazo máximo para o início da ação penal após a efetivação do arresto ou hipoteca legal. Por sua vez, em relação ao sequestro, o artigo 131, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que este deverá ser levantado "se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência". Referido prazo, porém, é considerado não preclusivo para a jurisprudência, que tem entendido que a análise "deve levar em conta, para além da literalidade da lei, a complexidade do feito, o volume de elementos de informação amealhados e a quantidade de acusados."[46] Além disso, também não há limitação legal relacionada ao tempo que as medidas cautelares reais podem subsistir *depois* de iniciada a ação penal.

Referida omissão legislativa, somada à ausência de delimitação legal a respeito dos instrumentos de impugnação das medidas assecuratórias, fomentam o atual cenário de insegurança jurídica que permeia o tema. Caso se entenda que a decisão que decreta medidas cautelares é impugnável por recurso de apelação, o

42 BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 2017.

43 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 02. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 538.

44 LIMA, Renato Brasileiro de. *op.cit.*, p. 410-416.

45 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. RMS n. 27026. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF. 20 de março de 2012.

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AgRg na CauInomCriml n. 6/DF. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF. 18 de dezembro de 2019.

agente possui apenas cinco dias para a respectiva interposição e, se não o fizer, terá de aguardar o desfecho da investigação ou da ação penal, sem que haja prazo máximo previsto em lei para a manutenção da constrição de seu patrimônio. Além disso, referido recurso torna-se claramente inócuo caso a irresignação defensiva seja relacionada ao tempo de duração da medida: se há alegação de excesso de prazo, é evidente que, há muito, transcorreu-se o prazo recursal para interposição da apelação. Sendo este o cenário, a possibilidade de discussão do tema por outra via, como o pleito de reanálise da necessidade da medida pelo próprio magistrado de primeiro grau, fica à mercê do entendimento do julgador, pois eventual decisão de não conhecimento do pedido, com fundamento no cabimento unicamente do recurso de apelação, encontra firme respaldo jurisprudencial.

## 4 Sequestro de bens e confisco alargado

Delineados os principais aspectos das medidas cautelares reais, algumas conclusões são de pronto obtidas a respeito da questão tratada no presente estudo. Diante da natureza do confisco alargado, que se trata de uma ampliação do tradicional perdimento previsto no artigo 91, inciso II, alínea 'b', do Código Penal, e que autoriza a presunção de ilicitude de determinados bens, a única medida assecuratória em tese cabível para a sua garantia seria o sequestro. Portanto, o arresto e a hipoteca legal são desde logo descartados, na medida em que sua finalidade é a reparação de eventual dano advindo da prática delitiva, e não se relaciona com possível ilicitude patrimonial.

De qualquer forma, a análise a respeito do cabimento do sequestro para a garantia do confisco alargado parte da própria legislação: não há autorização expressa para a incidência de medidas cautelares reais com o fim de resguardar referido efeito da condenação criminal. A omissão legislativa chama atenção por dois motivos: em primeiro lugar, porque para a outra hipótese de perdimento de bens desvinculados da prática criminosa objeto da condenação (o já mencionado perdimento de bens equiparados ao proveito efetivamente advindo do delito), o Código Penal prevê, em seu artigo 91, § 2º, que "as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda". Em segundo lugar, porque se trata de previsão existente em alguns projetos de lei relevantes a respeito do tema. Como já referido, o PL 10.372/2018, ao qual foi anexado o PL 882/2019 – que, posteriormente, viria a se tornar a Lei 13.964/19 – propunha a inserção do confisco alargado especificamente na Lei 12.850/13, que dispõe a respeito de organizações criminosas. O projeto incluía a inserção do artigo 17-D, com a seguinte redação: "Para garantia do pagamento do valor determinado é permitido o

sequestro de bens do arguido".[47] Já o PL 4.850/16 (ainda em trâmite), que engloba as dez medidas contra a corrupção encabeçadas pelo Ministério Público Federal, contém proposta de redação para o parágrafo segundo do artigo 91-A nos seguintes termos: "As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.[48]

Referidas disposições, porém, não foram reproduzidas na Lei 13.964/2019. Portanto, a inexistência de previsão legal é o primeiro obstáculo a ser enfrentado quando se cogita a aplicação do sequestro para acautelar o posterior confisco alargado. No ponto, Gustavo Badaró afirma que o princípio da legalidade é plenamente aplicável às medidas cautelares, de forma que "não há, como no processo civil, a previsão de um poder geral de cautela do juiz que o autorize a decretar medidas cautelares não previstas em lei".[49] [50]O entendimento, porém, não é unânime. A despeito da omissão legislativa, Renato Brasileiro de Lima entende que o sequestro de bens desvinculados da prática criminosa seria cabível para a garantia do confisco alargado, pois, em sua visão, "não se pode privar a autoridade judiciária do poder de decretar medidas cautelares, sob pena de completo esvaziamento da própria atividade jurisdicional".[51]

Por outro lado, ainda que superada a problemática da omissão legislativa, verifica-se outro ponto que merece atenção e que se refere aos próprios requisitos das medidas cautelares de forma geral: estas, por sua própria natureza, não podem figurar como consequência natural da existência de investigação ou ação penal, estando seu cabimento condicionado, no Processo Penal, ao *fumus comissi delicti* e ao *periculum in mora*.

O *fumus comissi delicti* diz respeito à plausibilidade da medida, "a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança e em cognição sumária dos

47 Os parágrafos do proposto artigo 17-D tratam de outras especificidades do sequestro nessa hipótese, mencionando inclusive a aplicabilidade dos dispositivos presentes no Código de Processo Penal, nos seguintes termos: "Art. 17-D, § 1º: A qualquer tempo, tão logo seja apurado o montante da perda alargada, se necessário ainda antes da própria liquidação, quando se verifique cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, o Ministério Público pode requerer o sequestro de bens do réu no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa. [...] §2º Aplicam-se ao sequestro, previsto nesta Lei, os arts. 125 a 133 do Código de Processo Penal, naquilo que não contrarie suas disposições." (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 10.372/2018, *op. cit.*)

48 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 882/2019, *op. cit.*

49 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal... *op. cit*, p. 1137.

50 Ainda, o autor, em artigo publicado em coautoria com Marta Saad, salienta que o problema sequer se esgota com a questão do poder geral de cautela: "O problema não é somente se existe ou não uma medida típica. A questão é que haverá restrição ao direito fundamental de propriedade sem que haja norma prevendo requisitos legais para tanto. E sem requisitos previstos em lei, a afetação do direito de propriedade deve ser considerada como violação e não uma restrição legítima". (BADARÓ, Gustavo; SAAD, Marta. A perda alargada de bens... *op. cit*., p. 422).

51 LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit*.,p. 1057.

elementos disponíveis no momento"[52] e que permitam concluir, ao menos a princípio, pela efetiva existência de um fato punível. Já o *periculum in mora* consiste na verificação de que, até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, o tempo transcorrido poderá esvaziar a eficácia do provimento jurisdicional do ponto de vista patrimonial.

Especificamente no caso das cautelares reais, tais requisitos se mantêm, ao menos em regra. A jurisprudência, com base no que dispõe o artigo 126 do Código de Processo Penal[53], tem flexibilizado a necessidade de demonstração do *periculum* no caso do sequestro. Argumenta-se que, nesse caso, a atenção do julgador inevitavelmente recairá sobre a efetiva demonstração da origem ilícita do patrimônio, permanecendo a análise dos riscos ao resultado útil do processo (como eventual dilapidação patrimonial) em campo secundário.[54] Porém, a despeito de referida flexibilização no que se refere ao *periculum in mora*, permanece hígida a exigência de probabilidade de cometimento do delito, sem a qual nenhuma medida cautelar é cabível.

Assim, em uma situação hipotética na qual se admita a incidência do sequestro para a garantia do confisco alargado, estar-se-ia admitindo uma medida cautelar desprovida de *fumus comissi delicti*. O confisco alargado é justamente uma presunção de ilicitude patrimonial, desvinculada do delito pelo qual o agente foi condenado. Não há sequer definição a respeito de *qual crime* teria originado tal patrimônio, e, mais do que isso, se *algum crime* de fato ocorreu. Inexiste, igualmente, pretensão condenatória – caso existisse, o sequestro seria utilizado para acautelar o perdimento tradicional, previsto no artigo 91, inciso II, alínea 'b', do Código Penal. Conforme explica Marcos Paulo Dutra Santos, "como cogitar a plausibilidade de pretensão condenatória ainda não exercida, porque desconhecidos os delitos alegadamente perpetrados, incluindo o próprio cometimento?"[55]

No mesmo sentido, Guilherme Lucchesi assevera que a medida cautelar de sequestro não é cabível para a garantia do posterior confisco alargado, "porquanto esta recai sobre bens quanto aos quais se presume derivarem de infração penal diversa da apurada na ação penal no bojo da qual aquela medida é decretada".[56]

Outrossim, a questão esbarra também nos mecanismos de impugnação a serem adotados após o eventual sequestro. O Código de Processo Penal, no ponto,

52 LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit*., p. 1054.

53 Art. 126. Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

54 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 16 ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2019, p. 718.

55 SANTOS, Marco Paulo Dutra. Comentários ao Pacote Anticrime. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 396.

56 LUCCHESI, Guilherme Brenner. Por uma teoria das medidas cautelares... *op. cit*, p. 533.

é bastante restritivo, admitindo, em seu artigo 130, o manejo de embargos: I – pelo próprio acusado, sob o fundamento de que o bem possui origem lícita, e II – por terceiros, caso estes tenham adquirido o bem de forma onerosa e pretendam demonstrar sua boa-fé. Note-se que a legislação já delimita o conteúdo da irresignação passível de ser arguido por intermédio dos embargos.

É necessário rememorar, a esse respeito, que o confisco alargado – e, consequentemente, o eventual sequestro – não recaem sobre bens provenientes da prática criminosa concretamente considerada. Isso significa que o acusado, no curso do processo, poderia estar sujeito ao sequestro de duas ordens: para assegurar o perdimento "tradicional", e também o confisco alargado, o que pode representar uma constrição patrimonial bastante significativa.

Fazendo uso dos embargos previstos na legislação, caberá ao acusado comprovar a licitude de patrimônio excedente ao seu rendimento lícito e desvinculado do crime sob investigação. Porém, conforme já mencionado, o parágrafo único do artigo 130 dispõe que "não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória." A sistemática de julgamento dos embargos é questão bastante controversa no sequestro de forma geral, pois acaba por tornar seus efeitos praticamente nulos. Necessário reconhecer, assim, que o tema se mostra ainda mais problemático quando se fala em sequestro para garantia do confisco alargado, posto que, nesse caso, priva-se o agente, por tempo indeterminado, de patrimônio sobre o qual apenas se admite presunção de ilicitude a partir do momento em que há condenação por crime cuja pena máxima seja superior a seis anos.

Trata-se, portanto, de medida cautelar que estaria baseada em uma presunção de dois níveis: a) o primeiro, de que houve o cometimento de um crime apto a ensejar o posterior confisco alargado e, b) o segundo, derivado do primeiro e que a ele se sobrepõe, no sentido de que há patrimônio de origem ilícita para além daquele proveniente do crime sob investigação. Some-se a isso o fato de que referida presunção, embora possa ser afastada pelo acusado por meio de prova da proveniência lícita do bem, perdura, necessariamente, até o encerramento do processo – ou, ao menos, até a prolação de sentença em primeiro grau.[57]

Não bastasse, tais níveis de presunção divergem do que é exigido pelo artigo 126 do Código de Processo Penal para o cabimento do sequestro. O dispositivo em questão autoriza a medida quando houver "indícios veementes da proveniên-

57 Conforme artigo 91-A, parágrafos terceiro e quarto, do Código Penal, a perda alargada deve ser requerida pelo Ministério Público na denúncia, com indicação da diferença apurada. O Juiz, na sentença condenatória, declarará a diferença e especificará os bens sujeitos à perda alargada.

cia ilícita dos bens", o que difere da existência de indícios de incompatibilidade patrimonial.[58]

Há, ainda, outra preocupação a respeito do tema: conforme referido, o Código de Processo Penal, ao prever os meios de impugnação ao sequestro, delimitou o objeto da irresignação a ser veiculada por intermédio deste recurso: ao próprio acusado/investigado caberá tão somente demonstrar a origem lícita do bem. Contudo, caso se admita a utilização do sequestro para a garantia do confisco alargado, parece claro que as hipóteses legais deveriam ser ampliadas no que se refere ao conteúdo da irresignação defensiva, passando a abranger a possibilidade de demonstração, por essa via, da ausência de incompatibilidade patrimonial. Em realidade, admitindo-se a possibilidade ora debatida, seria essencial a implementação de meios de impugnação a serem decididos antes do trânsito em julgado da sentença, inclusive porque estar-se-ia submetendo, a depender do caso, a totalidade do patrimônio do agente à constrição judicial.

O imbróglio persiste caso se entenda, como ocorre com parte considerável da doutrina e jurisprudência, que o sequestro deve ser impugnado por intermédio do recurso de apelação. Cabendo ao acusado comprovar a licitude do patrimônio constrito com o fim da acautelar futuro confisco alargado, é preciso que este disponha de meios de produção de prova incompatíveis com a fase recursal, justamente para exercer com plenitude o ônus de comprovação da compatibilidade patrimonial e/ou proveniência lícita dos bens.

Os problemas relacionados à utilização do sequestro para a garantia do confisco alargado se potencializam também por alterações na legislação que rege as próprias medidas cautelares reais. A mesma Lei 13.964/19 incluiu, no Código de Processo Penal, o artigo 133-A, que passou a autorizar a utilização do bem sobre o qual recai o sequestro por órgãos "de segurança pública [...] do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades." Ademais, a Lei 12.694/2012 introduziu no Código de Processo Penal o artigo 144-A, que autoriza a alienação antecipada de bens constritos, "sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção".

É evidente que a possibilidade de utilização de determinado bem constrito cautelarmente – e, com muito mais razão, a alienação antecipada deste bem – pode representar prejuízo ao seu proprietário. Considerando-se, assim, a possibilidade de manejo de medidas assecuratórias com fundamento no artigo 91-A do Código Penal, tem-se, consequentemente, a possibilidade de que os bens sujeitos à medi-

58 LUCCHESI, Guilherme Brenner, Por uma teoria das medidas cautelares... *op. cit*, p. 533.

da, não vinculados à prática criminosa concretamente considerada, sejam utilizados por terceiros ou vendidos durante o transcurso da ação penal – ou seja, antes mesmo de se perfectibilizar a condição de condenação prévia que autorizaria a presunção de sua proveniência ilícita.

Analisando o tema justamente à luz das lacunas normativas existentes a respeito das medidas cautelares reais – e, ainda, da ausência de procedimentos estabelecidos em lei para a aplicação do confisco alargado – Marta Saad afirma parecer excessivo, e até mesmo abusivo, que a totalidade do patrimônio do acusado possa ser objeto de constrição cautelar quando não há delimitação legal "em relação aos pressupostos para decretação, prazo de duração, meios de impugnação, inclusive porque, quanto mais larga a medida, maior a necessidade de limites claros para sua adoção."[59]

O tema em discussão, portanto, soma-se a diversas controvérsias há muito existentes a respeito das medidas cautelares reais, que se potencializam pela falta de consenso a respeito de seus limites e regras aplicáveis. A incidência do sequestro nesse contexto esbarra, assim, não apenas na inexistência de autorização legal, mas em outras questões igualmente relevantes, como a ausência de procedimentos definidos para eventual impugnação da medida e de seu prazo de duração.

## 5 Conclusão

Observa-se, diante do exposto, que o confisco alargado, da forma como previsto na legislação, não encontra guarida nas situações que pretende tutelar. Há, no texto legal atualmente em vigor, uma ampliação desmedida das hipóteses de cabimento da medida (com a limitação somente da pena máxima prevista ao crime objeto da prévia condenação), e a ausência de vinculação a práticas delitivas ocorridas no âmbito de organizações criminosas ou de forma reiterada acaba por afastar a densidade jurídica que justificaria a intervenção estatal no patrimônio não relacionado à prática criminosa concretamente considerada.

Além disso, não obstante seja de fato relevante a busca por instrumentos que aperfeiçoem a constrição de bens que alimentam e perpetuam organizações criminosas, é preciso reconhecer que a inserção do confisco alargado no ordenamento jurídico pátrio acabou por ignorar a necessidade de aprimoramento das medidas cautelares reais, mecanismos há muito existentes na legislação para garantir os efeitos extrapenais da condenação criminal e que padecem de atualização.

Como referido, as medidas cautelares reais, embora sejam cada vez mais presentes na prática forense, são dotadas de problemas de ordem legal e prática,

59 SAAD, Marta. Perda por equivalência, perda alargada... *op. cit.*, p. 679.

especialmente porque não pensadas para a criminalidade econômica (seu âmbito de maior incidência). A legislação que as regulamenta remonta a 1941, com pouquíssimas alterações desde então. Disso resulta quase que a criação de um regramento próprio por parte dos Tribunais, inclusive no que se refere ao prazo de duração e meios de impugnação da decisão que decreta as medidas assecuratórias.

O confisco alargado, assim, constitui mais um instrumento dúbio em um meio ainda nebuloso: o do aspecto patrimonial do processo e da condenação criminal. Trata-se, nas palavras de Marta Saad, de produção *assistemática* de normas, focada na ampliação de normas de direito material, sem, contudo, o aprimoramento necessário na seara processual penal.[60]

Assim, embora a Lei 13.964/19, em sua ementa, consigne expressamente que seu objetivo é o "aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal", não foi pensada de forma a tornar o procedimento relacionado às medidas cautelares reais mais uniforme e consistente, inclusive de forma a compatibilizá-las com o próprio confisco alargado – mecanismo que, em razão de todas as inconsistências apresentadas, sequer pode ser garantido por intermédio da constrição cautelar.

## Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo; SAAD, Marta. A perda alargada de bens: aspectos processuais penais. In: MORAES, Amanda de., et. al. (org.). *Desafios do Processo Penal Brasileiro Contemporâneo: Homenagem aos professores Diogo Malan e Flávio Mirza*. São Paulo: Lumen Juris, 2023, p. 405-428.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: RT, 2020.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 10.372/2018*. Disponível em: http://bitly.ws/PNTr. Acesso em: 10 fev. 2023

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 882/2019*. Disponível em: http://bitly.ws/PNTx. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848/1940*. Redação original. Disponível em: http://bitly.ws/PNT3. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *AgRg na CauInomCriml n. 6/DF*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF. 18 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. RMS n. 27026. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF. 20 de março de 2012.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 2, ano 21, abr-jun/2011, p. 267-321.

CUNHA, Vitor Souza. O confisco alargado no processo penal brasileiro: uma análise de suas regras probatórias. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – REDP, Rio de Janeiro, v. 22, ano 15, n. 2, mai/ago 2021, p. 782-814.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e o novo paradigma para o Processo Penal Brasileiro*. Tese (Doutorado

60 SAAD, Marta. Perda por equivalência, perda alargada... *op. cit.*, p. 666.

em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16 ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2019.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Medidas assecuratórias patrimoniais: A decretação do "bloqueio" de bens e outras disformidades. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires, et. al. (org.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. São Paulo: D'Plácido, 202, p. 335-358.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Por uma teoria das medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In: BUSATO, Paulo César; SCANDELARI, Gustavo Britta. *Direito, universidade e a advocacia: uma homenagem à obra do Prof. René Ariel Dotti*. Curitiba: Gedai, UFPR, 2021, p. 519-537.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 735-764, mai.-ago. 2020.

Ministério Público Federal. 10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, 2016. Disponível em: https://dezmedidas.mpf.mp.br/. Acesso em: 10 fev. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Vol. 02. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PORTUGAL. Lei nº 5/2002. Lisboa, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.bportugal.pt/legislacao/lei-no-52002-de-11-de-janeiro. Acesso em: 09 fev. 2023.

RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Confisco alargado: ampliação do instituto do perdimento de bens na Lei 13.964/2019*. In: TEIXEIRA, Adriano. Perda das vantagens do crime no Direito Penal: confisco alargado e confisco sem condenação. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 17-34.

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 118/2016, p. 123 - 158, Jan-Fev/2016.

SAAD, Marta. Perda por equivalência, perda alargada e medidas cautelares patrimoniais no sistema brasileiro: Reformas pontuais e assistemáticas. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires, et. al. (org.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 665-682.

SANTOS, Marco Paulo Dutra. *Comentários ao Pacote Anticrime*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SOUZA, Alexander de Araújo. Os Principais Instrumentos de Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 68, p. 17. abr.-jun. 2018. Disponível em: https://bitly.ws/Zi8K. Acesso em: 02 nov. 2023.

SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 24, n. 118, p. 233–271, jan./fev., 2016.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. Proposições para interpretação das disposições sobre o confisco alargado estabelecidas no Código Penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 177, ano 29, mar/2021, p. 19-44.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. *Análise de direito comparado do confisco alargado: aportes da perda alargada para o Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito. Universidade Católica de Brasília. Brasília. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3sjr01D. Acesso em: 10 fev. 2023.

# PRISÃO PREVENTIVA E LEI DE DROGAS: ANÁLISE DOS DISCURSOS JURÍDICO-PENAIS A PARTIR DO REALISMO MARGINAL E CRIMINOLOGIA CAUTELAR

*PRE-TRIAL DETENTION AND DRUG LAW: ANALYSIS OF CRIMINAL-LEGAL DISCOURSES UNDER THE MARGINAL REALISM AND PREVIOUS CRIMINOLOGY*

***Franciele Silva Cardoso***[1]

***Fabiana Santos Milhomem***[2]

**RESUMO:** A Lei 11.343/2006, também denominada de Lei de Drogas, tratou de maneira distinta duas figuras centrais do panorama de consumo de substâncias ilícitas: o traficante e o usuário. Ao passo que foi endurecido o tratamento repressivo destinado ao traficante, ao usuário foi dispendido tratamento oposto, não mais sendo cominadas penas privativas de liberdade e surgindo, no texto legal, mecanismos que o tratam como pessoa que necessita de ações de tratamento e reinserção social. Nesse contexto, surgem indagações acerca do papel da polícia, responsável pela primeira classificação do indivíduo, além de questionamentos quanto aos impactos da inserção em um sistema prisional, criminógeno por natureza, de indivíduos que, ao menos de maneira programática, deveriam ser direcionados a atividades de atenção e reinserção social. Sob esse enfoque, como uma espécie de ambiente de observação, o presente trabalho busca investigar, através de uma pesquisa documental, casos em que houve a desclassificação do crime de tráfico para uso, em processos julgados pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em 2018. A partir dos dados observados, é possível confirmar a hipótese de que o discurso jurídico-penal estabelecido não coaduna com a realidade, na medida em que, na prática, existem inúmeras dificuldades e incongruências na distinção entre as figuras do traficante e usuário. De maneira especial, destaca-se as distorções provocadas pela decretação de prisões preventivas em casos ligados à lei de drogas: há o aprisionamento do indivíduo durante o processo mesmo que, ao final, possa ser reconhecida sua conduta como uso, hipótese em que não há previ-

1 Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo (2012). Professora associada da Universidade Federal de Goiás. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - UFG. Pesquisadora do NECRIVI (Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência - UFG). Coordenadora adjunta estadual (GO) do IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais https://orcid.org/0000-0001-9094-6008

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. h ttps://orcid.org/0000-0002-8540-667X

são de pena privativa de liberdade.

**PALAVRAS-CHAVE**: Criminologia; Prisão Preventiva; Lei de Drogas; Tráfico de Drogas; Consumo de Drogas.

**ABSTRACT:** The 11.343/2006 law, also known as the Brazilian Drug Law, dealt differently with two central figures in the illicit drug consumption panorama: the dealer and the user. While the repressive treatment aimed at the dealer was toughened, the user was given the opposite treatment, with custodial sentences no longer being imposed and mechanisms appearing in the legal text that treat him as a person in need of treatment and social reintegration actions. In this context, questions arise about the role of the police, responsible for the first classification of the individual, in addition to questions about the impacts of insertion into a prison system, criminogenic in nature, of individuals who, at least programmatically, should be directed to activities care and social reintegration. Under this approach, as a kind of observation environment through a documentary research, the present work seeks to investigate cases in which the crime of trafficking was declassified for use, in cases judged by the First Criminal Chamber of the State Court of Justice of Goiás in 2018. Based on the data observed, it is possible to confirm the hypothesis that the established legal-criminal discourse does not match reality, as, in practice, there are numerous difficulties and inconsistencies in the distinction between the figures of the drug trafficker and user. In particular, the distortions caused by the decree of preventive arrests in cases linked to the drug law stand out: there is the imprisonment of the individual during the process even if, in the end, his conduct may be recognized as use, a hypothesis in which there is no provision for a custodial sentence.

**KEY-WORDS**: Criminology; Preventive Prison; Drug Law; Drug Trafficking; Drug Consumption.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Discurso jurídico-penal: análise da legislação; 2.1 O usuário e a Lei de Drogas; 2.2 A excepcionalidade da prisão preventiva; 3 A realidade: análise da deslegitimidade do sistema penal; 4 Ambiente de observação: análise dos processos julgados pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em 2018; 5 Conclusão; Referências Bibliográficas.

## 1 Introdução

Grandes são as discussões que cercam a política criminal de drogas adotada pelo Brasil, caracterizada como uma política de guerra delineada a partir de um modelo genocida de segurança pública. Essa guerra, cujos inimigos não são dro-

gas mas determinados grupos de pessoas que com elas se relacionam, tem "deixado milhares de anônimos para trás, mortos, amontoados".[3]

Nesse sentido, pode-se constatar claramente, mediante a simples observação da realidade, que a guerra às drogas constitui verdadeiro massacre, ocasionado pelo descontrole do poder punitivo do Estado, dentro da visão consagrada por Zaffaroni, marcada pelos milhares de encarcerados e mortos em nome desta guerra.

Quando se verifica que, ao menos programadamente, o discurso oficial dispensa tratamentos diferentes às figuras do traficante e usuário, aparentemente há um grande descompasso entre o discurso jurídico-penal e a realidade do sistema penal. Sobre a planificação do tratamento do usuário, Salo de Carvalho aponta que os princípios e diretrizes previstos na Lei nº 11.343/2006, notadamente identificados com políticas de redução de danos, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções.[4]

Esse cenário fica ainda mais crítico quando se considera, na prática, as dificuldades relacionadas à distinção entre as condutas de tráfico e uso de drogas. Ainda que a legislação atribua ao Poder Judiciário realizar esta distinção, com base nos critérios genéricos dispostos no art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, na realidade são os agentes policiais os responsáveis por uma primeira classificação – fato que determina o curso e, muitas das vezes, até o resultado do processo penal ao qual será submetido o indivíduo.[5]

Nesse contexto, atenção especial é direcionada à possibilidade de prisão preventiva nos casos relacionados à lei de drogas. A distinção inicial, realizada pelas agências executivas sem critérios objetivos, determinará se o indivíduo poderá ser preso preventivamente, ainda que, ao final do processo, possa lhe ser imputada conduta para a qual não é prevista pena privativa de liberdade: o uso. Essa realidade evidencia-se ainda mais grave quando constatado que, também ao contrário da programação legislativa, a decretação de prisões preventivas opera-se no Brasil como regra e não como medida excepcional.

Assim, o presente trabalho propõe uma análise do latente descompasso entre o discurso jurídico-penal e a realidade do sistema penal, sob a ótica do realismo marginal e da criminologia cautelar, com vistas a verificar a deslegitimidade do sistema penal e da contribuição das práticas identificadas para o massacre em curso no país.

3 VALOIS, 2020, p. 19.
4 CARVALHO, 2016, p. 172.
5 MACHADO, 2010, p. 1101.

Para tanto, em um primeiro momento, realiza-se uma breve análise dos discursos jurídicos-penais contidos na programação legislativa da lei de drogas, especialmente quanto ao tratamento despendido ao usuário, além da legislação que disciplina a prisão preventiva.

Em seguida, o trabalho traz uma análise da realidade do sistema penal, contrapondo-se à verdade das práticas adotadas sistematicamente pelos aplicadores da lei penal com a planificação explicitada na legislação. Busca-se, portanto, verificar se o discurso jurídico-penal é verdadeiro e racional, a fim de se demonstrar a ausência de legitimidade do sistema penal tal como propõe Zaffaroni.[6]

Por fim, construímos um ambiente de observação para que, verificando dados colhidos empiricamente, seja possível observar a atuação do sistema penal dentro do cenário de deslegitimidade proposto. Para tanto, é realizada uma pesquisa documental em processos julgados no ano de 2018 pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, nos quais foram providas apelações criminais em que os recorrentes pleitearam a desclassificação da conduta de tráfico, para uso.

## 2 Discurso jurídico-penal: análise da legislação

Alinhando-nos ao que propõe Raúl Eugenio Zaffaroni, este trabalho assume a realidade de poder do sistema penal e sua deslegitimação.[7] Nesse sentido, adotando a abordagem da criminologia crítica, sob a ótica do realismo marginal e da criminologia crítica, propomos uma análise da (des)legitimidade do discurso jurídico-penal que envolve as políticas de drogas brasileiras, especialmente quanto ao encarceramento provisório dos indivíduos reconhecidos pelo próprio sistema penal como usuários.

### 2.1 O usuário e a Lei de Drogas

A lei nº 11.343/2006, a chamada Nova Lei de Drogas, emergiu reunindo um duplo regime de saberes e tecnologias de poder, na medida em que foi influenciada pelo contexto de formulação de políticas repressivas no contexto de "guerra às drogas", mas também apresenta, dentro de um plano médico-preventivo, influência do contexto das chamadas "políticas de redução de danos".[8]

Essa característica fica escancarada quando, ao elencar os princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), a legislação traz o res-

6 ZAFFARONI, 2001, p. 19.
7 ZAFFARONI, 2001, p. 6.
8 CAMPOS, 2015, p. 26.

peito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade, o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito e, ainda, a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social.

Dessa maneira, o discurso legislativo é construído de maneira a indicar aparente preocupação em efetivamente reinserir socialmente o usuário e dependente de drogas, tratando esses sujeitos como pessoas humanas, cujos direitos fundamentais devem ser respeitados. Nessa esteira, a Nova Lei de Drogas, trouxe importante inovação em seu art. 28, que não mais prevê a aplicação de penas restritivas de liberdade a quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar - ou seja, ao usuário.

Embora a legislação tenha operado apenas uma despenalização do delito de uso de drogas, mantendo-se a criminalização do uso, existem diversos debates no campo acadêmico e jurídico a respeito da constitucionalidade da manutenção do tipo penal contido em seu art. 28.

Menciona-se, por exemplo, o entendimento esposado por Maria Lúcia Karam, segundo o qual a simples posse para uso pessoal de drogas tornadas ilícitas, ou mesmo seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio.[9] Pelo contrário: trata-se de decisão inserida na esfera da liberdade individual, podendo-se falar em autolesão na medida em que, ainda que o consumo de drogas possa acarretar prejuízos para a saúde do usuário, não há nenhuma afetação a direitos de terceiros.

Dessa forma, na medida em que não há lesão a bem jurídico alheio e tampouco à saúde pública – bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas – a tipificação do consumo de drogas fere os princípios constitucionais da lesividade e da intervenção mínima, já que a tipificação extrapola o limite imposto ao legislador pela fixação do bem jurídico

Entretanto, mesmo diante de diversos debates acerca da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, notável é que o legislador optou por não cominar pena privativa de liberdade ao indivíduo reconhecido como usuário, o que pode

9 KARAM, 2013, p. 132.

ser interpretado como uma efetivação dos princípios elencados no próprio texto legal.

Nesse sentido, destaca-se o princípio do Sisnad abrigado no art. 4º, inc. X, da Lei 11.343/2006, que prevê a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social. Destaca-se, portanto, que o próprio legislador determinou a importância de se equilibrar as ações de prevenção e reinserção, destinadas aos usuários, e de repressão, destinadas às figuras dos traficantes.

Contudo, inobstante o discurso normativo diferenciador da conduta, o próprio instrumento legal traz dificuldades para que, na prática, ocorra a diferenciação entre a figura do usuário e do traficante. A Lei de Drogas apresenta, em seu art. 28, § 2º, os critérios legais para a classificação da conduta como uso, indicando que deve-se levar em consideração a quantidade e natureza da droga apreendida, o local e condições da ação, além das circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente.

Nota-se, portanto, que o texto legal valeu-se de critérios extremamente vagos, utilizando diversos critérios subjetivos, conferindo excessiva discricionariedade aos aplicadores da lei para a classificação das condutas. Dessa forma, verifica-se evidente violação ao princípio constitucional da legalidade, especialmente em sua faceta da taxatividade imposta ao legislador. Confirmando este entendimento, Alessandra Matos Portella indica que o legislador não seguiu devidamente o corolário da taxatividade, decorrente do princípio constitucional da legalidade, na medida em que não tratou com clareza e precisão o *quantum* da droga a ser considerada para efeitos de classificação jurídica da conduta.[10] Além disso, a autora aponta que a margem de discricionariedade enlarguecida existente na legislação permite que o magistrado julgue as circunstâncias sociais e pessoais do agente sopesando negativamente as qualidades a depender de seus parâmetros valorativos.

No mesmo compasso, Luciana Boiteux considera "inconstitucional essa opção legislativa ao deixar propositalmente em aberto tal distinção, justamente pela ausência de garantias legais que limitem a intervenção estatal com relação ao usuário".[11] Aponta a autora, ainda, que a ausência de distinção legal objetiva entre usuário e traficante, somada ao aumento da pena mínima do crime de tráfico, faz com que a Lei de Drogas constitua uma das principais causas do desproporcional crescimento dos níveis atuais de encarceramento no Brasil.

10 PORTELLA, 2011, p. 28.

11 BOITEUX, 2014, p. 89.

Essas aparentes contradições entre a Lei de Drogas e os princípios do sistema jurídico brasileiro, constitucionalmente consagrados, já nos indica a possível ausência de racionalidade do discurso jurídico-penal, na concepção trazida por Zaffaroni, na medida em que lhe falta coerência interna, o que lhe confere ilegitimidade.[12]

### 2.2 A excepcionalidade da prisão preventiva

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, é um tratado internacional com o propósito de consolidar, no continente americano, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem. O tratado foi assinado em novembro de 1968, tendo sido ratificado pelo Brasil em setembro de 1992 e assumido caráter supralegal a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em dezembro de 2008, que fixou a tese de que os tratados sobre direitos humanos são dotados de um atributo de supralegalidade diante de seu caráter especial.

Ainda que não trate nomeadamente da prisão preventiva, o tratado traz prerrogativas que devem nortear a regulamentação do instituto. Em seu artigo 7, que trata do direito à liberdade pessoal, a Convenção determina que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas na legislação. Dispõe, ainda, que toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Prevê, ainda, o direito de toda pessoa privada da liberdade em recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais.

Verifica-se, portanto, a consagração da ideia de excepcionalidade da prisão, além de preconizar a existência de um julgamento em prazo razoável e o direito da pessoa de ser posta em liberdade, durante o prosseguimento do processo, além do direito de ver decidido, sem demora, sobre a legalidade da prisão.

Na legislação ordinária, a prisão preventiva está disciplinada nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal, constituindo-se uma medida cautelar processual de natureza pessoal. A redação desses artigos sofreu alterações pela Lei nº 12.403/2011 e, recentemente, pela Lei nº 13.964/2019, também conhecida como "pacote anticrime".

12 ZAFFARONI, 2001, p. 16.

A Lei nº 12.403/2011 foi editada sob o argumento de que o encarceramento preventivo deveria ser decretado em caráter de *ultima ratio*, diante da insuficiência das demais medidas e da necessidade de prisão do sujeito.[13]

Nesse compasso, com a redação dada ao art. 313 do CPP, a prisão preventiva ficou adstrita aos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, em casos em que o indivíduo tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, além da hipótese de garantia de execução de medidas protetivas de urgência, nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Ainda, o § 1º do art. 313 admite a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação.

Assim, apenas dentro dessas hipóteses, e quando houver a existência da necessidade de garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos casos em que houver prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de libertado do imputado (art. 312, CPP), a legislação permite a decretação de prisão preventiva.

Na mesma confluência, a redação dada pela Lei nº 12.403/2011 ao art. 282 do CPP determinou que as medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva, deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ainda que o presente trabalho não se proponha a analisar as alterações legislativas trazidas pelo pacote anticrime, especialmente porque o espaço de observação se volta para processos julgados antes da edição da Lei nº 13.964/2019, é pertinente tecer alguns comentários sobre seu conteúdo, especialmente por representar o discurso jurídico-penal presente no ordenamento – não havendo nenhum rompimento com a lógica introduzida pela Lei nº 12.403/2011.

Sob esse prisma, quanto à Lei nº 13.964/2019, ainda que não lhe faltem críticas por valer-se de uma racionalidade tecnicista-fascista, marcada por uma lógica de processo inquisitorial e apresentando elementos autoritários, reconhece-se algumas alterações promovidas, dentro da regulamentação das medidas cautelares, potencialmente úteis para frear o arbítrio dos operadores do direito.[14]

13 LEÃO; PRADO, 2021, p. 1724.

14 AMARAL; SILVEIRA, 2020, p. 154.

Feita essa ressalva, destaca-se a nova redação dada ao § 6º do mencionado art. 282, que consagra o princípio de adoção da prisão preventiva como *ultima ratio* ao dispor que será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, prevendo a necessidade de justificação da medida de forma fundamentada nos elementos presentes no caso concreto, de maneira individualizada. De maneira semelhante, a determinação de maior rigor nas motivações e fundamentações na decretação de prisões preventivas é vista nos arts. 283, 312, § 2º e 315.

Relevante, também, observar a inclusão do § 2º do art. 313, que veda a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. A redação deste artigo parece positivar o princípio da presunção da inocência, reforçando o caráter cautelar e não punitivo previsto para o instituto da prisão preventiva.

Por fim, destaca-se a alteração do art. 310, que disciplinou a obrigatoriedade da audiência de custódia. A inclusão dos §§ 3º e 4ª também merecem comentário. Parece positiva a determinação do § 3º ao prever a responsabilização da autoridade que der causa à não realização da audiência de custódia, sem motivação idônea, No entanto, embora o § 4º preveja a ilegalidade da prisão em flagrante se não realizada a audiência de custódia no prazo legal, também permite a imediata decretação de prisão preventiva – contradição que pode tornar inócuo o comando constante do trecho inicial da obra.[15]

Essas alterações legislativas, especificamente dentro da regulamentação das medidas cautelares consoante exposto, caminham no mesmo compasso do discurso jurídico-penal adotado até então, preconizando-se a excepcionalidade da prisão preventiva e buscando garantir os direitos fundamentais dos presos, buscando-se mecanismos para "frear o eventual arbítrio" dos operadores do direito.[16]

A preocupação legislativa, justifica-se, contudo, diante da prática penal que reiteradamente e sistematicamente viola esses preceitos e direitos dos custodiados, não tendo ocorrido alteração do Estado de Coisas Inconstitucional, reconhecido no julgamento da ADPF 347. É exatamente diante deste descompasso entre o discurso presente no ordenamento jurídico e a realidade que se parte para uma análise da deslegitimidade do discurso jurídico-penal.

15 AMARAL; SILVEIRA, 2020, p. 156.
16 AMARAL; SILVEIRA, 2020, p. 154.

## 3 A realidade: análise da deslegitimidade do sistema penal

Admitindo-se a razão proveniente do abolicionismo, Zaffaroni defende a perda da legitimidade do sistema penal diante da situação de extrema pobreza fundamentadora do sistema e das críticas reveladoras que desacreditam o próprio saber jurídico.[17] Nos países da América Latina, segundo o autor, a contradição entre a programação normativa e a realizada é tão gritante, que pode ser verificada por uma simples observação superficial. Nesse sentido, aponta que a dor e a morte provocadas pelo sistema penal são tão significativas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desparatamento, motivo pelo qual se desarma ao mais leve toque com a realidade.

Propõe o autor uma análise a partir da ótica do chamado realismo marginal, reconhecendo-se a realidade dos sistemas penais latino-americanos, tido como periféricos e distintos daqueles países centrais, marcada por seu autoritarismo e tendência a promover massacres. Nesse contexto, Zaffaroni propõe uma abordagem criminológica cautelar, que deve se dedicar a evitar massacres – estes compreendidos como o elevado número de mortes produzidas pelo descontrole do poder punitivo.

Partindo desses referenciais, o presente trabalho busca realizar uma análise sobre a deslegitimidade do discurso jurídico-penal referente à aplicação da lei de drogas e decretação de prisões preventivas, cotejando a programação normativa com a realidade e delineando o massacre que vem se operando neste contexto.

Sob essa ótica, a legitimidade do sistema penal existiria se o discurso jurídico-penal fosse racional e se o sistema penal atuasse em conformidade com ele.[18] Quanto à racionalidade do discurso jurídico-penal, refere-se à sua coerência interna e ao seu valor de verdade quanto à operatividade social. Nas palavras de Zaffaroni, portanto, "a projeção social efetiva da planificação explicitada no discurso jurídico-penal deve ser minimamente verdadeira, ou seja, deve realizar-se em alguma medida".[19]

Contudo, ao analisarmos o discurso jurídico-penal na construção de políticas sobre drogas, verificamos que não é socialmente verdadeiro. Em que pese na programação normativa esteja positivado o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, além de disposições sobre atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, visando a

17 ZAFFARONI, 2001, p. 6.
18 ZAFFARONI, 2001, p. 16.
19 ZAFFARONI, 2001, p. 18.

garantir a estabilidade e o bem-estar social, verifica-se uma realidade completamente distinta – e distante.

Na prática, o discurso jurídico-penal destoa do contexto de guerra às drogas travada no Brasil, ou melhor, de guerra a pessoas, conforme cunha Luís Carlos Valois.[20] Na realidade, a lei de drogas é aplicada dentro de um cenário estigmatizante e seletivo, sendo responsável pelo aprisionamento de 219.398 (duzentos e dezenove mil, trezentas e noventa e oito) pessoas, correspondente a 29,41% da população carcerária em dezembro de 2021, consoante dados divulgados pelo DEPEN.

O presente trabalho preocupa-se, de maneira específica, justamente quanto à distinção entre a figura do traficante e do usuário, na medida em que o discurso jurídico-penal dispensa tratamentos completamente distintos a essas condutas, inclusive quanto à possibilidade de prisão preventiva, conforme delineado anteriormente.

É importante, então, voltarmos a atenção à realidade do processo penal imposto a esses sujeitos: há a prisão em flagrante – já ocorrida dentro de um padrão estigmatizante -, a realização de uma primeira classificação da conduta realizada pelos agentes policiais, e, se o indivíduo já for rotulado como traficante, assim será reconhecido durante todo o processo mesmo que, ao final, haja a desclassificação da conduta para uso. Nessa lógica, que subverte completamente o princípio da presunção de inocência, o usuário poderá ser encarcerado durante todo o processo penal, recebendo tratamento diametralmente oposto ao preconizado pela legislação e, assim, escancarando a mentira do discurso jurídico-penal.

Destaca-se, neste ponto, conforme indica Nara Borgo Cypriano Machado, que embora a lei determine que caberá ao juiz diferenciar o usuário do traficante, na prática, é a polícia que efetua a apreensão de drogas, que resultará na lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência ou prisão em flagrante, a depender da classificação da conduta, sendo, portanto, o agente policial o primeiro a realizar referida classificação.[21] Dessa forma, num primeiro momento, transfere-se ao policial a responsabilidade em avaliar e classificar a conduta do réu, abrindo margem para grande discricionariedade do agente policial.

Assim, como destaca Maria Gorete de Jesus, é a polícia que "desempenha o papel de oferecer vocabulário para a definição do crime, que vai preencher esses 'espaços' deixados pela lei".[22] Assim, nesse papel de traduzir um "fato da realidade" para um "fato jurídico" os policiais, com base em suas percepções, utilizam

20 VALOIS, 2020, p. 20.
21 MACHADO, 2010, p. 1101
22 JESUS, 2016, p. 6

expressões, linguagens e categorias que são centrais para a própria definição do crime.

Quanto aos espaços deixados pela lei, são os critérios subjetivos adotados pela legislação, presentes do art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, que conferem a possibilidade de que o aplicador da lei se valha de preceitos morais para valorar quais locais estão mais ou menos propensos à prática do crime de tráfico, bem como, do mesmo modo, selecionar realidades sociais e pessoais que ele, dentro de seu campo discricionário, considera mais tendentes ao tráfico.

Diante dessa situação há uma clara subversão, não só dos princípios que deveriam reger o Sisnad, planificado na Lei de Drogas, mas do próprio processo penal, na medida em que "o juiz nos processos de tráfico de drogas, não é o juiz togado, mas o policial na rua".[23] Ademais, os critérios utilizados por estes juízes da lei de drogas, os agentes policiais, em nada referem-se ao discurso jurídico-penal da lei de drogas, mas pela prática policial construída dentro de um sistema seletivo, racista e inquisitorial.

O trabalho realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, coordenado por Maria Gorete Marques de Jesus, denominado "Prisão Provisória e Lei de Drogas", examinou as práticas e discursos dos profissionais do sistema de justiça criminal de São Paulo, principalmente através de entrevistas com policiais civis e militares. No trabalho, destaca-se a confirmação pelos agentes policiais de que operam a distinção entre traficante e usuário baseado naquilo que chamam de "atividade suspeita" – embora sequer haja uma definição do que seria este conceito.[24]

Portanto, a primeira classificação realizada pelos agentes policiais, que possui o condão de determinar o curso do processo penal, e até mesmo seu desfecho, subverte completamente a lógica do processo penal. Essa subversão tem grande impacto principalmente quando analisamos a possibilidade de prisão preventiva nesses casos.

Sobre o tema, Zaffaroni aponta a violação da legalidade penal através de uma distorção cronológica causada pela extraordinária duração dos processos penais, que tem por resultado

> a conversão do auto de prisão em flagrante ou do despacho de prisão preventiva em autêntica sentença (a prisão provisória transmuta-se em penal), a conversão do despacho concessivo de liberdade provisória em verdadeira "absolvição" e a conversão da decisão final em recurso extraordinário. [25]

23 VALOIS, 2020, p. 459.

24 DE JESUS, 2011, p. 98.

25 ZAFFARONI, 2001, pp. 27/28.

Basta uma observação superficial da realidade do sistema penal brasileiro para verificar-se que, ao contrário do que preconiza a programação legislativa, a decretação de prisões preventivas é utilizada como regra e não exceção. É possível constatar, então, que o poder punitivo brasileiro "se tornou uma máquina de conversão de prisões flagranciais em preventivas".[26]

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao publicar o Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, em 2013, classificou a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva como um "problema crônico" em muitos países da América Latina, destacando que essa disfuncionalidade do sistema de justiça penal é a causa de problemas como a superlotação, por exemplo. Em 2017, a Comissão apresentou Relatório sobre medidas destinadas à redução do uso da prisão preventiva, dando seguimento ao relatório publicado em 2013, reafirmando que o uso não excepcional da medida é um dos problemas mais graves e generalizados que enfrentam os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Sobre o tema, encampando sua ótica realista marginal, em "A Questão Criminal", Zaffaroni trata da categoria dos presos sem condenação, referindo-se aos presos provisórios, ressaltando que essas prisões são inúteis e sem causa.[27] Sobre sua prática, conclui que essas prisões inúteis, entendidas por ele como prisões seu causa, não são erros judiciais, mas práticas correntes utilizadas pelos juízes como forma de se protegerem da chamada criminologia midiática.

A criminologia midiática, que exerce grande papel na prática de conversão dos flagrantes em prisão preventiva, pode ser observada nos discursos populistas penais, que consagram a existência de inimigos a serem combatidos, disseminados pela própria imprensa que divulga prisões e apreensões de drogas – mas não as absolvições, como aponta o próprio Zaffaroni –, mas também é expressa pela narrativa defendida e difundida pelos agentes policiais.[28]

A pesquisa desenvolvida por Maria Gorete Marques de Jesus, Caren Ruoti e Renato Alves, ao realizar entrevistas com policiais civis e militares sobre a realização de audiências de custódia, aponta que a frase mais ouvida foi a de que "os policiais prendem e a audiência de custódia solta".[29] Essa ideia de impunidade, reproduzida largamente em veículos midiáticos e, inclusive, discursos políticos, é combustível para a máquina de decretação de prisões preventivas que se tornou o sistema penal brasileiro.

26 MATOS, 2021, p. 16.
27 ZAFFARONI, 2013, p. 287.
28 ZAFFARONI, 2013, p. 287.
29 DE JESUS,, 2018, pp., 152–172

Para além das graves violações aos princípios constitucionais e direitos fundamentais destas pessoas, estigmatizadas pela ação das agências executivas em virtude do uso de drogas, há o grande problema da inserção desses indivíduos no sistema prisional, reconhecidamente criminógeno, acentuando-se os problemas causados pelo superencarceramento em curso no Brasil.

É possível concluir, valendo-nos dos conceitos firmados por Zaffaroni, que existe um massacre por conta-gotas desta categoria de presos sem condenação, convertendo-se a pena de prisão por nenhum delito em uma pena de morte aleatória, já que, para além do efeito reprodutor criminógeno da prisão, o risco de vitimização homicida costuma superar em vinte vezes o da vida em liberdade.[30]

Ou seja, esses usuários, cuja conduta sequer foi apurada pelo Poder Judiciário e que jamais poderia ser repreendida por pena privativa de liberdade, são inseridos em um sistema em que se operam massacres diários, dos quais os efeitos jamais poderão ser remediados, ainda que ao final do processo haja o reconhecimento da conduta de uso e não tráfico de drogas.

Dessa forma, partindo-se da ideia de que o discurso jurídico-penal existente na programação normativa, delineados na primeira parte do trabalho, não é levado a termo pela atuação do sistema, conforme analisado nesta parte, propomos um ambiente de observação na parte seguinte, em que serão analisados os contornos dos processos em que houve, em segunda instância, a desclassificação do tipo penal de tráfico para uso.

## 4 Ambiente de observação: análise dos processos julgados pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em 2018

Diante do exposto, para que seja possível observar analiticamente um corte da realidade, o presente trabalho propõe a análise de processos julgados no Estado de Goiás em que, após o julgamento em segunda instância, o indivíduo, antes condenado como traficante, teve sua conduta desclassificada para uso.

Prezando pela viabilidade do presente trabalho, optou-se por fazer um recorte nos acórdãos a serem analisados: foram coletados acórdãos proferidos pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, durante o ano de 2018, que julgaram apelações interpostas por réus condenados pelo art. 33 de Lei de Drogas e que, em suas razões, pugnaram pela desclassificação para a conduta do art. 28.

30 ZAFFARONI, 2013, p. 285.

Foi desenvolvida uma pesquisa documental, realizada nos acórdãos da Primeira Câmara Criminal do aludido Tribunal, fazendo-se necessário que alguns comentários acerca da metodologia utilizada sejam tecidos.

A coleta de dados se deu no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, utilizando-se duas ferramentas de busca disponibilizadas a saber: busca em jurisprudência (https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php) e busca em atos de 2º grau (https://www.tjgo.jus.br/sge/dmconp.php).

Em ambas plataformas de busca, foram pesquisadas as seguintes combinações de palavras-chave: (1) DESCLASSIFICAÇÃO USO TRÁFICO DROGAS; (2) DESCLASSIFICAÇÃO USUÁRIO TRAFICANTE DROGAS, (3) DESCLASSIFICAÇÃO ART. 28 ART. 33 DROGAS. Dentre elas, foi selecionada a primeira combinação, por ter apresentado um maior número de resultados.

Na primeira ferramenta de busca, dos 2306 resultados encontrados, 160 eram oriundos da Primeira Câmara Criminal e foram julgados durante o ano de 2018, atendendo aos critérios. Após a exclusão dos acórdãos em que o único apelante era o Ministério Público, aqueles em que não foi possível acessar o inteiro teor e, ainda, aqueles em que não havia o pedido de desclassificação da conduta para uso, restaram 144 acórdãos para análise.

Na segunda ferramenta de busca, por sua vez, dos 2112 resultados encontrados, 266 foram julgados pela Primeira Câmara Criminal em 2018. Desses resultados, 149 eram idênticos aos encontrados pela primeira busca, 02 referiam-se a embargos infringentes, 19 correspondiam a apreciação de *habeas corpus*, 06 não possuíam o inteiro teor disponibilizado e, em 10 deles, o Ministério Público figurava como único apelante. Assim sendo, da segunda busca resultaram 80 novos acórdãos aptos a análise.

O universo analisado, portanto, foi de 224 acórdãos, julgados durante o ano de 2018, pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em apelações interpostas por réus condenados por tráfico de drogas, em que um dos pedidos seja de desclassificação da conduta do art. 33 da Lei de Drogas para a do art. 28 da referida lei. Destaca-se, assim, que os casos analisados são anteriores à edição da Lei nº 13.964/2019, não tendo o presente trabalho a pretensão de analisar o impacto da nova legislação na prática criminal – mas podendo apresentar um panorama da realidade antes de sua edição.

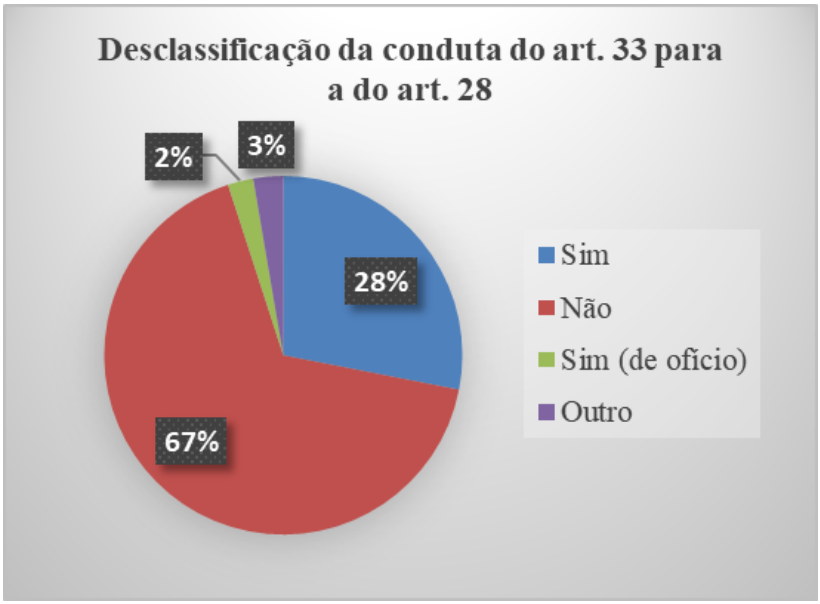
Assim, do universo de acórdãos encontrados, procedeu-se à coleta de dados e a alimentação de uma planilha com informações sobre o condenado, sobre a apreensão de drogas, sobre o julgamento em primeira instância e, por fim, sobre o julgamento em segunda instância. Como em alguns recursos havia mais de um apelante, passamos a tratá-los individualmente. Dessa maneira, a planilha em que

foram organizados os dados analisou 262 indivíduos, sendo esta a referência para a elaboração das análises e gráficos que seguem.

Feitos os necessários comentários acerca da metodologia aplicada e do procedimento de coleta de dados utilizado, passamos à análise dos resultados.

Observando-se a quantidade de pleitos providos, ou seja, a quantidade de indivíduos que, após julgamento em segunda instância, teve desclassificada a conduta de tráfico para a conduta de uso, é possível organizar os dados como no gráfico a seguir:

**GRÁFICO 1 – GRÁFICO DO PROVIMENTO DOS PLEITOS DESCLASSIFICATÓRIOS DADOS EM SEGUNDA INSTÂNCIA POR CONDENADO.**

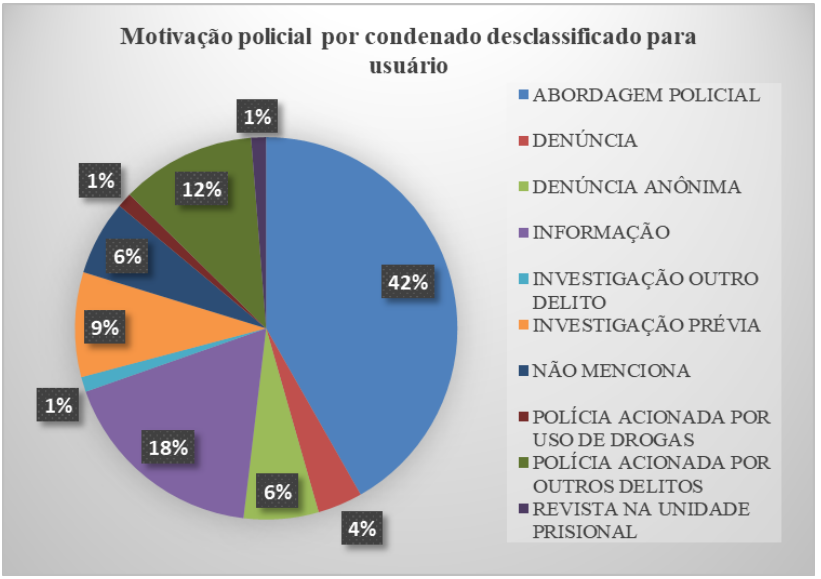



A partir da análise do gráfico tem-se que, considerando-se aqueles em que o pleito desclassificatório foi acolhido e aqueles em que houve a desclassificação de ofício, 30% das pessoas que responderam ao processo penal por tráfico foram reconhecidas, pelo sistema, como usuárias. Em números absolutos, dos 262 indivíduos analisados, 79 tiveram a conduta imputada do art. 33 da Lei 11.343/2006 desclassificada para aquela prevista no art. 28 do diploma legal.

Como o presente estudo cuida, especificamente, daqueles julgados como usuários, passamos a realizar análises pormenorizadas das pessoas que tiveram a conduta desclassificada para uso em segunda instância.

Buscou-se, então, verificar os contornos da ação policial que culminou na autuação em flagrante e consequente processo penal dessas pessoas que, ao final, foram entendidas como usuárias. Os dados podem ser organizados como no gráfico abaixo:

**Gráfico 2 - Motivação da ação policial por condenado classificado, em segunda instância, como usuário.**




Antes de qualquer análise, pertinente tecer alguns comentários acerca da categorização realizada:

Como "abordagem policial" foram consideradas todas as abordagens realizadas a partir de patrulhamento de rotina das autoridades policiais, inclusive a partir de *blitz* ou posto da Polícia Rodoviária Federal. Assim sendo, não existe elemento informativo algum a respeito da conduta do réu, a não ser o julgamento próprio da autoridade policial. Nessa classificação encontram-se, a grosso dizer, todos aqueles que tiveram "atitudes suspeitas", conforme a narrativa dos policiais.

Como "denúncia" foram consideradas denúncias recebidas pelos canais oficiais da polícia. Registre-se que as informações são colhidas a partir da narrativa policial, inexistindo registro ou comprovante de referidas denúncias nos autos. Já como "denúncia anônima", nos mesmos moldes da definição anterior, considera-se denúncias em que não há identificação do denunciante, de acordo com a narrativa policial.

Por sua vez, como "informação" foram consideradas informações repassadas aos policiais através de informantes, sejam eles também autoridades policiais, serviço de informação ou mesmo civis conhecidos pela polícia, conforme narrativa dos policiais.

Como "investigação prévia" enquadram-se operações policiais deflagradas com o intuito de repressão ao tráfico de drogas, investigações decorrentes de outros inquéritos ou ações penais relacionadas a drogas, investigações que culminaram em ordens de busca e apreensão e, também, monitoramento realizado pelas autoridades policiais. Na categoria "polícia acionada por outros delitos", foram consideradas as apreensões realizadas quando as autoridades policiais atenderam a chamados por crimes não relacionados a tráfico de drogas, como furto, roubo e homicídio.

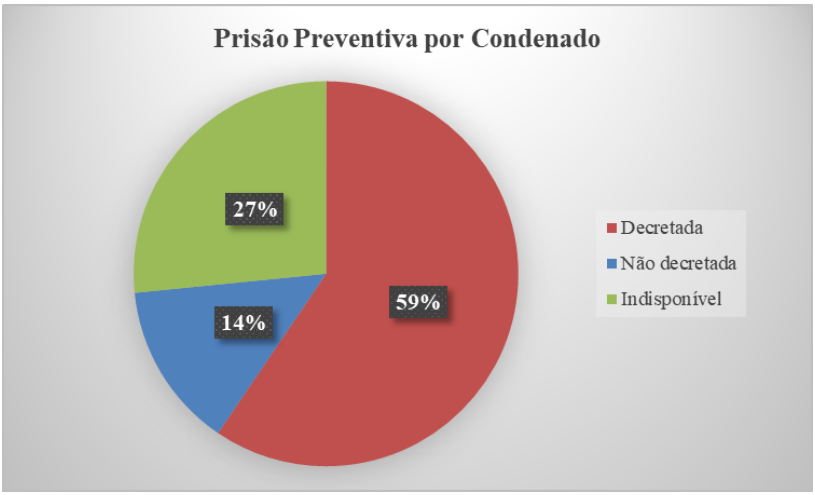
Sob a categoria "revista na unidade prisional", foram consideradas a revista pessoal realizada em pessoas que adentrem a unidade prisional e, também, revistas de rotina realizadas em celas. Por fim, na categoria "investigação outro delito", foram consideradas as investigações realizadas em relação a outros delitos mas que, incidentalmente, foram encontradas drogas, inexistindo qualquer trabalho investigativo envolvendo tráfico.

O que se observa neste recorte, portanto, é uma representação da realidade reconhecida no capítulo anterior, em que se verifica que a maior parte dos flagrantes foi realizada a partir da abordagem policial de rotina, motivada principalmente pela existência de "atitudes suspeitas".

Depreende-se, dos casos analisados, que a maioria dos flagrantes prescindiu de elementos informativos anteriores, bastando a discricionariedade do agente policial, influenciada pelos estigmas sociais e criminologia midiática, para que o indivíduo fosse classificado como traficante e, a partir daí, responda o processo criminal já com uma espécie de sentença preliminar – dada pelos policiais.

Corroborando com essa ideia, verificamos que 59% destes indivíduos, reconhecidos como usuários após julgamento em segunda instância, tiveram a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, como se vê do gráfico a seguir:

GRÁFICO 3 – GRÁFICO DA DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR CONDENADO CLASSIFICADO COMO USUÁRIO



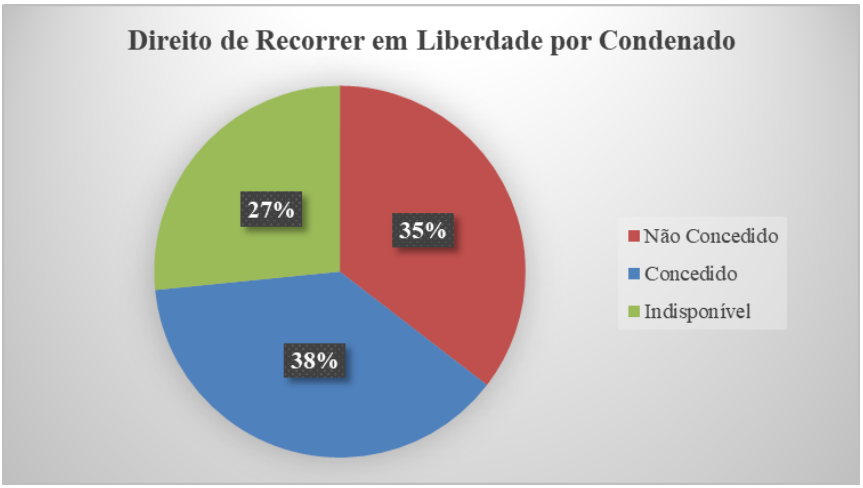

Registre-se que a porcentagem identificada como indisponível refere-se aos casos em que não foi possível ter acesso à integralidade dos processos, por tratarem-se de autos físicos, de diversas comarcas, não digitalizados.

É possível apontar, da análise do gráfico, que a constatação da conversão do flagrante em prisões preventivas na maioria absoluta dos casos analisados não foge do cenário analisado na parte anterior, em que se revela a utilização em larga escala da prisão cautelar, ainda que a legislação lhe relegue caráter excepcional.

Interessante, ainda, relacionar as informações quanto à ação da atividade policial com a decretação de prisões preventivas. Ainda que a maioria dos flagrantes sejam lavrados sem a existência de uma investigação específica anterior, o que ocorreu em somente 9% dos casos (identificados como investigação prévia), a absoluta maioria desses usuários foi encarcerada preventivamente, mesmo não existindo elementos informadores de sua conduta para além da narrativa policial.

Buscou-se analisar, ainda, se a sentença, que condenou estes indivíduos como traficantes, concedeu-lhes o direito de recorrer em liberdade ou se, ao contrário, permaneceram presos até o julgamento em segunda instância - em que foram reconhecidos como usuários. Assim, os dados são organizados no seguinte gráfico:

**GRÁFICO 4 – GRÁFICO DA CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE POR CONDENADO**




Portanto, observa-se que 35% desses indivíduos permaneceram encarcerados durante toda a instrução processual, tendo, ao final do julgamento em segunda instância, sua conduta sido desclassificada para tráfico.

Questiona-se, assim, o impacto da inserção no sistema penal desses indivíduos, que permaneceram anos encarcerados, tendo seus direitos suspensos e suprimidos, e que carregarão permanentemente este estigma. É valioso trazer a lição de Zaffaroni sobre o tema:

> Pouco importa que, no final, a pessoa acabe libertada ou absolvida, porque socialmente carregará um estigma, dado que a criminologia midiática publica sua detenção, mas não sua libertação, quando não critica: alguma ela fez, se safou por acaso, teve um bom advogado, teve sorte, fizeram um acerto com os juízes etc.[31]

É possível concluir, concordando com Zaffaroni, que estas pessoas sofrem verdadeiros sequestros estatais, na medida em que não há na legislação vigente hipótese fundamentadora de seu encarceramento, que revela a deslegitimidade do sistema penal.

Da observação proposta, é possível reconhecer que o discurso jurídico-penal planificado na legislação, especialmente quanto ao tratamento que deveria ser despendido ao usuário e, principalmente, quanto à excepcionalidade da prisão

31 ZAFFARONI, 2013, p. 287.

preventiva, não se realiza no plano social, sendo a realidade totalmente descolada da programação normativa – exemplificando-se a deslegitimidade do sistema penal proposto por Zaffaroni em suas obras e contribuindo, sobremaneira, para o alargamento dos massacres operados pelo sistema penal no Brasil.

## 5 Conclusão

Diante da constatação, pela simples observação da realidade, de que as práticas sistematicamente realizadas pelos operadores do direito no contexto da Lei de Drogas não coaduna com o que, em tese, deveria ser realizado a partir da planificação legislativa da matéria, a presente pesquisa constitui uma investigação acerca da legitimidade do sistema penal diante da aparente contradição entre o discurso jurídico-penal e a realidade.

Na primeira parte do trabalho, então, foi realizada uma análise da Lei de Drogas, com especial enfoque ao tratamento direcionado à figura do usuário, bem como aos mecanismos legais oferecidos para que seja realizada a distinção das condutas de tráfico e uso. Foram identificados, assim, princípios norteadores da ação estatal direcionada aos usuários, ligadas à políticas de redução de danos – em contraposição ao caráter punitivo-repressivo direcionado ao tráfico de drogas. Neste momento, ainda, foi realizada uma análise quanto às previsões legais de prisões preventivas, especialmente quanto ao seu caráter de excepcionalidade. Foi, então, delineado o discurso jurídico-penal fundador da programação normativa analisada.

Em um segundo momento, buscou-se realizar uma verificação da deslegitimidade do sistema penal, procurando-se demonstrar a contradição existente entre o discurso planificado e a realidade da atuação do sistema penal, apoiando-nos na ótica do realismo marginal proposta por Zaffaroni. Ainda, alinhando-nos à criminologia cautelar, buscamos identificar o massacre em curso no país, especificamente relacionado à aplicação das prisões preventivas no contexto da Lei de Drogas.

Por fim, dentro de um ambiente de observação, procedemos a uma pesquisa documental de processos em que, após decisão de segundo grau, houve o acolhimento do pedido de desclassificação da conduta de tráfico para uso. Para tanto, foram analisados processos julgados pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em que houve a desclassificação da conduta de tráfico para uso de drogas, após o julgamento dos recursos de apelação.

Assim, foram analisados os processos de 262 indivíduos, identificando-se que 79 deles tiveram os pleitos desclassificatórios providos, sendo atribuído-lhes a conduta de uso, tipificada no art. 28 da Lei de Drogas – para a qual não há previsão legal de pena privativa de liberdade. Ainda, identificou-se as condições da ação

policial que culminou na autuação do flagrante, diante da correlação estabelecida entre a classificação inicial da conduta operada pelos agentes policiais e o encaminhamento do processo penal. Constatou-se que a maioria dos flagrantes ocorreu em virtude de abordagem policial em patrulhamento de rotina, responsável por 42% dos flagrantes.

Verifica-se a relevância da atuação policial que, seletivamente identificando indivíduos como possuindo "atitude suspeita", dão uma verdadeira sentença antes mesmo de qualquer apreciação da conduta pelo Poder Judiciário. Classificados preliminarmente como traficantes pelos policiais, esses indivíduos responderam por processos criminais e, em sua grande maioria, foram aprisionados durante seu curso.

Quanto ao encarceramento destas pessoas no curso processual, observou-se que 59% tiveram o flagrante convertido em prisão preventiva, coadunando com a análise realizada quanto à sistemática decretação de prisões preventivas pelo sistema penal – em total dissonância com a programação legislativa. Ainda, desses usuários encarcerados durante o curso processual, 39% permaneceram presos até a decisão de segunda instância – que operou a desclassificação da conduta para uso –, na medida em que não lhes foi concedido o direito de recorrer em liberdade.

Da pesquisa documental realizada, portanto, parece ser possível observar o total descompasso entre a programação normativa e a realidade do sistema penal, conforme delineado. Ainda, parece claro o massacre em curso, com o aprisionamento de diversas pessoas cuja conduta praticada não deveria ser repreendida com penas privativas de liberdade – retrata-se a categoria dos presos por nada, conforme indica Zaffaroni, que, mesmo libertos ao final do processo, permanecerão estigmatizados e, na grande maioria dos casos, suportando as consequências de terem sido inseridos dentro de um sistema criminógeno e, em última instância, homicida.

## Referências Bibliográficas

AMARAL, A. J. do; SILVEIRA, F. L. da. A prisão preventiva e as (nem tão) novas controvérsias na Lei nº 13.964/2019. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 141–162, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/23>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BOITEUX, Luciana. *Drogas e Cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; LEMOS, Clécio. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paul*o. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE JESUS, Maria Gorete Marques. *A verdade jurídica dos casos de acusação por tráfico de drogas: o campo de imunidade da narrativa policial na justiça criminal*. In: 40º Encontro Anual da Anpocs SPG 11. Caxambu,

2016.

_____. (coord.). *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. [recurso eletrônico] São Paulo: Núcleo e Estudos da Violência – Universidade de São Paulo, 2011

_____., Ruotti, C., & Alves, R. "*A gente prende, a audiência de custódia solta": narrativas policiais sobre as audiências de custódia e a crença na prisão.* Revista Brasileira De Segurança Pública, 2018, 12(1), 152–172

KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>.

LEÃO, Bernardo S. C; PRADO, Alessandra R. M. *A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe.* Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 7, n. 3, p. 1713-1749, set./dez. 2021.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *Usuário Ou Traficante? A Seletividade Penal Na Nova Lei De Drogas.* In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010.

MATOS, H. *Contribuições da Criminologia Cautelar no Combate à Superlotação Carcerária: Impactos e desafios do programa Fazendo Justiça das Audiências de Custódia.* 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói.

PORTELLA, Alessandra Matos. *Usuário ou Traficante? A Operacionalidade do Sistema Penal Desvelada por Meio da Análise da Lei Nº 11.343/2006*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 3. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

ZAFFARONI, *E. R. Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *A Questão Criminal.* 1ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

# Confira nesta edição:


**A prescrição penal em "xeque": aplicação do teste de falseabilidade de claus-wilhem canaris sobre os votos vencidos do caso edmundo no Supremo Tribunal Federal**
*Airto Chaves Junior e Thiago Aguiar de Pádua*

**ADPF 635/ RJ – A égide dos "cabeças de porco"**
*Ana Luísa Morais Barbosa e Felipe Morais Barbosa*

**Direito penal do inimigo e a possível influência da sua racionalidade sobre as políticas migratórias europeias e sobre a integridade do estado de direito**
*Pablo Rodrigo Alflen e Ricardo Strauch Aveline*

**Intimidação sistemática: os crimes do art. 146-A do Código Penal**
*Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli*

**O devido processo legal administrativo como garantia da ampla defesa e do contraditório e como meio de controle do compartilhamento de dados pessoais na esfera penal: breve discussão acerca do Tema 990 do STF**
*Regina Linden Ruaro e Tapir Rocha Neto*

**O direito capturado pela economia: a formação dos magistrados nos Estados Unidos e no Brasil e os impactos do saber econômico sobre as decisões judiciais penais**
*Ricardo Jacobsen Gloeckner e João Carlos Dalmagro Junior*

**Erro de identificação: onde está a falha no sistema de justiça criminal?**
*Carlos Henrique Borlido Haddad e Lucas de Josué Cunha Morais*

**O tratamento penal à lavagem de capitais na Operação Lava-Jato e sua sobreposição ao crime de corrupção: uma análise das sentenças proferidas pelo Juiz Sérgio Moro na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba-PR**
*Tarsila Fonseca Tojal e Luciano Anderson de Souza*

**Do controle criminal ao Empoderamento: possíveis Interações entre Colonialismo Digital, Resistência e Direitos Humanos Instituintes**
*Nelson Camatta Moreira e Ronaldo Félix Moreira Júnior*

**A (im)possibilidade de utilização das medidas cautelares reais para a garantia do confisco alargado**
*Ana Beatriz da Luz, Isabela Maria Stoco e Gabriel Bertin de Almeida*

**Prisão preventiva e lei de drogas: análise dos discursos jurídico-penais a partir do realismo marginal e criminologia cautelar**
*Franciele Silva Cardoso e Fabiana Santos Milhomem*



ISSN 1676-8698/93





+ ACESSO À **VERSÃO DIGITAL GRÁTIS** NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA