JOTA

DIREITO PENAL EM FOCO

Volume I

coordenadores

LUÍS GRECO | HELOISA ESTELLITA | ALAOR LEITE

Sumário

Apresentação 5
Luís Greco, Heloisa Estellita e Alaor Leite

Autores 6

I - Direito Penal 9

1. Fundamentos

O relativo e o absoluto na Teoria da Criminalização: reflexões jurídico-penais por ocasião do livro "Tribos Morais" de Joshua Greene 10
Hugo Soares

2. Parte Geral

Veículos autônomos e Direito Penal 22
Heloisa Estellita
Alaor Leite

Punição por dolo no caso Brumadinho? 28
Eduardo Viana

Observações sobre as propostas relativas à legítima defesa no "Projeto de Lei Anticrime" 36
Luis Greco

Existe um direito de legítima defesa? 48
Rodrigo J. S. Amaral

Recusa de transfusão de sangue em pacientes menores de idade e os limites do consentimento por representação 57
Flavia Siqueira
Izabele Kasecker

3. Parte Especial

A insuficiente definição de conceito de funcionário público no direito brasileiro 65
Raquel Scalcon

O problema da quaificação de dirigentes de entidades do terceiro setor (OS e OSCIPS), no manejo de verbas com origem pública, como funcionários públicos para efeitos penais: parâmetros para a interpretação do Artigo n. 327, §1º, primeira parte, do CP 72
Raquel Scalcon

O crime de resistência no "pacote anticrime" 85
Gustavo Quandt

Bitcoin e lavagem de dinheiro: uma aproximação 93
Heloisa Estellita

Os delitos de organização no direito brasileiro 107
Lucas Montenegro

Fundos de pensão e os novos crimes de gestão fraudulenta e temerária (PLS 312/2016): rumo ao crime de infidelidade patrimonial? 116
Adriano Teixeira
Alaor Leite

O STF e o RHC 163.334: uma proposta de punição da mera inadimplência tributária? 128
Heloisa Estellita
Aldo de Paula Junior

Parâmetros interpretativos para a criminalização do não recolhimento de ICMS próprio. Configuração típica e exigências procedimentais 139
Alaor Leite
Ademar Borges

II - Direito Processual Penal 156

Aspectos materiais do acordo para aplicação imediata de penas: breves comentários sobre o projeto de *plea bargain* 157

Felipe De-Lorenzi

O status processual do corréu delator 166

Luis Greco
Alaor Leite

Constrição patrimonial no direito penal brasileiro: sentido e limites do "confisco por equivalência" e do "sequestro subsidiário" 183

Adriano Teixeira

Felipe Gonçalves

A busca estatal por informações digitais e as intervenções em direitos fundamentais no processo penal 194

Orlandino Gleizer

Breves comentários sobre a execução da pena do direito alemão 217

Orlandino Gleizer
Guilherme Góes

Apresentação

Este livro compila os textos que compuseram, no ano de 2019, a coluna "Penal em Foco", editada pelo JOTA. Os textos, embora não estejam aprisionados a nenhuma linha temática, vêm animados pelo propósito comum de aproximar teoria e prática. Mais concretamente, o formato acessível da coluna visa a permitir a discussão, em forma de reação imediata, dos temas mais candentes da atualidade. Esse enfrentamento pontual dos problemas atuais não deve, contudo, enganar: os artigos consubstanciam contribuições verdadeiramente científicas. Em outras palavras, os temas do momento são tomados como ensejos para debater problemas que transcendem os fenômenos episódicos que ocupam o debate público, o legislador ou a jurisprudência. A publicação em forma de livro quer dar conta precisamente dessa dimensão perene do labor científico. O livro – como a ciência – fica.

No que segue, são tratados os mais diversos temas do Direito Penal e do Direito Processual Penal, que vão desde os fundamentos do Direito Penal, lançando problemas de alta indagação, passando pela Parte Geral e Parte Especial e desaguando no Processo Penal. Sem pretensão de completude, o livro é um retrato do movimentado e multifacetado ano de 2019. Os autores – a quem agradecemos pelo entusiasmo com que contribuíram – possuem, em geral, alguma ligação com os organizadores, embora esse não seja um requisito para estampar ideias na coluna. A rigor, a única régua é o valor científico da contribuição. A coluna deseja também ser veículo propulsor de encontros entre cientistas brasileiros e está aberta, assim, a todos.

Deve ser louvada a aposta do JOTA em uma coluna que não corresponde a alguns padrões lamentavelmente estabelecidos no debate atual, que acaba por estimular o texto superficial, sem pretensão científica e mais destinado a entreter um público de convertidos. Reerguer o padrão do debate público, sob as novas condições proporcionadas pela internet, é desafio que a todos incumbe. Os organizadores e o JOTA aceitam esse desafio.

Por fim, manifestamos nosso agradecimento a Douglas Norkevicius e Felipe Campana, que revisaram com esmero o produto final que chega às mãos ou à tela do leitor.

Luís Greco, Heloisa Estellita e Alaor Leite

AUTORES

ADEMAR BORGES

Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Professor de Direito Constitucional do IDP

ADRIANO TEIXEIRA

Doutor e mestre (LL.M) pela Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique. Professor da FGV Direito SP. Estágio pós-doutoral na Humboldt-Universität, de Berlim, com bolsa da Fundação Fritz Thyssen

ALAOR LEITE

Docente-Assistente junto à Cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Humboldt, de Berlim; Doutor e LL. M. em Direito pela Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique

ALDO DE PAULA JÚNIOR

Advogado. Professor da FGV DIREITO SP

EDUARDO VIANA

Professor de Direito Penal da UFBa e da Universidade Estadual de Santa Cruz. Doutor e mestre em Direito Penal pela UERJ, com estágio doutoral realizado na Universität Augsburg, Alemanha, e na Universitat Pompeu et Fabra, Espanha

FELIPE DE-LORENZI

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com período de doutorado sanduíche na Universidade Humboldt de Berlim

FELIPE GONÇALVES

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Advogado criminal

FLÁVIA SIQUEIRA

Doutora em Direito Penal pela UFMG, com período sanduíche na Universität Augsburg e estâncias de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin. Pós-doutorado pela UFMG (CAPES-PrInt). Professora de Direito Penal na Universidade Presbiteriana Mackenzie

GUILHERME GÓES

LL.M e doutorando na Humboldt-Universität zu Berlin

GUSTAVO QUANDT

Mestre em Direito pela UFPR e defensor público federal em Florianópolis/SC

HELOISA ESTELLITA

Professora da FGV Direito SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico e da Empresa na mesma instituição. Bolsista de pós-doutorado da Fundação Alexander von Humboldt e CAPES. Doutora em Direito Penal (USP)

HUGO SOARES

Doutorando em Direito Penal pela Universidade Humboldt em Berlim. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014) e mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa (2019)

IZABELE KASECKER

LL.M em direito alemão pela Universität Augsburg. Doutoranda na Humboldt-Universität zu Berlin e bolsista da CAPES/DAAD

LUCAS MONTENEGRO

Docente assistente na cátedra de Direito Penal, Filosofia e Teoria do Direito da Martin-Luther Universität Halle-Wittenberg; doutorando na Humboldt-Universität zu Berlin; LL.M. pela Georg-August-Universität Göttingen

LUIS GRECO

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Faculdade de Direito da Humboldt-Universität zu Berlin; Doutor e LL. M. em Direito pela Universidade Ludwig-Maximilian, de Munique

ORLANDINO GLEIZER

Assistente de cátedra na Julius-Maximilian-Universität Würzburg, doutorando na Humboldt-Universität zu Berlin, LL.M em Direito pela Universität Augsburg e mestre em Direito Penal pela UERJ

RAQUEL SCALCON

Professora da FGV Direito SP (Graduação, FGV Law e Mestrado Profissional). Bolsista da Fundação Alexander von Humboldt (AvH), em parceria com CAPES, para estudos pós-doutorais na Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha. Doutora em Direito (UFRGS)

RODRIGO AMARAL

Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela mesma instituição

I - DIREITO PENAL

1. Fundamentos

O relativo e o absoluto na Teoria da Criminalização: reflexões jurídico-penais por ocasião do livro "Tribos Morais" de Joshua Greene

HUGO SOARES

Como resolver os conflitos quando os grupos conflitantes apresentam muito poucos ou nenhum valor em comum? Joshua Greene, representante da nova geração de filósofos americanos preocupados com a chamada Psicologia Moral , procura resolver essa pergunta construindo *uma nova defesa do utilitarismo* baseada numa concepção por ele denominada de *pragmatismo profundo*: um utilitarismo decorrente do reconhecimento de que os principais problemas morais da atualidade resultam de um conflito entre os próprios valores deontológicos das diferentes tribos morais, e que, portanto, não podem ser resolvidos deontologicamente . Pretendo, no presente texto, promover brevemente os argumentos centrais expostos no livro de Greene[1], para, posteriormente, extrair criticamente reflexões para a Teoria da Criminalização[2].

I. Argumentos centrais

A tese de Greene parece estar fundada em *dois pilares fundamentais*: a ideia de que os problemas intertribais (aqueles entre "nós e eles") *não podem ser resolvidos pelos mesmos meios de solução dos tradicionais problemas intratribais*[3] (aqueles que ocorrem entre "eu e nós"); e a ideia de que a *felicidade é a única moeda comum possível entre*

1 Apontamos nesse rol, entre outros, Jonathan Haidt, Jesse Prinz e Martha Nussbaum.

2 GREENE, Joshua. Moral Tribes: Emotion, Reason and the gap between Us and Them. Londres: Atlantic Books, 2014, p. 289 e ss.

3 GREENE (nr. 2), p. 171 e ss.

as diferentes tribos[4].

O autor elabora uma interessante metáfora a respeito da forma de *processamento dual da moralidade humana: tal qual uma câmera fotográfica bimodal, o ser humano tem a capacidade de utilizar seu maquinário moral no modo automático ou no manual*[5]. A maioria das situações cotidianas não requer mais do que as configurações automáticas – rápidas, inflexíveis e suficientemente precisas – para conseguir a melhor foto. Já o modo manual só é útil quando o fotógrafo moral possui uma formação adequada, e só é necessário quando houver um interesse por um resultado mais preciso do que o usual.

Por *modo automático,* Greene considera as *emoções morais*, que *não passariam de adaptações evolutivas*, de ordem biológica e cultural, *que permitem uma cooperação entre o indivíduo e sua tribo moral* (grupo social com o qual compartilha valores básicos)[6]. Elas são capazes de reduzir substancialmente os prejuízos coletivos advindos de comportamentos individuais egoístas. Por virem sofrendo constantes aprimoramentos desde os primórdios da humanidade, já gozam de um sistema automático relativamente bem calibrado para os conflitos intratribais. É esse sistema que, p. ex., nos faz sentirmos mal quando recebemos uma fatia de bolo maior do que a recebida por um irmão.

Por conta de sua inflexibilidade, *o modo automático estaria associado aos argumentos de estrutura deontológica*, caracterizados por serem absolutos, inegociáveis, e alheios a qualquer circunstância empírica. Deontologia seria, portanto, emocional: Nela, o apoio das circunstâncias empíricas é somente um *plus* argumentativo. É errado torturar simplesmente porque é errado, ainda que tal comportamento nos trouxesse grandes ganhos sociais – pensemos na tortura de um prisioneiro de guerra que detém um segredo com potencial de garantir a vitória. No apelo a direitos deontológicos, vinculados ao modo automático, impera

4 GREENE (nr. 2), p. 175 e ss.

5 GREENE (nr. 2), p. 133 e ss

6 GREENE (nr. 2), p. 131 e ss.

a lógica da intransigência, do "cara, eu ganho; coroa, você perde"[7]. E, por isso, Greene, não sem exagero, os chama de blefes: alegar, p. ex., que os direitos da progenitora, do nascituro ou mesmo do progenitor[8] estão em jogo não é capaz de convencer qualquer dos lados do debate sobre o aborto.

Os avanços tecnológicos e o consequente encolhimento do mundo trouxeram, porém, um novo elemento para a equação moral: onde antes somente havia, na prática, conflitos entre o "eu" e o "nós", hoje paira monstruosa a sombra do conflito entre o "nós" e o "eles". Em poucas palavras, o fenômeno da globalização intensificou os conflitos entre tribos morais, que nem sempre compartilham valores comuns. Pensemos em como a liberdade e a castidade femininas gozam de status distintos no Ocidente em relação às sociedades islâmicas. O apelo às emoções morais seria ineficaz para resolver esse novo tipo de conflito de valores, porque elas consistiriam nos exatos valores básicos iniciais que teriam dado causa ao dissenso[9]. *A solução dos conflitos intertribais residiria, então, na utilização do segundo mecanismo de processamento moral existente em nosso cérebro: a configuração manual*, de natureza racional, pautada pela lógica do custo/benefício, e cujos argumentos apresentam, portanto, uma estrutura consequencialista[10].

Essa lógica encontraria dificuldade na ausência de uma "moeda comum", capaz de reduzir os diferentes interesses tribais a uma linguagem que todos compreendam e aceitem, permitindo uma avaliação universal dos custos e dos benefícios de uma determinada ação. Não sem reconhecer um papel das configurações automáticas

---

7 GREENE (nr. 2), p. 301 e ss.

8 Sobre os direitos do progenitor cf., na literatura lusófona, VASCONCELOS, Pedro Pais de. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão: vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, sobretudo p. 152 e ss.; e SOARES, Hugo. Aborto e paternidade: um novo paradigma a partir dos sujeitos da escolha. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação. Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014, p. 41 e ss.

9 GREENE (nr. 2), p. 172 e ss.

10 GREENE (nr. 2), p. 172 e ss.

nesse quesito[11], o autor, inspirado em Mill e Bentham, promove *um corte metodológico*: todas as experiências de felicidade têm uma utilidade; todas as experiencias de infelicidade, uma contra-utilidade; e todos os indivíduos merecem igual consideração[12], de modo que *a felicidade seja a moeda comum*. A racionalidade, então, consistiria em maximizar o valor total de felicidade e minimizar o valor total de infelicidade, sem qualquer posterior consideração moral sobre a qualidade delas. A felicidade de um trapaceiro por sua vitória é, para fins de *trade-offs* morais, idêntica à felicidade decorrente de uma vitória merecida[13].

Poder-se-ia pensar que essa *filosofia moral representaria um foco excessivo nos aspectos materiais e, sobretudo, econômicos*: considerando que, para mensurar a felicidade geral, é preciso adotar critérios materiais, a maximização da felicidade estaria, em última análise, reduzida àquilo que traduzo como "doutrina da riqueza" (*wealthitarianism*): um dever de maximização de riquezas. O problema dessa crítica reside no fato de que, embora o dinheiro tenha, sim, sua utilidade, esta tende a se diluir na medida em que se acumula maiores quantidades[14]. Cem unidades de dinheiro têm, p. ex., um valor X quando nada se tem e um valor que tende a zero quando já se tem um bilhão de unidades. *Trata-se da distinção entre utilidade total e utilidade marginal,* já bem estabelecida na ciência econômica, que *é capaz de revelar a falácia do espantalho contida na crítica ao utilitarismo como uma "doutrina da riqueza"*[15]. O corte metodológico, assim, ainda se mantém: todas as experiências positivas e negativas de

11 GREENE (nr. 2), p. 201.

12 GREENE (nr. 2), p. 202 e ss.

13 Isso não significa que a trapaça é utilitariamente valorosa: o indivíduo trapaceiro, para conseguir sua felicidade, promove uma maior infelicidade dos espectadores, que esperam assistir a um jogo justo; dos perdedores, que dificilmente estarão satisfeitos com a trapaça; e por aí vai. Ressalve-se que não há, em Greene, qualquer pretensão de obter uma verdade moral. Para ele, tal verdade, ainda que possa existir, é inalcançável e, portanto, devemos nos preocupar com algo que funcione melhor para todos em geral. A razão simplesmente atuará para chegarmos a um consenso sobre o que traz melhores resultados, ou seja, o que é capaz de aumentar a felicidade geral. Cf. GREENE (nr. 2), p. 188.

14 GREENE (nr. 2), p. 279 e ss.

15 GREENE (nr. 2), p. 279 e ss.

todos os indivíduos devem ter suas utilidades igualmente consideradas. Porém, *a análise moral deve sempre levar em conta a utilidade marginal dos benefícios.*

O modo manual, ou mecanismo racional de processamento moral, *seria inadequado à maximização da felicidade geral nos conflitos intratribais*[16], considerando a sua tendência de produzir efeitos indesejados ou subótimos, tal qual um amador utilizando uma câmera profissional. Seria, portanto, *mais prudente fazer uso das configurações automáticas,* suficientemente calibradas pela evolução da humanidade, e pacificar os conflitos intratribais por meio da deontologia.

Já quanto aos conflitos intertribais, Greene sugere o abandono das tentativas de solução deontológicas, por entendê-las inerentemente incompatíveis com tal ordem de conflitos[17]. Como solução, o autor sustenta, então, *o acolhimento do pragmatismo profundo*, para o qual somente a maximização da felicidade geral interessa, ante *a ausência de valores deontológicos em comum aos quais se possa apelar para convencer o lado adversário*.

Mas como distinguir um conflito intratribal de um conflito intertribal? Afinal, a ideia de tribo moral defendida por Greene comporta não apenas grupos étnicos espacialmente bem delimitados, mas, antes, grupos ético-políticos que muitas vezes coabitam num mesmo território. Não se fala apenas de Ocidente e Islã, p. ex., mas também de direita e esquerda, conservadorismo e progressismo etc. A solução dada pelo autor mostra-se tão simples quanto efetiva: *a verificação da existência de uma controvérsia moral*[18]. Ao se averiguar qualquer controvérsia moral sobre determinado assunto moral, haverá, então, um conflito intertribal.

Essa solução, embora engenhosamente simples, traz consigo um segundo e mais profundo problema: virtualmente todos os conflitos

16 GREENE (nr. 2), p. 293 e ss.

17 GREENE (nr. 2), p. 293 e ss.

18 GREENE (nr. 2), p. 293 e ss.

passam a apresentar uma natureza intertribal[19]. Greene acredita que esse obstáculo poderia ser evitado ao distinguir um problema moral de uma controvérsia moral[20]. O primeiro equivaleria a uma mera transgressão de uma regra ética, p. ex., o homicídio de um inocente, cujo repúdio é virtualmente universal, o que tornaria defensável o emprego das configurações automáticas ao caso. Por sua vez, *a controvérsia moral consistiria na discórdia entre tribos morais inteiras*[21]. E a solução, então, residiria na análise minuciosa dos dados, buscando identificar e adotar o lado mais capaz de maximizar a felicidade geral.

E aí chegamos ao terceiro e principal problema que Greene tenta responder: *se a existência de uma controvérsia moral é condição suficiente para o reconhecimento de um conflito intertribal – e, por tabela, para o acolhimento de uma argumentação consequencialista –, então debates morais, como os sobre a promoção de atos políticos por meio de violência e sobre a expulsão e mesmo o extermínio de grupamentos humanos inteiros, estariam simplesmente sujeitos a análises de custo/benefício?* Como o próprio autor reconhece, não é preciso ir mais longe do que um simples passeio pela internet para perceber a existência de tribos morais defensores da violência armada como solução política ou de tribos que defendem ideais nazistas. Para essa pergunta, Greene oferece uma problemática resposta: *nesses casos específicos, o apelo emocional aos argumentos deontológicos volta a ser defensável* [22].

Tal solução merece duas considerações. Primeiro, por que, ao invés de nos dedicarmos à exaustiva (e talvez impossível) tarefa de identificar empiricamente o lado mais capaz de maximizar a felicidade, não nos dedicamos a estudar as características e tendências das emoções por trás da deontologia, de modo a aprendermos a canalizá-las? Com o advento

19 Isso talvez se deva ao fato de que as palavras "conflito" e "controvérsia" pertencem ao campo semântico que gira em torno da ideia de "disputa".

20 GREENE (nr. 2), p. 293 e ss

21 Conceito que, ressalve-se, já guarda em si uma certa circularidade, cujo aprofundamento não convém abordar neste espaço.

22 GREENE (nr. 2), p. 306 e ss.

do big-data e o interesse político[23] e econômico[24] em coletar e extrair informações das emoções sociais, consigo vislumbrar um promissor campo científico com reais possibilidades de aplicação prática pela ciência jurídica. Isso para não se falar no recurso legítimo a disciplinas já consolidadas, como psicologia, neurociência, arte e literatura. *O esforço de Greene para nos guiar para fora do pantanoso terreno do debate deontológico-emocional talvez não tenha obtido sucesso justamente por buscar contornar esse charco, ao invés de cruzá-lo pelo caminho mais direto, que é a linha reta*. Se o problema é deontológico, é bem provável que não encontremos solução fora da deontologia. Em segundo lugar, *a solução de Greene não oferece critérios para identificar tais casos*. Por que o repúdio ao terrorismo político-revolucionário e ao genocídio seriam inegociáveis – e, portanto, de natureza deontológico-emocional – mas não o aborto? Como identificar quais outros atos moralmente relevantes estariam na categoria dos casos insuscetíveis a uma argumentação consequencialista e quais não o estariam?

II. Reflexões para a Teoria da Criminalização

A pergunta não respondida vale não apenas para a tese de Greene, senão também para o Direito Penal. Como instrumento de censura moral social por excelência, *o Direito Penal está necessariamente vinculado a considerações sobre quais condutas devem ser toleradas e quais não podem ser admitidas na sociedade*. Disso cuida a Teoria da Criminalização, para a qual as considerações sobre as estruturas argumentativas capazes de legitimar um qualquer ato moral são de grande valia para limitar ao mínimo necessário uma intervenção estatal de alta gravidade nas esferas da liberdade e honra dos cidadãos.

---

23 Para algumas potenciais aplicabilidades políticas da mineração de dados relativos a sentimentos sociais, cf. PERIKOS, Isidoros; HATZILYGEROUDIS, Ioannis. A Framework for Analyzing Big Social Data and Modelling Emotions in Social Media. 2018 IEEE Fourth International Conference on Big Data Computing Service and Applications, 2018, p. 82 e ss.

24 Para algumas potenciais aplicabilidades econômicas da mineração de dados relativos a sentimentos sociais, cf. HARUECHAIYASAK, Choochart et al. S-Sense: A Sentiment Analysis Framework for Social Media Sensing. IJCNLP 2013 Workshop on Natural Language Processing for Social Media (SocialNLP), 2013. p. 9 e ss.

Vemos, diante dessa questão, a possibilidade de começar a construir critérios a partir da interação entre duas formas de distinguir os argumentos relevantes para a criminalização de uma conduta: *para além da diferenciação entre argumentos deontológicos e consequencialistas, teríamos também a divisão entre os argumentos de criminalização e os de descriminalização.*

Essa divisão nos permite observar os dois atos essenciais num processo criminalizador as condutas dos indivíduos (o ato a ser criminalizado); e a reação do Estado (o ato de criminalização em si). *Os argumentos de criminalização* – que parecem pautados por uma lógica retributiva –, *estariam voltados para o primeiro ato, servindo* não para estabelecer um dever de punir, mas, antes, *para expor a existência de um injusto a priori punível. O comando de punição desse injusto pode, no entanto, vir a ser superado por considerações ulteriores a respeito da resposta estatal à conduta injusta*, que consistiriam justamente na segunda etapa do processo criminalizador, onde teriam vez os *argumentos de descriminalização* – que aparentam orientar-se por uma lógica preventiva.

Numa análise combinatória, temos, então, quatro categorias de argumentos (para cada uma ofereceremos um exemplo paradigmático, com o qual pretendemos trabalhar): a.1) *argumentos deontológicos de criminalização*, como o que justifica a tipificação de estupro, ainda que, por ventura, tal conduta venha a provocar uma maximização da felicidade geral; a.2) *argumentos consequencialistas de criminalização,* como o que sustenta a proibição penal do porte de armas em virtude do aumento da violência que acompanharia uma eventual liberação; b.1) *argumentos deontológicos de descriminalização,* como o que impede a criminalização de atos homossexuais por dizer respeito a uma conduta pertencente à parte intocável da esfera da sexualidade dos indivíduos; e, por fim, b.2) *argumentos consequencialistas de descriminalização,* como o que defende a despenalização da venda de drogas como meio de redução dos males conexos ao tráfico.

São todos esses argumentos cabíveis numa Teoria da Criminalização? Uma resposta definitiva demandaria uma análise muito mais minuciosa do que a que o presente espaço nos permite. O que posso é delinear algumas considerações primárias, com o intuito de fomentar a

discussão. Para tanto, adoto um *método* relativamente simples (e por isso não exaustivo): *se o exemplo paradigmático de cada argumento em exame não nos conduzir a um contrassenso, poderemos ter um nível razoável de convicção a respeito de sua admissibilidade* na Teoria da Criminalização. Caso contrário, porém, nos contentaremos em apenas afirmar que se tratam de argumentos de legitimidade (ainda) problemática.

Voltemo-nos aos *argumentos deontológicos de criminalização,* cujo caso paradigmático é a tipificação do *estupro.* Seria possível afirmar que a criminalização da violência sexual exige um argumento deontológico? Entendo que sim. É certo que se poderia tentar construir uma argumentação no sentido de que a infelicidade em sofrer um estupro seria maior, em virtude das permanentes sequelas, do que a utilidade advinda do cometimento de tal ato. Um argumento deontológico não pareceria, então, necessário à primeira etapa da criminalização do estupro. Pensemos, porém, num *estupro coletivo de grande dimensão*, em que os agentes se sentem realizando as suas mais profundas fantasias sexuais. Nesse caso, não é difícil chegarmos a uma regra consequencialista que o autorize (ou mesmo que o estimule), precisamente quando o injusto nos soa mais cruel e mais grave. *O que quero afirmar aqui é que parece ao menos imaginável o risco de um argumento consequencialista não ser suficiente para criminalizar o estupro coletivo*. A injustiça de qualquer estupro não parece residir na (ainda que altíssima) possibilidade de promover mais infelicidade do que felicidade. Ela existe em si mesma. Estuprar alguém simplesmente é errado[25]. E a sociedade não parece disposta a correr o risco de avalizar esse tipo de conduta, o que nos leva a concluir pela admissibilidade dos argumentos deontológicos de criminalização.

Passemos aos *argumentos consequencialistas de criminalização.* A conduta de portar uma arma não parece, *a priori,* injusta. Ela não soa muito diferente de carregar uma faca ou mesmo a de dirigir um carro. O que estabeleceria esse injusto, então? Parte relevante dos defensores

25 Para discussões ainda não pacificadas sobre o estupro e sobre o que o torna errado, ainda que numa situação absolutamente não traumática, cf. GARDNER, John. Reasonable Reactions to the Wrongness of Rape. University of Oxford Legal Research Paper Series. Paper number 7/2016, 2016.

da criminalização do porte de armas sustenta que a *liberação irrestrita de armas resultaria num clima social de anarquia*, o que retiraria a sensação de segurança de todos, *minimizando, assim, a felicidade geral.* Tal consideração seria suficiente para se estabelecer um injusto penal? A meu ver, não. Considerar que um argumento consequencialista é capaz de transformar determinada conduta num injusto punível significa que a liberdade de um cidadão é a qualquer momento sacrificável em nome da maximização da felicidade geral. Noutras palavras, *significa transformar o cidadão* (e, junto com ele, sua liberdade e autonomia) *num meio para a obtenção de um fim diverso de si mesmo.* Seria dizer que, por mais simples que seja, um ato qualquer pode ser penalmente sancionado, bastando, para tanto, que as contingências empíricas apontem para a utilidade da punição. Não me parece aceitável uma tal consideração num Estado de Direito[26].

Sigamos para os *argumentos deontológicos de descriminalização.* Estando-se na segunda etapa do processo criminalizatório, pressupõe-se bem estabelecida a existência do injusto da conduta, voltando-se a análise à reação estatal diante dele. Dito isso, seria legítimo sancionar penalmente atos homossexuais consentidos[27], como ocorreu na Alemanha até a década de 1960? Defendo que não, pois ao Estado simplesmente não é dado decidir quais manifestações consentidas da sexualidade humana em fase adulta são toleráveis e quais não o são. A sexualidade representa um inequívoco e relevante aspecto da identidade humana e *quaisquer manifestações consentidas da sexualidade humana em fase adulta, são, por natureza, livres,* não interessa que, por ventura, haja motivos para achá-las imorais. Os argumentos deontológicos de descriminalização são, portanto, admissíveis na Teoria da Criminalização.

Abordemos, por fim, os *argumentos consequencialistas de descriminalização.* A criminalização do tráfico de entorpecentes é aceitável? Talvez, em certos casos, o seja. Mas a observação dos efeitos

26 Isso não significa, porém, que não se pode criminalizar o porte de armas. Significa somente que é, no mínimo, problemático empregar argumentos consequencialistas para justificar essa criminalização.

27 Imaginemos, que, de alguma forma, algum argumento deontológico de criminalização conseguiu demonstrar o injusto de atos homossexuais consentidos.

práticos dessa reação estatal – todas as mazelas decorrentes do fenômeno da guerra às drogas – parece preservar uma força argumentativa. É sensato pagar tamanho custo social para se combater um injusto como, talvez, a exploração econômica de um vício? É possível que não o seja. S*e o fim do Estado é obter de alguma forma a pacificação social, é de se esperar que ele abandone as práticas que, ao invés de promovê-la, contribuem para sua perturbação.* Não me parece, por isso, haver qualquer falha ética no emprego de argumentos consequencialistas de descriminalização. Todavia, é válido termos sempre em mente que a interpretação sobre se a finalidade do Estado está sendo ou não alcançada cabe às instâncias democraticamente legitimadas, no caso, o Parlamento. E essa parece ser a peculiaridade dos argumentos consequencialistas de descriminalização: embora sejam, sim, admissíveis, eles, diferentemente dos argumentos deontológicos, não são cogentes.

Num balanço final, podemos concluir que *os únicos argumentos de criminalização não problemáticos consistem nos argumentos deontológicos.* Por sua vez, *ambas as categorias são admissíveis em termos de descriminalização*, com a ressalva de que *apenas os deontológicos possuem natureza cogente.*

Convém, neste momento, retornarmos à pergunta deixada em aberto por Greene: Por que o repúdio ao terrorismo político-revolucionário e ao genocídio seriam inegociáveis – e, portanto, de natureza deontológico-emocional – mas não o aborto? Nos parece que *a resposta a essa pergunta reside na ausência/presença de um argumento deontológico de descriminalização*. Diferentemente do terrorismo e genocídio, o aborto tem um trunfo a seu favor: a liberdade de religião e de crença, argumento deontológico compartilhado consensualmente pela grande tribo moral brasileira. Há, portanto, dois valores fundamentais relevantes em jogo. Já o terrorismo e genocídio possuiriam a seu favor, não sem muito esforço, apenas argumentos consequencialistas de descriminalização. E, ao que tudo indica, ou (1) *tais argumentos possuem um grau de abstração tendente ao absurdo, de modo que seu acolhimento representaria o fim de qualquer tipo de criminalização*; ou (2) *a força desses argumentos está numa relação de flagrante desproporcionalidade com a força dos argumentos deontológicos de criminalização que*

fundamentam a sanção penal dessas condutas.

Por fim, cabe uma última pergunta: como fica a Teoria da Criminalização após essas considerações? Entre nós, prevalece a teoria do bem jurídico, que defende que a ação criminalizadora deve almejar uma consequência empírica, a saber uma situação de segurança, e não apenas reagir a um injusto. Ou seja, a ameaça de pena só é legítima, se tiver por resultado uma efetiva proteção a um bem jurídico. Trata-se, assim, de *um argumento de descriminalização,* por criar critérios oponíveis à atuação estatal e não à do indivíduo; e *de estrutura consequencialista*, por condicionar a legitimidade da ação a um resultado empírico.

Disso, podemos extrair duas conclusões: (1) sendo um argumento de descriminalização, *a teoria do bem jurídico não é suficiente para justificar uma tipificação, requerendo, necessariamente, um complementar argumento deontológico de criminalização,* cujo campo de investigação científica é ainda pouco ou quase nada desenvolvido[28]; e (2) sendo um argumento consequencialista, *quem decide se um bem jurídico está ou não está devidamente protegido por determinada criminalização é o Parlamento,* ressalvando-se casos de falhas flagrantes, a chamada *proteção deficiente,* cujo campo de investigação científica, embora não tão primitivo, também requer uma maior atenção.

28 Para exemplos de investigações que começam a enfrentar a questão, cf. TAVARES, Rodrigo de Souza; HANNIKAINEN, Ivar Rodriguéz Hannikainen. Casos de revirar o estômago: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais. Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 5, n. 1, 2018, p. 67; e, de forma menos incipiente, SOARES, Hugo. Podem ser legítimos crimes sem referência a bens jurídicos-penais? elementos para uma teoria sentimentalista do valor jurídico-penal. Revista brasileira de ciências criminais, n. 147, 2018, págs. 333 e ss.

2. Parte geral

Veículos autônomos e o direito penal

HELOISA ESTELLITA
ALAOR LEITE

As relações entre veículos autônomos e direito penal estariam, há não muito tempo, mais ajustadas a um roteiro de ficção. Quem delas se ocupasse, seria imediatamente rotulado como cientista alheio à realidade, com pendor ao absenteísmo. O noticiário atual, contudo, sinaliza a eclosão de novos, urgentes e nada ficcionais desafios aos penalistas de nosso tempo: em maio de 2018, em Tempe, Arizona, um carro autônomo atropelou e matou um pedestre, apesar de o sistema ter detectado a vítima seis segundos antes da colisão. Segundo dados revelados pela mídia, para reduzir o potencial de comportamento errático, os engenheiros da empresa de programação teriam desativado o sistema de freio de emergências que o veículo já possuía, porém não teriam programado o sistema para alertar o operador humano para freá-lo manualmente. Se esse sistema estivesse ativado, teria alertado o operador humano 1,3 segundos antes da colisão[1].

No mês de março de 2019, divulgou-se a notícia de que a empresa responsável pela instalação e operação do sistema autônomo no veículo não enfrentaria consequências criminais em função do ocorrido; tal possibilidade não estaria, todavia, excluída no que diz respeito à pessoa que estava sentada atrás da direção[2]. Em outro caso, uma outra companhia da indústria automobilística tem sofrido investigações relacionadas a

1 Uma notícia simplificada em https://www.usatoday.com/story/money/cars/2018/05/24/uber-self-driving-car-crash-ntsb-investigation/640123002/ (acesso em 19/03/2019). Detalhes no relatório preliminar da agência norte-americana de segurança no trânsito (NTSB) pode ser encontrado em https://www.ntsb.gov/news/press-releases/pages/nr20180524.aspx (acesso em 19/03/2019).

2 Esta a notícia: https://news.sky.com/story/uber-escapes-criminal-charges-over-deadly-self-driving-car-crash-11656733 (acesso em 19/03/2019). Infelizmente, não conseguimos localizar informações mais precisas acerca da razão pela qual se concluiu pela ausência de responsabilidade

danos causados por seus veículos quando possivelmente operavam em modo semiautomático. O último incidente ocorreu no dia 1º de março deste ano e matou o proprietário do veículo, que colidiu com uma carreta[3]. A situação é paradoxal: de um lado, a introdução de veículos autônomos promete sedutoras taxas de redução de acidentes; de outro, coloca em xeque parte de nosso sistema de responsabilização penal e impõe a necessidade de revisar categorias centrais do direito penal. Aqui, outro paradoxo: o penalista de nosso tempo que ignorar os problemas reais decorrentes da introdução dos veículos autônomos estará – este sim – incorrendo em irresponsável absenteísmo.

Esta não é, certamente, a primeira e nem será a última vez em que o direito penal se verá desafiado pelo imprevisível e acelerado desenvolvimento tecnológico. Há não muito tempo, por exemplo, a dogmática do crime culposo teve de ser parcialmente repensada em face da intensificação do tráfego viário, fenômeno portentoso e, ao mesmo tempo, perigoso[4]. As mudanças atuais relevam-se ainda mais profundas. Ninguém haveria de discordar que o fenômeno contemporâneo da *digitalização* revolucionou irrevogavelmente todos os aspectos essenciais das relações humanas. A rigor, os impactos no âmbito da regulação jurídica em geral nada mais são do que a consequências de sua constante introdução nas relações humanas[5]. Esses impactos se fazem sentir na, assim chamada, "internet das coisas"[6], no âmbito da segurança digital,

---

da empresa responsável pela instalação e operação do sistema autônomo no veículo.

3 Disponível em https://g1.globo.com/carros/noticia/2019/03/04/tesla-e-investigada-por-acidente-fatal-em-carro-da-montadora-na-florida.ghtml (acesso em 06/05/2019). Nesse caso, a companhia aconselha aos motoristas de tais veículos que mantenham as mãos no volante durante o uso do modo-semiautomático, não se tendo notícia, ainda, sobre se essa era a situação no momento do acidente.

4 Cf. a tradução brasileira do famoso artigo de Welzel, Revista de Direito Penal 31 (1971), p. 39.

5 Não só, mas também no âmbito da regulação ética, onde já se fala em ética de robôs (cf. Lin/Abney/Jenkins (ed.), Robot ethics 2.0: from autonomous cars to artificial intelligence, 2017).

6 Do inglês Internet of Things, ou IoT, trata-se da ligação, em rede, de objetos físicos, veículos, prédios etc. que possuam sensores e que sejam capazes de coletar e transmitir dados. Melhor traduziria seu conteúdo semântico a expressão "internet nas coisas", todavia a expressão ora empregada já se encontra consagrada.

em seu impacto para direitos individuais como o direito à privacidade e à autodeterminação informacional, na introdução de moedas e meios de pagamento puramente digitais, na introdução de máquinas autônomas (ou semiautônomas) que interagem com seres humanos etc. Não surpreende que o *direito penal*, ramo destinado a tutelar precisamente esses aspectos essenciais da convivência humana[7], seja convocado à discussão. Essas mudanças trazem consigo não só a possibilidade de novas formas de lesão a bens jurídicos tradicionais – novas formas de agressão à vida e à integridade física, como os exemplos que inauguram este texto demonstram –, como até mesmo a postulação de novos bens jurídicos e, ainda, de novos atores passíveis de responsabilização por danos ou ameaças a direitos de terceiros: os robôs.

A repercussão da digitalização no direito e, em especial, no direito penal é objeto de uma literatura já inabarcável[8], que cobre tanto aspectos dos impactos já sentidos, como especulações clarividentes em torno do desenvolvimento digital futuro. As questões jurídicas pendentes de solução são multifacetárias – muitas delas compõem o livro recém organizado por estes subscritores, com o auxílio de jovens penalistas[9], de título "Veículos autônomos e direito penal". Apenas para nos limitarmos às estruturas gerais do delito, no âmbito da tipicidade já se questiona *se* e *quando* os sistemas autônomos serão capazes de conduta no sentido penal: se definirmos a conduta penalmente relevante como aquela que é expressão de uma vontade dirigida a um fim, talvez, em futuro não muito distante, esses sistemas venham a ser dotados dessa capacidade[10]. Uma discussão, aliás, que não é estranha aos juristas, basta estar atento ao debate acerca da mesma problemática no âmbito da responsabilidade penal de

7 Cf. por todos Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5a ed., München, 2019, § 2, nm. 14 e ss. (no prelo).

8 A literatura estrangeira é tão vasta que os autores preferem remeter o leitor às obras referidas no livro ESTELLITA, Heloisa, LEITE, Alaor (introd. e org.). Veículos autônomos e direito penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019. Disponível em http://www.marcialpons.com.br/veiculos-autonomos-e-direito-penal/ (acesso em 06/05/2019).

9 Dispuseram-se a traduzir os artigos que compõem a coletânea os seguintes penalistas: Guilherme Goes, Izabele Kasecker, Mario Jorge, Orlandino Gleizer e Yuri Luz.

10 Discussão esta captada nos textos de Sabine Gless e Thomas Weigend e no de Eric Hilgendorf no livro acima referido, p. 37 ss, 65 ss.

pessoas jurídicas, no qual se discute, justamente, sobre capacidade de ação e de culpabilidade. Ainda no âmbito da tipicidade, mas agora sob o aspecto da responsabilidade de pessoas naturais, a inserção de sistemas autônomos tem impacto na imputação dos resultados lesivos causados pela inserção dos veículos no tráfego viário (lesões corporais, mortes etc.) ao motorista, ao fabricante, ao distribuidor e ao programador desses sistemas. Discute-se aqui, para além do equacionamento da questão no âmbito da desaprovação do risco, especialmente, o título da imputação (se comissiva ou omissiva) e, também, a extensão da posição de garantidor desses atores, especialmente tendo em vista um fenômeno novo, que só essas tecnologias permitem, que é a manutenção de algum grau de controle sobre a máquina mesmo depois de ela ter saído fisicamente do âmbito de esfera do produtor/distribuidor[11]. Outro impacto relevante se dá no âmbito do tipo subjetivo: a forma de imputação por excelência será a culposa, mas até que ponto a inserção de um sistema autônomo nos permitirá afirmar a previsibilidade exigida para a imputação culposa de um resultado? No âmbito da culpabilidade, a interposição do sistema autônomo tem, novamente, impacto sobre o requisito da previsibilidade individual para a culpabilidade pela conduta culposa. Também aqui se discute a futura possiblidade de uma culpabilidade do próprio sistema, fundamento necessário para a aplicação de uma pena: serão esses sistemas capazes de reconhecer a qualidade indesejada de certos comportamentos, valorá-los desta forma e, então, evitarem sua repetição[12]?

Por fim, no âmbito da antijuridicidade, discute-se como programar os veículos autônomos para as *situações dilemáticas* e essa discussão merece um enfrentamento urgente[13], sobretudo por ser um dos fatores centrais a emperrar a introdução desses veículos no tráfego viário. À falta

11 Cf. os textos de Sabine Gless/Thomas Weigend, Eric Hilgendorf e Armin Engländer no livro acima referido, p. 37 ss, 65 ss. E p. 86 ss.

12 Cf. as ponderações de Sabine Gless/Thomas Weigend na obra e local referidos.

13 Os níveis de automação e autonomia variam de acordo com o veículo e o sistema nele instalado. Houve acidentes tanto com modelos operando em modo totalmente autônomo (o caso do Uber, no acidente de 18 de março de 2018), como com modelos operando em modo de piloto automático (casos envolvendo veículos da Tesla, nos acidentes de janeiro e maio de 2016 e março de 2018). No primeiro, a vítima foi um pedestre, nos três outros, o próprio motorista (cf. https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_self-driving_car_fatalities; acesso em 14/01/2019).

de um condutor humano, surge a seguinte pergunta: como deve o veículo se comportar diante de uma situação dilemática em que a lesão à vida, à integridade física ou ao patrimônio do passageiro e/ou de terceiros faz-se inevitável? Uma resposta segura a essa indagação é condição inafastável para que os veículos possam ser introduzidos no tráfego viário. Afinal, é preciso estabelecer bases jurídicas sólidas para sua *programação,* de modo que aqueles envolvidos em sua pesquisa, fabricação, venda, manutenção e uso possam compreender os riscos – aqui, sobretudo os penais – e os deveres legais envolvidos na introdução da inteligência artificial no tráfego viário[14]. Naturalmente, diante da inexistência (atual) de uma responsabilidade penal da própria pessoa jurídica para o casos de cometimento de delitos contra a vida ou integridade física, cumpre especular apenas a respeito da responsabilidade penal das pessoas naturais envolvidas na decisão de introduzir o veículo autônomo no mercado. Também o comprador do veículo deve estar ciente das decisões tomadas pelo programador: alguém compraria um veículo programado para matar os seus ocupantes em caso de situação dilemática? A outra opção seria a de simplesmente renunciar à introdução de tais sistemas autônomos, o que talvez mereça o labéu de temerário em face da anunciada promessa de drástica redução de mortes no trânsito que advoga em seu favor[15].

Muito embora uma solução global seja desejável – afinal, as indústrias automobilísticas atuam globalmente –, há que se respeitar o *ordenamento jurídico nacional* e suas peculiaridades, razão pela qual o estabelecimento de um debate nacional, mas que também leve em conta o debate estrangeiro, é recomendável. E esse debate tem girando em torno, especialmente, de considerações de três ordens: a aplicabilidade do *estado*

14 Palmerini/Azzarri/ Barraglia et al., Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics Funding. [s.l.: s.n.], 2014. Disponível em: <www.robolaw.eu>. Acesso em: 14 dez. 2018. Neste relatório, os autores voltaram os olhos para as questões legais mais ligadas aos aspectos de indenizações e propõem que se encontre um caminho legal que não obstaculize desenvolvimento da tecnologia, mas que proteja o consumidor. A vantagem aqui é que essas normas, uma vez estabelecidas, podem ser "diretamente incorporadas na tecnologia no sentido de que tanto o comando como sua obediência estão já incutidos na própria tecnologia" (p. 14).

15 Cf. Fridman/Brown/Glazer et al., MIT autonomous vehicle technology study: large-scale deep learning based analysis of driver behavior and interaction with automation. [s.l.: s.n.], 2018. Disponível em: https://arxiv.org/pdf/1711.06976.pdf (acesso em 14 jan. 2019).

necessidade a essas situações, especialmente tendo-se em vista que, no caso dos veículos autônomos, o programador, que insere a regra no sistema no ambiente calmo de seu gabinete, não está na mesma situação do condutor humano, que tem de tomar uma decisão em face da eclosão imprevisível da situação dilemática; a *colisão de deveres justificante*, tema polêmico e carente de regulação explícita entre nós, na qual, não se podendo ainda identificar um perigo no sentido do estado de necessidade, há, contudo, dois deveres colidentes, o que caracterizaria justamente a situação do programador que tem de tomar a difícil decisão em favor de um desses deveres em um momento no qual a situação dilemática ainda não está posta; por fim, invoca-se a figura do *risco permitido*, atribuindo-se essa decisão ao legislador, a quem incumbiria a ponderação entre as perdas e os ganhos envolvidos por meio do estabelecimento de regras que permitissem ao programador tomar uma decisão antecipada quando da programação do veículo.

Como se vê, trata-se aqui dos bens jurídicos de maior significado, a vida e a integridade física. A balança a ser equilibrada exige do penalista responsabilidade, criatividade e sutileza: é preciso divisar formas de regulação que, de um lado, não tolham os irrecusáveis benefícios da evolução tecnológica, mas que, de outro, tampouco impliquem riscos intoleráveis para a convivência humana. Uma fatalista recusa a esse desafio imposto pela digitalização não parece ser uma opção inteligente[16].

16 Essa problemática e as diversas propostas para sua solução são objeto dos textos de Armin Engländer, Thomas Weigend, Tatiana Hörnle/Wolfgang Wohlers, Ivó Coca Vila e Luís Greco na obra já referida, p. 86 ss., p. 109 ss., p. 123 ss., p. 155 ss. e p. 191 ss.

Punição por dolo no caso Brumadinho?

EDUARDO VIANA

I. A tragédia de Brumadinho, o desastre de que resultaram, por ora, quase duas centenas de mortes, desafia vários problemas jurídicos. Gostaria de me concentrar naquele que, no âmbito penal, provavelmente dominará boa parte das discussões: a pergunta sobre se há um comportamento doloso ou culposo em relação a essas mortes. Para que o leitor visualize concretamente o problema: se o julgamento for submetido ao Tribunal do Júri, caso prevaleça a tese do homicídio doloso, os envolvidos podem ser submetidos, na hipótese de ser ventilada alguma qualificadora, a uma pena que variará entre 12 e 30 anos para cada resultado; se predominar a do homicídio culposo, a pena variará entre 1 e 3 anos. A primeira solução poderá parecer muito severa e a segunda demasiadamente branda[1].

Parece-me inquestionável que a solução de um problema que se encontre nessa zona de vigorosa diferença de sanção exige uma justificação sólida. E isso, é preciso registrar, não somente por estarmos diante de uma tragédia humana, senão porque a ordem jurídica precisa ser mais que simples imposição de poder. A ciência do direito impõe ao aplicador da lei penal e ao jurista o dever de dar ao afetado boas razões para esta ou aquela decisão, para esta ou aquela pena[2]. Ela evita que se adotem soluções ad hoc para problemas jurídicos, razão pela qual é preciso alertar para os riscos de uma decisão apressada no caso Brumadinho (e em qualquer outro).

Há mais de um século a literatura científica discute os limites do

1 Estou deliberadamente me concentrando na imputação subjetiva. A rigor, seria possível questionar, no âmbito do tipo penal objetivo, a realização de um tipo de homicídio. Sobre isso, cf. Toron, Alberto. Brumadinho: a punição dos culpados e o dolo eventual. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/02/brumadinho-a-punicao-dos-culpados-e-o-dolo-eventual.shtml?loggedpaywall

2 Sobre isso cf. Greco, Luís. As razões do direito penal. Quatro estudos. In: Viana, Eduardo; Montenegro, Lucas; Gleizer, Orlandino (Org. e trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 23-30.

dolo (e ainda não se chegou a uma conclusão consensual![3]). Nosso Código Penal, que disciplina a matéria no art. 18 I, diz haver dolo "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo". A primeira hipótese, a do de dolo direto, está descartada no caso de Brumadinho. Afinal, é possível afirmar, com alguma segurança, que ninguém *queria* a morte de mais de uma centena de pessoas, inclusive de empregados da empresa que faziam as suas refeições em área logo abaixo da barragem. O problema que envolve o caso Brumadinho está localizado na segunda parte do dispositivo, que também considera haver dolo quando o agente *"assumiu o risco de produzir o resultado".* A imputação subjetiva dolosa aos envolvidos, portanto, somente poderá ser levada a cabo recorrendo-se à figura do dolo eventual.

Para apresentar alguns problemas que o caso coloca, farei brevíssima exposição sobre os caminhos para a adequada compreensão do termo *"assumir o risco"* (II) para, posteriormente, apresentar algumas advertências às sugestões ad hoc que aparecem no horizonte do caso (III).

II. Dada a lamentável disseminação das expressões jurídicas no cotidiano sem qualquer rigor técnico, talvez o leitor nunca (ou raramente) tenha se perguntado o que significa exatamente "assumir um risco". Modernamente, a realização de quase toda atividade, desde a mais simples à mais complexa, envolve a assunção de riscos: dirigir um veículo, andar pelas ruas à noite, manusear plutônio, viajar de avião, construir um túnel ou mesmo realizar transações bancárias. Muitos desses riscos são aceitos pela sociedade e a sua criação não enseja a responsabilidade penal; no entanto, mesmo que se identifique, num caso concreto, que o risco criado pelo indivíduo não é permitido, isso não implica automaticamente que se possa dizer que ele "assumiu o risco" no sentido jurídico-penal da expressão. Pense-se, por exemplo, naquele dia em que um condutor, enquanto dirige, resolve um problema bancário pelo celular. Esse comportamento, por si só, implica risco de vida para pedestres ou motoristas de outros veículos. Imagine-se agora que esse condutor venha a atropelar fatalmente um pedestre. Pensemos em outra situação trivial:

3 Para citar somente um exemplo, cf. FRANK, Reinhard. Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. In: ZStW, n. 10, 1890, p. 169 e ss.

em direção à praia para aproveitar o feriado, outro condutor faz uma ultrapassagem perigosa, vindo a colidir com um veículo *V*, que trafegava em sentido contrário. Em razão da colisão, morre toda a família que estava no veículo *V.* Por fim, pense-se que um último condutor resolve participar de um racha e, em razão do excesso de velocidade, perde o controle do veículo e atropela um pedestre. A solução para esses casos seria a mesma? Sou capaz de intuir que *boa parte* dos leitores estará disposta a afirmar que, nos dois primeiros casos, há um acidente (ou seja, que não houve dolo, mas culpa), ao passo que no racha há boas chances de afirmar, talvez sem qualquer hesitação, que houve um homicídio doloso.

A solução para o problema que esses casos encerram, a qual até aqui deixei ser guiada pela intuição, envolve uma disputa entre dois blocos de teorias: de um lado, para as teorias de disposição de ânimo, o dolo eventual está marcado por determinada postura anímica do indivíduo em relação ao resultado; de outro, para as teorias cognitivas, a postura anímica do indivíduo é dispensável para a configuração do dolo eventual[4].

O nosso legislador, diferentemente de outros (como o espanhol ou o alemão), mas de forma similar a outros tantos, associou o dolo eventual à opção linguística "assumir o risco". Para a quase unânime doutrina brasileira esse foi um sinal de que estaríamos vinculados a uma teoria volitiva[5]. Ocorre que assumir o risco não é propriamente *querer* alguma coisa, afinal, como advertido, na complexidade que envolve as relações sociais modernas, quase sempre estamos assumindo riscos. Uma solução que se pretenda racional deve ser capaz de converter a chave linguística em uma fórmula capaz de identificar *quando será possível afirmar que um indivíduo assumiu o risco em sentido jurídico-penal.* Não tenho

4 Cf. Puppe, Ingeborg. § 15. In: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen. Strafgesetzbuch. 5a. ed. Baden Baden: Nomos, 2017, nm. 14-99 [há tradução de Luís Greco da 1ª edição dos comentários ao § 15, sob o nome A distinção entre dolo e culpa, Barueri: Manole, 2004; há igualmente tradução castelhana de Sancinetti, sob o nome La distinción entre dolo e imprudencia, Buenos Aires: Hammurabi, 2010]; Viana, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 87 e ss.

5 Não vou discutir aqui os equívocos dessa interpretação. Cf. Santos, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: Greco, Luís; Lobato, Danilo (Coord). Temas de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263 e ss; Puppe, Ingeborg. § 15...Op. cit., nm. 14-57; Puppe, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais 58, jan.-fev. 2006, p. 114-132.

o espaço e nem aqui seria a sede ideal para discutir o sem-número de teorias que tratam do tema, motivo pelo qual me concentro na pergunta que considero essencial: *o conhecimento de um perigo implica, por si só, a sua assunção?* Antes de responder, permita-me o leitor um pequeno parênteses.

O ponto de partida para a decisão sobre a imputação subjetiva está na severa distinção de pena entre o dolo e a culpa. Por que o legislador dispensa tratamentos tão díspares? Por que o legislador está eventualmente disposto a conceder perdão judicial a um crime culposo? Essa dualidade de tratamento obriga o cientista a identificar algo que justifique, para o indivíduo, o porquê de ele merecer uma pena de até 30 anos (e não de até 3 anos). Tentarei, de modo mais geral e breve, fornecer parâmetros para essa justificação.

É relativamente sólida a afirmação segundo a qual o direito penal serve para manter a convivência pacífica entre os cidadãos e proteger bens jurídicos sem os quais a convivência saudável não é possível[6]. Essa missão é realizada por meio do catálogo normativo que o legislador, seguindo os critérios de criminalização, considerou imprescindível à manutenção da paz social. Em tese, o grau de violação dessas regras de convivência pacífica é que deve funcionar como elemento de graduação da responsabilidade. Quando estamos diante de fatos, especialmente daqueles com consequências drásticas, a tendência é *olhar* para o resultado e tentar encontrar, ali, no seu desvalor, um dado que indique o grau de violação das regras de convivência. Aí está o equívoco. A análise da imputação subjetiva não pode ser realizada a partir de uma perspectiva que valore resultados, isto é, uma perspectiva ex post. Isso porque o direito penal não pode proibir resultados (não é possível proibir que as pessoas sejam lesionadas ou assassinadas, por exemplo), senão apenas comportamentos[7]. Trocando em miúdos: as normas penais regulam somente comportamentos humanos capazes de produzir determinados

6 Cf. Frisch, Wolfgang. Vorsatz und Risiko. Köln: Heymann, 1983, p. 47-48; Roxin, Claus; Greco, Luís. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 5a ed. München: Beck, 2019, § 2nm. 1 e ss.

7 Cf. Kaufmann, Armin. Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht. In: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, 1974, p. 393 [há tradução desse estudo para o espanhol: Kaufmann, Armin. Estudios de Derecho penal. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2013, p. 135-166]; Otto, Harro. Personales Unrecht, Schuld und Strafe. In: ZStW, n. 87, 1975, p. 567.

resultados. Não é correta, pois, a postura metodológica que observa o resultado e volta para o passado pretendendo comprovar aquilo que anteriormente foi examinado. Do contrário, não faria qualquer sentido a distinção de pena entre o homicídio doloso e o culposo, afinal, o resultado é o mesmo em ambos os casos: a morte de uma ou mais pessoas. Metodologicamente isso tem relevante repercussão, notadamente para o caso Brumadinho, afinal, a profunda gravidade das consequências não nos autoriza a identificar, aí, o nível de responsabilidade subjetiva dos indivíduos. Então, precisamos nos perguntar: qual é o objeto de relevância para qualificar um comportamento como doloso?

O candidato a objeto do dolo não pode ser um elemento que somente exista depois da realização da conduta (o resultado), mas sim um que esteja ao alcance do indivíduo quando da realização do seu comportamento. É justamente nesse momento (*ex ante*) que será necessário valorar o nível de imputação subjetiva. Ex ante, existe um dado que está disponível para o indivíduo guiar o seu comportamento; esse dado é o perigo relevante. É justamente esse conhecimento que lhe permite o exercício do controle sobre o que se faz. A rigor, portanto, a representação de um perigo transforma o indivíduo em pessoa especialmente obrigada.

Com isso, sabemos onde está o ponto arquimédico para a distinção de pena, mas ainda fica sem resposta o problema principal antes formulado: tudo o que se disse até aqui permite reconhecer que a representação de qualquer perigo já autoriza uma imputação dolosa? A resposta é não. Tentarei fornecer alguns argumentos para a fundamentação dessa resposta.

III. O primeiro passo para a elaboração do argumento é seguir a intuição: como todos nós nos movemos em espaços de perigo (*acima,* II), a prevalecendo a tese de que o conhecimento de um perigo implica, por si só, a sua assunção, estamos todos sujeitos a uma imputação dolosa[8]. Essa conclusão é contraintuitiva e exatamente por isso é necessário averiguar o que é preciso, então, para que um perigo representado se converta em

8 A rigor, o princípio da culpabilidade também poderia ser colocado em xeque, afinal, o indivíduo seria convertido em mero sujeito causante.

perigo doloso (no caso, de homicídio) e, assim, seja possível cogitar uma imputação a título de dolo. Para encontrar a fórmula adequada para a identificação do dolo, sugiro a seguinte premissa: a competência para decidir sobre se a representação do perigo é suficiente, ou não, para o dolo, não pertence ao autor do comportamento, senão ao Direito[9].

Um terceiro, independentemente da postura anímica do indivíduo (querer ou assumir o risco), deve valorar a relevância jurídica do comportamento. E como poderá fazê-lo? Essencialmente, verificando a estratégia de realização do tipo (*Tatbestandsverwirklichungsstrategie*). Sem grandes pormenores, é possível considerar que haverá o dolo de homicídio quando o agente se servir de um método que, aos olhos de um terceiro racional, representa uma (boa) estratégia para a realização do tipo que se lhe pretende imputar. Exemplificadamente: aquele que sabota o sistema de navegação de um A380 (avião com capacidade para 544 passageiros) realiza estratégia idônea para causar a morte dos passageiros. Ou, se se quiser insistir com a (equivocada) linguagem tradicional: a sabotagem autoriza uma imputação a título de dolo de homicídio porque o agente age conhecendo um perigo com tal dimensão que uma pessoa racional somente o criaria se estivesse de acordo com o resultado morte[10]. Com isso, a contrario sensu, chego à seguinte racionalização: caso seja possível identificar, no caso concreto, a utilização de estratégias de redução do perigo de morte, esse risco, embora conhecido, não integra o juízo de assunção do autor. E isso por uma simples exigência da lógica: quem assume o risco de realizar um homicídio não adota uma estratégia que reduza o risco de morte.

Mas não é somente isso.

Adicionalmente também é possível argumentar que para a determinação do dolo é igualmente importante a investigação sobre o grau de vulnerabilidade concreto da vítima[11]. Isso significa que é necessário averiguar se, no caso concreto, a vítima tinha, ou não, a possibilidade de ativação de algum mecanismo de autossalvação. Para o caso de resposta

9 Puppe, Ingeborg. § 15...Op. cit., Rn. 55.

10 Puppe, Ingeborg. Vorsatz und Zurechnung. Heidelberg: Decker und Müller, 1992, p. 39.

11 Detidamente: Viana, Eduardo. Dolo…Op. cit., p. 262 e ss.

afirmativa a esse questionamento, e em que pese o grau objetivo do perigo, somos forçados a afirmar que esse dado milita em desfavor do *dolo de homicídio*. Recorro a dois exemplos comuns: i. o indivíduo A dirige seu carro, em alta velocidade, acima de 80 km/h, em direção a um grupo de pessoas que estava sentado sobre a calçada; ii. o indivíduo B dirige seu automóvel, com baixa velocidade, em direção a um grupo de pessoas que estava em pé. As situações são semelhantes e, por isso mesmo, diferentes. Na primeira hipótese não há tempo/possibilidade de reação suficiente para as vítimas; na segunda, dois fatores indicam pequena possibilidade de realização do tipo de homicídio, quais sejam: a baixa velocidade potencializa o tempo de reação e o fato de as vítimas estarem em pé permite a implementação dos mecanismos de autoproteção. Na segunda hipótese, portanto, o complexo de circunstâncias valorado à luz do estado de vulnerabilidade da vítima milita em desfavor da existência de dolo de matar.

Com isso chego a uma sugestão de tratamento para os problemáticos casos de dolo: a estratégia utilizada para provocar determinado resultado e o grau de vulnerabilidade da vítima são elementos imprescindíveis para poder julgar se há, ou não, a presença da assunção de um perigo de matar.

IV. Dito isto, início minha conclusão com uma pergunta: *o que há de comum entre todos os exemplos que foram mencionados no decorrer do texto?* Não se pode ignorar, embora tenhamos chegado a soluções díspares, que entre eles há um elemento comum: o conhecimento de fatores de perigo. Esses exemplos, relativamente limitados, é verdade, têm enorme vantagem: demonstrar que uma imputação a título de dolo não se sustenta somente com o conhecimento de um perigo.

E como esses casos se assemelham ao caso de Brumadinho? Justamente quando se alega que o simples conhecimento prévio de um perigo caracteriza dolo. Antes, é preciso avaliar, com bastante rigor, qual foi a qualidade do perigo representado e se entre o perigo e o(s) indivíduo(s) se firmou um compromisso de realização do tipo de homicídio. Formulando de modo propositivo: o importante para o dolo não será o simples conhecimento de uma situação de perigo, mas sim se o perigo conhecido possuía qualidade dolosa. Essa qualidade somente poderá ser

identificada recorrendo-se a dados adicionais para a representação do perigo. Se esses dados existem ou não, e se eles eram do conhecimento dos responsáveis, isso terá de ser esclarecido em dificultoso labor de levantamento probatório. Qualquer juízo a esse respeito, formulado sob a impressão das tristes imagens que vimos, é, no presente momento, prematuro.

Com isso, espero ter evidenciado a complexidade do problema jurídico que se apresenta quando estamos diante da discussão sobre o nível de imputação subjetiva e sublinhado os perigos a que ficamos expostos quando uma solução é eleita do mesmo modo como se escolhe um produto na prateleira de um supermercado.

Observações sobre as propostas relativas à legitima defesa no "Projeto de Lei Anticrime"

LUÍS GRECO

I. Introdução

O chamado Projeto de Lei Anticrime, apresentado ao público pelo Ministro da Justiça e da Segurança Sérgio Moro no início de fevereiro de 2019, propõe modificar o dispositivo do Código Penal (CP) que regula a legítima defesa (art. 25).

O vigente artigo do CP apresenta o seguinte teor: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem." A esse dispositivo propõe o Projeto o acréscimo de um parágrafo único, com a seguinte redação: "Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa: I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes."

Pretendo demonstrar que a proposta ou é supérflua (II.), ou nociva (III.). Em qualquer das duas hipóteses, ela não pode prosperar. Ao final, examinarei a proposta de regulamentação do excesso na legítima defesa, que não me parece de todo ruim, mas apenas mal executada (art. 23 § 2º: "O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção") (IV.).

II. Modificação superflua

1. Uma leitura mais cuidadosa do adendo revela que ele, na verdade, é supérfluo. Afinal, ele inicia recordando que têm de ser *"observados os requisitos do caput".* Se essa formulação for levada a sério, como o deveriam ser as palavras da lei, só se afirmaria a legítima defesa

na presença de tudo o que está mencionado no caput, a saber: de injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem, e de uso moderado de meios necessários para repelir essa agressão. Se tal é o caso, não se sabe por que proceder aos acréscimos. Se o agente policial ou de segurança pública, em conflito armado ou em risco iminente de um tal conflito (I), ou em caso de vítima mantida refém (II), tem de observar os requisitos do caput, não há razão para destacar essas situações. Isso vale tanto para o inciso II, quanto para o III.

2. No *inciso II*, temos quatro grupos de elementos: um relativo ao autor ("agente policial ou de segurança pública"), um relativo a um contexto ("em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado"), um relativo ao objeto de referência da legítima defesa (a "injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem") e um último relativo à ação de defesa ("previne").

O *terceiro* requisito repete lgo já mencionado caput; como o adendo afirma que os requisitos deste têm de ser observados, a superfluidade parece quase óbvia.

As referências a uma *qualidade de autor* e a um *elemento contextual*, à primeira vista, também são supérfluas. A legítima defesa é um direito do ser humano, enquanto titular de direitos subjetivos, de ver a sua esfera jurídica respeitada; um direito de resistir ao arbítrio alheio[1]. Não existe uma legítima defesa específica para agentes policiais ou de segurança pública ou específica para determinados contextos, pelo simples fato de que esse direito já existe para todos em todos os contextos; ele depende apenas de agressão injusta e atual/iminente. Os acréscimos soam, assim, tão despropositados quanto acrescentar ao extenso rol do art. 5º da Constituição Federal um inciso de conteúdo "o agente policial ou de segurança pública, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, tem direito à vida, à integridade física, à propriedade etc."

O quarto elemento, relativo à ação – *prevenir* –, se "observados os requisitos" do caput, tampouco expande a legítima defesa. Afinal, toda legítima defesa serve para "prevenir", no sentido de que a legítima

1 Greco, Notwehr und Proportionalität, in: GA 2018, p. 665 e ss. (677).

defesa não é uma reação post facto. Ela só pode ocorrer em momento imediatamente anterior (agressão iminente) ou concomitante (agressão atual) à agressão, nunca depois; não existe legítima defesa punitiva. Nesse sentido, ela tem uma orientação preventiva, não repressiva[2].

3. A superfluidade também é confirmada por uma análise do *inciso II*. Aqui não se fala mais em conflito armado, e sim em um agente que "previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes". Observe-se que, no elemento contextual de "vítima mantida refém", já existe uma agressão, uma vez que por agressão, terminus technicus do instituto da legítima defesa, entende-se comportamento humano que gera perigo para um direito próprio ou alheio[3]; quem mantém outra pessoa refém, lesiona (e portanto também coloca em perigo), no mínimo, o seu direito de liberdade de locomoção. Não é o inciso II que cria uma legítima defesa nessas situações; ela sempre existiu, nos termos do próprio *caput*.

III. Modificação nociva

A pergunta que se coloca após essa primeira análise é: por que, então, sequer cogitar o adendo? E com isso chegamos ao segundo ponto. A interpretação que acabo de delinear, ainda que seja a que mais leva a sério a locução "observados os requisitos do caput", não é a única imaginável diante de um dispositivo tão amadoristicamente redigido. Identifico seis ordens de problemas.

1. O primeiro deles é o de que *alguns dos requisitos do caput são repetidos* nos incisos do parágrafo único, *outros não*. Os incisos não mencionam, principalmente, o *uso moderado dos meios necessários.* Não surpreenderia que alguém avançasse a interpretação de que esses requisitos, portanto, não precisariam ser observados.

Essa interpretação seria incorreta, por três razões. Primeiro,

2 O termo usado pelo caput, "repele", tem, contudo, a vantagem de aproximar com maior clareza a ação de legítima defesa do momento em que a agressão é atual ou iminente – ao que já retornaremos.

3 Por todos, Roxin/Greco, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 5ª ed., vol. 1, Munique: Beck, 2019, § 15 nm. 6: "Agressão é a ameaça a bem jurídico por meio de comportamento humano."

porque ela passa por cima do texto expresso da futura lei, que ordena observar os requisitos do caput. Segundo, porque esses requisitos são inerentes ao direito de legítima defesa: para dizê-lo de forma simplificada, uma defesa desnecessária ou imoderada não é defesa, e sim contra-ataque[4]. Terceiro, porque a ação de todo agente estatal está submetida ao princípio constitucional da proporcionalidade, que também entre nós é reconhecido[5]. A legítima defesa, que não é – o que muitas vezes se desconhece não apenas entre nós – regida por esse princípio, uma vez que não se pode impor à vítima de arbítrio um dever de suportar arbitrariedades nem mesmo dentro de certas proporções[6], muito provavelmente tem de passar a sê-lo, se for exercida por agentes estatais. Afinal, o princípio da proporcionalidade, cujo conteúdo é o de que restrições a direitos fundamentais só se legitimam quando idôneas, necessárias (meio menos gravoso) e adequadas para a promoção de um fim legítimo, compreende tudo o que tradicionalmente se exige com o "uso moderado dos meios necessários" e muito mais. Enfim: quem está submetido à proporcionalidade jamais poderá fazer uso imoderado e/ou de meios desnecessários. Ainda assim, a redação proposta abre espaço para uma errônea interpretação em sentido contrário.

2. O segundo grupo de problemas diz respeito *a conceitos do caput que reaparecem no parágrafo único, mas com pequenas modificações.* Aqui, o intérprete se vê no dilema de ou conferir-lhes interpretação abrogativa, igualando-os ao que já fora dito no caput, como acabamos de fazer (supra, II. 2., 3.), ou de dar-lhes novo conteúdo, que não se sabe bem qual é.

a) Refiro-me, em primeiro lugar, à supressão da *"atualidade"* da agressão nos dois incisos propostos. O inciso I do parágrafo único fala apenas em agressão iminente, termo que também consta do caput; o inciso II nem isso mais faz, mas se limita a mencionar uma "agressão ou risco

4 Deixemos de lado o conteúdo do termo "moderação", que não é nada claro (a respeito, n. 7); o que nos importa agora é que o que vale no caput, tem de valer para o paragráfo único e seus incisos.

5 Por todos, Sarlet, Teoria geral dos direitos fundamentais, in: Sarlet/Marinoni/Mitidiero, Curso de direito constitucional, 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 305 e ss. (p. 394 e ss.).

6 Em detalhe Greco (nota 1).

de agressão". No inciso I, essa discrepância nada altera, uma vez que o iminente é também atual. No inciso II, contudo, parece que se abre um espaço para dissociar a agressão de qualquer requisito temporal. Tal, porém, acaba por não ser verdadeiro, uma vez que, como acabamos de ver (II.), a situação em que alguém é mantido refém configura por si só já uma agressão, de natureza contínua e, portanto, sempre atual (e, a fortiori, iminente). Ou seja, a supressão da atualidade só gera confusão; materialmente, ela nada modifica. Gerar confusão é, entretanto, algo que uma lei boa não pode fazer.

b) A segunda modificação é consideravelmente mais problemática. Como observado, o caput descreve a ação de defesa como a de quem "repele"; o parágrafo único prefere o termo *"previne".* Vimos (II. 2.) que toda legítima defesa é, em certo sentido, preventiva, pelo simples fato de que ela nunca pode ser repressiva. Ocorre que o termo prevenir – ao contrário do repelir – não aponta para qualquer limite temporal inicial. Dito metaforicamente, ele é aberto "para frente". Mulheres e homens submetem-se a exames, em especial a partir dos 40 anos de idade, para prevenir câncer de mama ou de próstata, não para repeli-lo, independentemente da ocorrência de sinais da existência desses males. A prevenção do câncer não tem sequer de começar aos quarenta anos de idade. O interessado pode submeter-se aos exames anos antes. Parece evidente que uma expansão da legítima defesa em termos análogos não pode ser o que o reformador tem em mente.

Tanto é assim, que ele criou elementos contextuais – o conflito armado ou a situação de refém. O segundo deles, como dito e repetido, nada acrescenta. O primeiro, contudo, pode ser entendido no sentido de que, numa situação de conflito armado (ou no iminente risco de um tal conflito), o policial ou o agente de segurança pública tem licença para matar – preventivamente. Essa interpretação, que a reforma, de fato, torna imaginável, é inaceitável. O direito de legítima defesa, como direito de opor resistência ao arbítrio de um agressor até o ponto de eliminação desse agressor, pressupõe um agressor concreto, que faça mal uso de sua liberdade, erigindo-se em senhor da liberdade dos demais. Essa é a razão pela qual esse direito permite tanto – matar, desde de que necessário e

moderado[7]. Mas se existe um direito de matar, existe, como correlato lógico, um dever de deixar-se matar. Só é possível justificar um tal dever quando o destinatário desse dever está a impor ao outro a submissão a seu arbítrio – situação que a lei descreve como a de "injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem". O dever individual deriva de um comportamento individual. Já o conflito armado é algo contextual, não individual, que portanto não tem o condão de legitimar o dever individual de deixar-se matar.

3. A terceira ordem de problemas tem a ver com as *relações entre caput e incisos*. Não se refletiu se eles não acabarão por restringir o direito de legítima defesa prevista no caput. Se se tratar de conflito, mas não "armado"[8]– após uma partida de futebol, torcedores atacam uma outra torcida, menos numerosa e composta também de várias crianças, mas de mãos nuas – a polícia não poderá reportar-se ao art. 25 CP? Ou apenas ao caput, mas não ao inciso I do parágrafo único? Se houver situação de refém, mas não ulterior "agressão ou risco de agressão", ou seja, apenas situação em que o refém, que não pode sair do recinto em que está trancado, é bem tratado, a suco de laranja e pão de ló, a polícia nada pode fazer?

Esse segundo inciso do parágrafo único é um belo exemplo de amadorismo jurídico. Ele usa o termo "agressão", que também aparece no caput, sem perceber que lhe está modificando o sentido, entendendo-o como sinônimo de maus-tratos ou lesões corporais, uma vez que a agressão do caput já existe em qualquer situação de refém. Além disso, ele menciona, ao lado da situação de refém, a "prática de crimes", com o que parece que só existir um refém e a possibilidade de maus-tratos não bastassem para autorizar a legítima defesa. Enfim, lá onde o caput se contenta com uma agressão, que sempre existe quando alguém é feito refém, o inciso II do paragráfo único fala verborragicamente em dois

7 Mais uma vez, deixe-se de lado o conteúdo concreto desse último termo, questão que só poderá ser elucidada em investigação autônoma. Adianto meu ponto de vista, sem que seja possível desenvolvê-lo e fundamentá-lo adequadamente: o advérbio "moderadamente" não pode ser entendido como uma exigência de proporcionalidade, pelas razões já expostas no texto; sua função é operar como porta de entrada para restrições do direito de resistir ao arbítrio, fundadas em considerações de tutela da paz social.

8 O exemplo que se segue não é de todo perfeito; retornaremos ao conflito armado no item 5.

ulteriores requisitos.

4. Se a legítima defesa for expandida nos termos das interpretações que aqui demonstro errôneas, haverá problemas adicionais, relativos à *própria sistemática do CP.* O mais grave deles tem a ver com a interação entre essa legítima defesa (preventiva, dependente de um contexto e não de um comportamento do indivíduo a ser atingido/morto, não sujeita a exigências de necessidade e moderação) e o *art. 20 § 1º CP,* que determina que "é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo". Notras palavras: ampliar a legítima defesa significa ampliar a legítima defesa putativa; significa que, mesmo à falta dos requisitos objetivos, o agente poderá ver-se isento de pena ou responsabilizado apenas por culpa, porque imaginou que se encontrava em situação que correspondia a esses (amplos) requisitos objetivos.

5. O quinto problema é algo que, incrivelmente, mal chegou ao horizonte das atenções do penalismo brasileiro. Apesar de o art. 5 II da Constituição Federal dispor que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", continuamos a aceitar que *agentes públicos se reportem às causas de justificação*, que, como acabo de observar, obrigam, sim, os cidadãos até mesmo a deixar-se matar. Mais: aceitamos até mesmo a causa de justificação em branco do estrito cumprimento do dever legal (art. 23 III CP), que, junto com outros estudiosos, propus suprimir[9]. Lei que fundamente uma obrigação de um cidadão tem de ser lei determinada e proporcional[10]. A legítima defesa não é, contudo, proporcional; pode-se também duvidar de sua suficiente determinação ("moderamente"). O estrito cumprimento do dever legal é, por sua vez, de todo indeterminado.

A reforma acaba, assim, por passar por alto de um dos

9 Greco/Horta/Leite/Teixeira/Quandt, Parte Geral do Código Penal. Uma proposta alternativa para debate, São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 30 e s.

10 Cf. Greco, Introdução: O inviolável e o intocável no direito processual penal, in: Wolter, O inviolável e o intocável no direito processual penal – Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal, São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 21 e ss. (p. 36 e ss., 48 e s.).

problemas mais urgentes sobre o qual deveria estar debruçando-se a doutrina nacional, não apenas penal ou processual-penal, mas também administrativista: *o dos fundamentos e limites para a atuação dos agentes públicos na prevenção de crimes*. Na Alemanha, essa atividade é regulada pelo chamado Direito de Polícia, setor do Direito Administrativo, que não contém um dispositivo genérico e impreciso como o da legítima defesa, e sim uma bateria de regras individuais, com requisitos específicos próprios. [11] Uma reforma que continua a tratar a atividade de agentes estatais sob a rubrica da legítima defesa é, a rigor, uma reforma que continua a conceder a esses agentes um poder à margem da lei.

Aqui, é verdade, há pouco que um reformador bem intencionado possa fazer. Ele verifica que a legítima defesa, tal qual a conhecemos, não dá conta do dia-a-dia dos agentes de segurança, e pensa, compreensivelmente, que o problema se resolve reformando o instituto. A doutrina tem de fazer um mea culpa e verificar que ela tampouco se preocupou em apontar um caminho independente da legítima defesa para a atuação dos agentes públicos. Sobre esse caminho o penalismo brasileiro tem, urgentemente, de começar a refletir.

6. O sexto e pior problema é o uso do *termo "conflito armado"*. Leis são escritas por juristas, para serem aplicadas por juristas; presume-se, portanto, que o uso de um termo com sentido técnico reconhecido seja feito com intenção de tecnicidade. Conflito armado não significa, na linguagem técnica jurídica, que as duas torcidas que se enfrentam façam uso de facas e pistolas, ou que, numa das muitas brigas entre o marido M e a esposa E, o primeiro empunhe um revólver. O termo é oriundo do chamado Direito Internacional Humanitário; ele é usado nas várias Convenções de Genebra sobre Conflitos Armados e em seus três Protolocos Adicionais[12]. Esses documentos não contêm uma definição

11 Consulte-se apenas Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin, §§ 17-51; Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei, arts. 11-29, 70 e ss. Aquilo que, entre nós, é compreendido pelo "cumprimento do dever legal" é, nessas leis, dissecado em uma minuciosa de lista de faculdades individuais, que regulam os exatos pressupostos em que o agente policial pode desde dirigir uma pergunta a um cidadão ou submetê-lo a uma medida de identificação até fazer uso de armas de fogo.

12 Em detalhe, Ambos, Internationales Strafrecht, 5a ed., Munique: Beck, 2018, § 7 nm. 235 e ss.; idem, Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing, Oxford:

canônica do conflito armado. De qualquer forma, o art. 1º II do Segundo Protocolo sobre Conflitos Armados Não-Internacionais dispõe, de forma negativa, que "situações de perturbações e tensões internas, como revoltas, atos isolados ou esporádicos de violência ou outros atos de natureza similar não são consideradas conflitos armados". Conflitos armados, no Direito Internacional Humanitário, são, para usar um termo não jurídico e, portanto, impreciso, guerras civis; exemplos incontroversos são os conflitos entre poder público e as FARC colombianas, a guerra no Kosovo ou a atual situação na Síria. Os critérios seguem controversos na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, que tem de manejar o conceito no momento de aplicar o art. 8 do Estatuto de Roma (crimes de guerra); os casos em que o conflito armado foi admitido, contudo, diferem radicalmente da situação brasileira[13].

Diante disso, vejo três possibilidades, uma pior do que a outra. A primeira é de que o Projeto tenha feito uso de um termo técnico sem o saber. Isso não seria apenas grave, como também – com o perdão da palavra – ridículo. Se assim for, teremos um conceito de conflito armado cujo conteúdo ninguém saberá precisar. Poder-se-ia entender que a disputa de torcidas ou a briga doméstica que acabo de mencionar são conflitos armados, e, a prosperarem outras interpretações que examinei e recusei, entender que o policial está autorizado a matar torcedores ou o marido se os encontrar durante o dia, na fila do supermercado, comprando cerveja.

Nas duas outras possibilidades, os redatores do Projeto sabem o que significa conflito armado. Assim, ou eles entenderam, levando a sério a definição do Segundo Protocolo e a jurisprudência internacional que acabo de mencionar, que esse conflito inexiste na situação brasileira – que é de insegurança, sim, de violência, sim, mas não satisfaz os requisitos dessa definição, que, como dito, implicam a existência de uma situação de dimensões muitíssimo piores – com o que, contudo, se estaria a emitir uma lei para a Colômbia, o Kosovo ou para a Síria, e não para Brasil.

Oxford University Press, 2014, p. 122 e ss.

13 Exposição pormenorizada em Ambos, Treatise (n. 8), p. 122 e ss.; Geiß/Zimmermann, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3a ed., Munique: Beck, 2018, § 8 VStGB nm. 96 e ss. (em especial nm. 111).

Ou – o que é simplesmente temerário – os autores do Projeto consideram que o Brasil se encontra em verdadeiro conflito armado. Uso o termo temerário, porque disso decorrem consequências que têm de ser enxergadas e que são absolutamente inaceitáveis. O que menos importa é o escândalo público de propor uma lei que reconhece que o país se encontra em uma guerra civil, ou a ingenuidade de propor-se a enfrentar um problema dessas dimensões, de que cuida o direito de guerra, com o instrumentário da legítima defesa, pensada para resolver conflitos entre particulares. O mais problemático é que, se de fato se trata de aplicar o direito de guerra, ter-se-á um regime que trabalha com a dicotomia combatente/civil, e que permite não apenas matar os combatentes com dolo direto independentemente de um agressão atual – os "abates", que foram propostos pelo Governador do Rio de Janeiro Wilson Witzel[14] – como também matar civis, desde que como "danos colaterais" de ações contra combatentes. Noutras palavras: a população das favelas poderá ser morta, com o consolo de que isso não ocorrerá de propósito, mas como dano colateral.

IV. O excesso escusável na legítima defesa

O Projeto não é de todo nocivo. Digna de discussão é a proposta de introdução de dispositivo sobre o excesso na legítima defesa, que opera como causa de diminuição de pena ou mesmo fundamento para um perdão judicial. Não vejo óbices de princípio ao dispositivo – vários ordenamentos em que tradicionalmente nos espelhamos, como o alemão (§ 33 Strafgesetzbuch) ou o português (art. 33º)[15] prevêem esse instituto de forma expressa, e nossa melhor doutrina propõe o seu reconhecimento no Brasil[16]. O CP Militar prevê um dispositivo sobre o excesso, ainda que

14 E que não estão justificados pela legítima defesa tal como a conhecemos, cf. com a mesma conclusão Porciúncula, Abate de indivíduo armado não guarda relação com a legítima defesa, https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/porciuncula-abater-individuo-armado-nao-legitima-defesa; e Gleizer/Montenegro, Um tiro no próprio pé, https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-um-tiro-no-proprio-pe-23409400 .

15 A respeito, em detalhe, Moura, A Não-Punibilidade do Excesso na Legítima Defesa, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

16 Cirino dos Santos, Direito Penal, Parte Geral, 7ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 328 e ss. No Projeto de Parte Geral de que sou coautor (n. 6), não conseguimos decidir-nos por

não limitado à legítima defesa (art. 45). Há boas razões para ser indulgente com quem se excede em legítima defesa: ele se encontra em situação excepcional, em geral irrepetível, em que outro o colocou arbitrariamente e que o sobrecarrega emocionalmente, de modo que estão diminuídas tanto a sua culpabilidade, quanto as exigências de prevenção da ordem jurídica.[17]

O dispositivo, ao contrário do que se poderia supor, é praticamente inaplicável a situações em que agentes policiais ou de segurança pública agem em legítima defesa de terceiro, já porque as emoções que provocam o excesso dificilmente estarão presentes nesses agentes, em que se supõe uma maior capacidade de enfrentar situações extremas.

Ainda assim, a execução do dispositivo foi atécnica, e isso por três razões. A primeira delas é que o rol de emoções que terão o efeito mitigador compreende até mesmo a *"violenta emoção".* Na Alemanha ("perturbação, medo ou susto") e em Portugal ("perturbação, medo ou susto, não censuráveis"), somente estão compreendidos os motivos chamados "astênicos", isto é, ligados à fraqueza. Na nova regra, até aquele que mata por raiva ou ódio pode, em princípio, ver-se isento de pena.

Tenho dúvidas a respeito da exigência, ao lado de uma das três emoções, de que elas sejam *"escusáveis"* – o que, como acabamos de ver, fez-se em Portugal[18], não na Alemanha. Em princípio, aquele que se encontra em situação de legítima defesa e ultrapassa seus limites por medo ou surpresa parece quase que automaticamente agir de forma escusável[19]. Só no caso de quem age com violenta emoção parece haver espaço para a pergunta sobre a escusabilidade. Indaga-se se não teria sido mais fácil limitar o rol de emoções às astênicas e, com isso, suprimir a escusabilidade.

---

uma tal regra, que nos pareceu demasiado vanguardista. Ela é, contudo, bem-vinda.

17 Cf. Roxin/Greco, Strafrecht (nota 2), § 22 nm. 69 e ss.

18 E também no CP Militar, art. 45 parágrafo único: "Não é punível o excesso quando resulta de escusável surprêsa ou perturbação de ânimo, em face da situação.".

19 O exemplo de excesso escusável por medo que nos apresenta Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, 2ª ed., Coimbra/São Paulo, Coimbra Editora/RT, 2007, item 22/39, não convence, por razões que não cumpre aqui discutir.

Por fim, é estranha a previsão de uma *mera causa facultativa de diminuição de pena ou de perdão judicial,* cujo pressuposto, entretanto, é um comportamento escusável. O cidadão que se vir na situação de excesso será publicamente condenado e talvez mesmo punido, apesar de o juiz reconhecer que seu comportamento é escusável – o que é no mínimo peculiar, para não dizer contraditório.[20]

V. Conclusão

Já se vê que o Projeto não pode, no que diz respeito à legítima defesa, prosperar. As propostas contidas no parágrafo único que deve ser acrescentado ao art. 25 ou são supérfluas, porque, corretamente entendidas, repetem o que já diz o caput; ou nocivas, porque induzem a uma compreensão diversa, que, na sua pior versão, conferem licenças para matar e transplantam para a legítima defesa a lógica do direito de guerra. A proposta de um excesso na legítima defesa é, em si, bem-vinda, mas foi mal executada.

O Ministro da Justiça tem declarado que o projeto não foi feito para agradar os professores de direito penal[21]. Não se trata de agradar ou desagradar a quem quer que seja, e sim de refletir construtiva e criticamente sobre propostas que compartilham a intenção de melhorar o direito brasileiro. A doutrina também carrega, pela sua omissão de desenvolver modelos jurídicos para a atuação dos agentes de segurança pública estatal, parte da responsabilidade pela inadequada tentativa do Projeto de cuidar do problema reformando a legítima defesa.

20 Além disso, faltam critérios para determinar quando o juiz deve excluir toda pena ou apenas reduzi-la, e não faz sentido que a redução máxima seja de apenas metade (e não de 2/3, como na tentativa ou na "semiimputabilidade") se a pena pode ser inteiramente dispensada.

21 https://www.valor.com.br/politica/6104103/moro-anuncia-pacote-anticorrupcao-e-rebate-criticos-do-projeto-de-lei

Existe um direito de legítima defesa?

RODRIGO J. S. AMARAL

Introdução

Em 18 de setembro do corrente ano, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJ) aprovou, por 31 votos a 4, a Proposta de Emenda à Constituição 100 de 2019 (PEC 100/2019), para introduzir no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição (CRFB/88) o direito à legítima defesa[1]. Como resultado, votou-se para elaborar parecer favorável à inclusão de um inciso LXXIX ao citado dispositivo constitucional, de forma a admitir o "direito ao exercício da legítima defesa e os meios a tanto necessários", mas a inadmitir a expressão "e o direito de possuir e portar os meios necessários para a garantia da inviolabilidade dos direitos previstos no caput"[2]. Uma semana depois, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), órgão vinculado ao Ministério Público Federal, emitiu a Nota Técnica nº 16/2019/PFDC/MPF, manifestando-se desfavoravelmente à PEC 100/2019[3].

Dentre outras coisas, a PFDC argumenta que "se o uso da força legítima é monopólio do Estado, certamente, por razões lógicas, a 'autodefesa' não pode ser um direito", doravante assertiva 1. Além disso, destaca que o termo "responsabilidade de todos", contido no art. 144, CRFB/88, "é uma expressão exatamente do princípio da solidariedade. Todos se reconhecem entre si como sujeitos de igual direito e consideração, afastando o recurso à violência como possibilidade relacional", doravante *assertiva* 2. Pretendo enfrentar esses argumentos com a questão que se encontra no título: existe um direito de legítima defesa? Defendo que a

1 Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2209764

2 Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3B3BB52D-D41DA4DB5515DCB29FC0A91D.proposicoesWebExterno2?codteor=1813525&filename=Parecer-Aprovacao-CCJC-18-09-2019

3 Cf. http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/notas-tecnicas/nota-tecnica-16-2019-pfdc-mpf

resposta deve ser positiva e as razões para tanto serão melhor expostas ao longo do texto e giram em torno de dois argumentos principais: (i) não há contradição lógica entre o direito de defesa e o "monopólio" da força estatal, desde que este seja interpretado de forma correta e (ii) o direito de autodefesa é uma consequência lógica do próprio conceito de direito subjetivo.

1. O "MONOPÓLIO" ESTATAL DO USO DA FORÇA

A primeira questão que aqui se impõe é o enfrentamento de um pressuposto que é ignorado pela nota técnica da PFDC: na realidade, o Estado não detém um monopólio absoluto sobre o uso da força legítima no ordenamento jurídico brasileiro. Vou além: nem poderia tê-lo, se se pretende um poder justificado, e não uma mera "quadrilha de ladrões"[4], mas isso é algo a ser disposto em momento posterior (cf. *infra,* 2 e 3). O art. 144, CRFB/88 somente aduz que a segurança pública é dever do Estado, sendo "exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio", mas adiciona que ela também é "direito e responsabilidade de todos". Ademais, se a Carta Política tivesse estabelecido um tal monopólio ao Estado, teria disposto expressamente, tendo em vista que esse mesmo termo (monopólio) é expressamente utilizado no art. 177 da Carta Magna, para determinar as áreas de monopólio da União na ordem econômica. Não há, portanto, comando normativo-constitucional capaz de excluir um direito à legítima defesa com base em um monopólio absoluto do uso da força.

O que o Estado detém, na realidade, é o monopólio da legitimidade para exercer certos tipos de atividade relacionadas ao Poder Judiciário e à segurança pública, mas que tem como *ratio* o antigo princípio segundo o qual ninguém pode ser Juiz em causa própria[5]. Ademais, há um grave erro

4 Expressão cunhada por Santo Agostinho e repetida por Greco em GRECO, Luís. Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 114 e ss.

5 Essa ideia pode ser verificada, por exemplo, em LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 398; BURKE, Edmund. Reflexões sobre a revolução em França. Trad. Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen

conceitual na *assertiva* 2 da nota técnica da PFDC, na medida em que o termo *violência* é empregado de forma equivocada e provoca confusões. A partir do momento em que todos se reconhecem como sujeitos de igual direito, pode surgir uma obrigação de não *agressão*, termo que possui um significado distinto de violência. Agredir significa atacar, isto é, invadir uma *esfera de liberdade alheia.* Por outro lado, defender-se significa a *busca da preservação da própria esfera de liberdade.* Tanto para agredir, quanto para defender, é possível (e em alguns casos necessário) o recurso à violência, de modo que este termo não pode, de nenhuma forma, ser usado para inferir uma contradição entre a isonomia ou solidariedade e o direito de defesa.

De qualquer forma, *a assertiva* 2 é problemática até para o emprego do termo *agressão.* Via de regra, o que o Estado parece possuir é uma certa autorização à agressão legítima em âmbitos em que os particulares não possuem. Por exemplo, uma prisão, tanto como pena, quanto como medida cautelar, é uma forma de agressão, na medida em que ela, apesar de ser uma reação a um comportamento humano anterior, não se destina ao afastamento imediato de uma invasão à esfera de liberdade de alguém e, nesse sentido, não é uma simples defesa. Aqui, somente o Estado pode submeter indivíduos à pena privativa de liberdade ou a prisões cautelares. Todavia, o Estado autoriza os particulares a usarem de força agressiva para prender alguém em flagrante, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal (CPP), que aduz: "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito". Veja-se que a força necessária para prender quem se encontra em flagrante delito converte-se, em algum momento, de força defensiva para força agressiva e o CPP autoriza *qualquer do povo* a empregar esse tipo de força. A não ser que se queira declarar a inconstitucionalidade do art. 301, CPP, a assertiva 2 da PFDC deve ser revisada. Além disso, os artigos 23 e 24 do Código Penal (CP) disciplinam o instituto do estado de necessidade, que, em muitas hipóteses, também será exercido mediante o emprego de força agressiva. Pareceria absurdo sequer vislumbrar a hipótese de considerar inconstitucional o referido diploma.

Lidia Richter Ribeiro Moura. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 89.

Portanto, tem-se, até o momento, o seguinte panorama: não há contradição entre a isonomia, solidariedade, os direitos subjetivos e o direito de defesa. Ademais, já há hipóteses em que o ordenamento jurídico autoriza o uso de força agressiva sem que se possa inferir uma inconstitucionalidade nos dispositivos legais que o fazem. Todavia, é possível ajustar a proposição da PFDC para os seguintes termos: todos se reconhecem entre si como sujeitos de igual direito e consideração, afastando o *direito à agressão* como possibilidade relacional. Dessa forma, ninguém possui *prima facie um direito subjetivo à agressão*. O que ocorre é que o ordenamento jurídico, em certas hipóteses e mediante *a necessidade de justificação*, autoriza (em geral, para os particulares) ou ordena (em geral, para agentes públicos) o uso de força agressiva. A autorização para, em situações pontuais, utilizar força agressiva não equivale a um direito a agredir. Não dissertarei sobre os requisitos para o uso legítimo de força agressiva pois o assunto extrapola os limites deste texto.

2. O conhecimento de direito subjetivo

Independentemente do conceito de direito subjetivo a ser adotado, parece incontroverso que se trata de uma *definição relacional* entre um sujeito e um bem do mundo da vida. Em Kant, por exemplo, o direito subjetivo é esse conceito relacional onde algo é objeto do arbítrio do seu titular, sendo o direito objetivo justamente "o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade"[6]. Dessa forma, a definição kantiana de direito tem como base os direitos subjetivos: o direito tem como função precípua a harmonização das esferas de liberdade individuais. De fato, existem diversas teorias sobre o direito subjetivo, mas todas gravitam em torno da ideia geral do conceito de direito como interesse ou vontade sobre alguma coisa[7]. Como consequência disso, conforme aduz Kelsen, a existência de um direito pressupõe um dever correspondente de

6 KANT, Immanuel. Princípios metafísicos da doutrina do direito. Trad. Joãosinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 34.

7 Sobre as diferentes teorias, cf. KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 111-122.

terceiros de respeito, o que significa que há um certo vínculo entre direito e obrigação[8]. E isso por uma questão lógica: se eu tenho um direito à vida, isso pressupõe que eu tenho um direito de exigir que os demais não ataquem a minha vida. Portanto, como aponta Renzikowski, a ideia de direito subjetivo pressupõe uma relação tríplice entre um sujeito de direito, um contexto fático, e outro sujeito de direito[9], onde ambos os sujeitos de direito são, ao mesmo tempo, portadores de direitos e de deveres de respeitar o direito alheio.

Recapitulando: o direito subjetivo é um espaço juridicamente protegido, onde o seu titular pode agir conforme bem entender e que pode, por outro lado, exigir legitimamente que os demais não perturbem a sua livre ação com relação ao objeto do seu direito. À primeira das dimensões, denomina-se *função de gozo* e diz respeito ao sujeito de direito e ao contexto fático em questão, enquanto que a segunda das dimensões é denominada *função de exclusão* e diz respeito aos sujeitos de direito[10]. Essas duas dimensões do direito subjetivo é que permitem dizer que uma coisa é de alguém. Se eu sou dono de um *smartphone,* eu posso legitimamente utilizá-lo para fazer ligações, usar aplicativos de mensagens, redes sociais, acessar a minha conta bancária, pedir comida, posso ainda doar ou vender o aparelho. Essa gama de possibilidades está contida na *função de gozo* do meu direito subjetivo à propriedade do meu *smartphone*. Por outro lado, eu também posso exigir que os outros respeitem o meu uso legítimo sobre o aparelho, de modo que, se alguém tenta subtrair o aparelho de mim mediante violência ou grave ameaça (art. 157, CP), eu posso legitimamente usar dos meios necessários para afastar o ataque[11]. Em outras palavras, eu posso agir em legítima defesa,

8 Ibidem, p. 108.

9 RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. Trad. Alaor Leite. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 35.

10 Ibidem, loc. cit.

11 "O direito de legítima defesa, nesse ponto, não é nada mais que o direito a uma esfera jurídica íntegra e o oposto do dever do agressor de não desrespeitar a integridade da esfera jurídica alheia" (tradução livre). GRECO, Luís. Notwehr und Proportionalität. Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg, ano 2018, n. 12, p. 676.

nos termos do art. 25, CP. *A legítima defesa, portanto, está incluída na função de exclusão de todo direito subjetivo existente.*

Somente quando a função de gozo e a função de exclusão estão combinadas é possível dizer que alguém possui um direito a algum bem. Dessa forma, o direito à legítima defesa não é um direito qualquer, mas é um elemento necessário de qualquer direito subjetivo. E essa constatação terá repercussões fundamentais para o debate acerca da PEC 100/2019, que serão elencados abaixo. Antes disso, veja-se, finalmente, que a legítima defesa, sendo um elemento necessário de todo direito subjetivo, já está logicamente pressuposta a cada momento em que o Estado reconhece um direito subjetivo. Se todo indivíduo detém o direito à vida (art. 5º, caput, CRFB/88), possui também o direito a defender a própria vida; se detém o direito à propriedade (art. 5º, caput e XXII, CRFB/88), possui também o direito a defender a própria propriedade, e assim por diante. Dessa forma, a assertiva 1 da PFDC é contraditória, pois afirma que uma dimensão da função de exclusão de todos os direitos subjetivos não é um direito.

3. A legítima defesa deve ser expressamente reconhecisa na Constituição?

A primeira e mais óbvia conclusão do acima exposto é que não há somente um direito à legítima defesa, *mas este já está pressuposto em todos os direitos subjetivos*. Dessa forma, por uma questão lógica, a PEC 100/2019 mostra-se, a uma primeira vista, supérflua e redundante, na medida em que reconhece algo que já integra todos os outros direitos já reconhecidos. Além disso, ela pode estar incorrendo em um equívoco lógico, na medida em que aparenta tornar o conceito circular: se todo direito pressupõe uma função de exclusão, *afirmar um direito autônomo de defender-se exigiria afirmar a função de exclusão do direito de defender-se, isto é, a possibilidade de defender a faculdade de defender-se.* Por outro lado, talvez seja possível arguir que a necessidade de incluir expressamente o direito de defesa na Constituição tenha o condão de impedir que o legislador ordinário tente violar o direito à defesa por meio de uma lei federal. Por outro lado, esse argumento ainda não refuta a questão da superfluidade do inciso, pois, repito: a legítima defesa já é um

valor constitucional, pois está logicamente inserida em todos os direitos subjetivos elencados na Carta Magna. Dessa forma, é possível que a PEC 100/2019 cause confusões, na medida em que pode gerar nas pessoas a falsa noção de que ainda não há um direito constitucional à legítima defesa.

Todavia, é possível arguir que todo direito subjetivo declarado constitucionalmente é *per se* circular, pois a Constituição somente declara algo logicamente anterior, isto é, que já existe[12]. Na medida em que os direitos subjetivos contidos na Carta Política não são um mero favor concedido pelo Estado aos cidadãos, mas são verdadeiros imperativos éticos que todo Estado que se pretenda justificado deve reconhecer, é inegável que a Carta Magna nada cria, mas somente reconhece[13]. Assim, a Constituição declara um direito logicamente preexistente, ao mesmo tempo que, ao fazê-lo, garante efetividade jurídica daquele direito no seu ordenamento jurídico e, por isso, o movimento é de certa forma circular. Destarte, todo valor declarado constitucionalmente deve ser aquilo que se considera *conditio sine qua non* de um Estado orientado à proteção das liberdades humanas, de modo que na Carta Política deve estar aquilo que se julga necessário proteger juridicamente. E, tendo em vista os equívocos da nota técnica emitida pela PFDC, principalmente na *assertiva 1*, aparentemente é preciso proteger a legítima defesa como um elemento necessário para um Estado orientado à proteção das liberdades. De todo modo, optando-se pela inclusão expressa da legítima defesa na Constituição, ao menos seria mais preciso fazê-lo nos seguintes termos: *"todo direito subjetivo pressupõe a possibilidade de defendê-lo, bem como os meios a tanto necessários".* Em suma: se é preciso garantir o respeito à legítima defesa como elemento de todos os direitos subjetivos, que assim seja. Caso contrário, o que diferenciaria o Estado de uma quadrilha de

12 Devo esse argumento a uma conversa que tive com Igor Damous, que ponderou a questão da circularidade de todo direito fundamental reconhecido pela Constituição.

13 "Direitos subjetivos não são, assim, os resultados de benesses com as quais o soberano agracia os seus subordinados. Eles não são criados originariamente pelo Estado, senão que são conceitualmente preexistentes e juridicamente reconhecidos. Direitos subjetivos não são, igualmente, apenas resultados de ponderações orientadas ao bem comum. Antes do que isso, pertence à essência do direito subjetivo a inauguração de um espaço de conformação autorresponsável da vida aos indivíduos, livre de exigências por parte da sociedade". RENZIKOWSKI, Joachim. Op. cit., p. 32.

ladrões?

Essa perspectiva está em conformidade com o individualismo normativo, isto é, a concepção geral segundo a qual o poder público deve ser capaz de justificar-se perante os cidadãos, em especial àqueles afetados pela medida concretamente considerada[14]. Ademais, não sendo os direitos subjetivos meras dádivas concedidas pelo detentor do poder político, e, não sendo esses direitos *absolutos*, ocorre aqui uma *inversão do ônus de justificação*: agora é o Estado que deve justificar a restrição de direitos e estes não precisam ser justificados para serem reconhecidos. É por isso, por exemplo, que a restrição de direitos só ocorre mediante lei (art. 5º, II, CRFB/88), conforme o devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88) e que medidas como a desapropriação só podem ser realizadas pelo Poder Público mediante devida justificação e com justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, CRFB/88)[15]. Limitar a legítima defesa é, da mesma forma, uma restrição a um direito e significa que o indivíduo teria uma obrigação jurídica de tolerar um sacrifício ao seu direito[16], o que só poderia ocorrer mediante uma forte argumentação[17] [18].

Conclusão

14 "Muito mais, todo domínio só pode ser legitimado por meio da referência final aos seres humanos afetados e deve possuir exclusivamente estes como fim último". PFORDTEN, Dietmar von der. Individualismo normativo e o direito. Trad. Saulo Monteiro de Matos. Revista Direito Público, Brasília, n. 60, 2014, p. 173

15 Em razão da possibilidade de desapropriação, fala-se em uma garantia do valor da propriedade como compensação a essa relativização da função de gozo ao direito subjetivo à propriedade. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 422.

16 Nesse sentido, GRECO, Luís. Notwehr, op. cit., p. 678.

17 Exemplificativamente, veja-se a disciplina contida no art. 1.210 do Código Civil, cujo §1º determina que o possuidor turbado ou esbulhado "poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo", que a doutrina dominante considera um exercício regular de direito (por exemplo, BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 434), mas que, na realidade, é uma limitação do direito de legítima defesa da propriedade, na medida em que introduz uma limitação temporal ao uso de força defensiva.

18 Provavelmente, essa justificação deverá ter como base a possibilidade de aguardar pela prestação estatal para a resolução da questão, pois, conforme assevera Burke, "cada um dos membros da sociedade renunciou ao primeiro direito fundamental do indivíduo isolado, isto é, o de julgar por si mesmo e o de defender sua própria causa. Abdicou do direito de governar-se

Pelas razões acima aduzidas, a nota técnica da PFDC equivoca-se ao asseverar a inexistência de um direito subjetivo à legítima defesa, na medida em que este é um elemento necessário de todo direito subjetivo. Por outro lado, a PEC 100/2019 é imprecisa, pois reconhece o direito de legítima defesa como se este autônomo fosse, de modo que é preciso ajustar a sua redação. Para tanto, repito o texto acima proposto: *"todo direito subjetivo pressupõe a possibilidade de defendê-lo, bem como os meios a tanto necessários"*. Ademais, a concepção fundamental segundo a qual todo direito subjetivo existe independentemente da vontade do soberano possui a vantagem de respeitar o indivíduo como um fim em si mesmo, além de inverter o ônus de argumentação: é o poder que deve justificar a restrição de direitos. Com isso, a Carta Magna não cria direitos, mas os reconhece. Somente dessa forma é que um Estado pode diferenciar-se de uma quadrilha de ladrões.

a si próprio. Abandonou, inclusive, em grande medida, o direito à autodefesa, primeira lei da natureza. O homem não pode gozar ao mesmo tempo dos direitos da sociedade civil e dos que teria se vivesse isolado. A fim de obter justiça, desiste do direito de determinar quais de seus pontos se lhe configuram os mais essenciais. A fim de assegurar alguma liberdade, entrega-a inteira em confiança à sociedade". BURKE, Edmund. Op. cit., loc. cit. Com isso, de fato, o direito à legítima defesa parece intocável somente na medida em que for necessário e, ao mesmo tempo, o Estado nada possa fazer para impedir aquele intolerável prejuízo ao detentor do direito subjetivo. Nos demais âmbitos, como é o caso citado na nota anterior, a atividade defensiva ao menos aparenta ser suscetível de limitações.

Recusa de transfusão de sangue em pacientes menores de idade e os limites do consentimento por representação

FLÁVIA SIQUEIRA
IZABELE KASECKER

1. Introdução

O debate em torno da recusa de tratamentos médicos por motivos religiosos foi retomado recentemente em razão da ocorrência de mais um caso no qual os pais, testemunhas de Jeová, se opuseram à realização de transfusão de sangue em seu bebê, que nasceu em condição prematura extrema (com apenas 28 semanas e 6 dias e 1,265 quilogramas) e estava internado na UTI neonatal em um hospital em Goiânia. Considerando que os tratamentos alternativos não haviam sido suficientes para reverter o quadro clínico da criança, que sofria de anemia, a realização de uma transfusão de sangue seria imprescindível para salvá-la. Em razão disso, o hospital recorreu ao Poder Judiciário para requerer uma autorização para executar o procedimento[1]. Amplamente divulgado em canais de comunicação[2], o fato reflete um dilema que se apresenta diariamente em todo o mundo.

Esses polêmicos casos trazem à tona uma situação de conflito entre duas orientações basilares da ética médica: a *beneficência* e o *respeito à*

1 GOIÁS. Tribunal de Justiça, 15ª Vara Cível e Ambiental da Comarca de Goiânia/GO. Processo nº 5112276.40.2019.8.09.0051, decisão liminar da ação declaratória c/c tutela cautelar antecedente. Goiânia, 2019. Disponível em https://www.tjgo.jus.br/images/docs/CCS/testemunhasdejeova.pdf, acesso em 15 de maio de 2019.

2 Cf. por exemplo https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/03/07/juiz-contraria-pais-testemunhas-de-jeova-e-autoriza-transfusao-de-sangue-para-bebe-prematuro-internado-em-goiania.ghtml; https://www.jota.info/justica/juiz-autoriza-transfusao-contra-pais-testemunhas-de-jeova-07032019

https://diaonline.r7.com/2019/03/07/juiz-de-goiania-autoriza-transfusao-de-sangue-em-recem-nascida-de-familia-testemunha-de-jeova/;

https://www.gazetadopovo.com.br/justica/juiz-autoriza-transfusao-de-sangue-a-filha-bebe-de-testemunhas-de-jeova-9zwuas4e64gswku8guf7gibvg/

autonomia do paciente[3]. Por um lado, a beneficência orienta o médico a promover o bem do paciente, atuando de modo a fazer prevalecer a vida e a saúde; por outro, não pode o médico se sobrepor à vontade do paciente, que possui o direito de autodeterminar-se e de definir a quais tratamentos médicos deseja ou não se submeter. Há que se definir, portanto, qual dessas orientações deverá prevalecer em casos de conflito, questionando-se, especialmente desde a ótica do Direito Penal, sob quais condições as intervenções médicas, que afetam o corpo e a liberdade dos pacientes, serão consideradas legítimas.

2. Respeito à autonomia e o direito do paciente capaz de recusar tratamentos médicos

O direito à *autonomia* deriva inegavelmente da dignidade humana (art. 1º, III, da CR/88) e do direito à liberdade (art. 5º, *caput*, CR/88), valores constitucionalmente salvaguardados. Em seu sentido mais tradicional, a autonomia (*autos* ["si mesmo"] e *nomos* ["norma, lei"]) designa uma virtude que caracteriza os sujeitos que determinam e seguem suas próprias regras[4]. No plano jurídico, ela é concretizada a partir do reconhecimento do direito à autodeterminação e ao autogoverno, conferindo ao indivíduo a prerrogativa "de viver segundo a própria concepção de uma vida boa"[5].

Especificamente no contexto da Medicina, a autonomia fundamenta o direito do paciente de tomar suas próprias decisões, atribuindo-lhe, por conseguinte, o domínio soberano sobre o território do seu corpo. Concretamente, isso significa que a legitimidade das intervenções médicas depende invariavelmente da *vontade* do paciente, já

3 A respeito desses princípios orientadores da ética médica, cf. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Principles of Biomedical Ethics. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 101 e 202 e segs.

4 Cf. FEINBERG, Joel. The moral limits of Criminal Law: Harm to Self. v. 3. New York: Oxford University Press, 1986, p. 27.

5 GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. Studia Juridica. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade (vol 1), v. 108, 2017, p. 649 (também publicado no Brasil na Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 25-52, jan./mar. 2019). GRECO, Luís, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS, n. 5, 2008, p. 237, disponível em http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_5_235.pdf, acesso em 20 de maio de 2019.

que apenas ele possui o poder de determinar, por meio do consentimento, *se* e *em quais hipóteses* estará o médico autorizado a interferir na sua esfera corporal.

É muito comum que se argumente que a autonomia não seria um direito absoluto e que, numa situação de conflito – como ocorre nos casos em que o paciente recusa um tratamento curativo –, deveria ser submetida a um juízo de ponderação, do qual resultaria a preponderância dos direitos à vida e à saúde, aos quais, nessa concepção, atribui-se maior valor. Na decisão do caso em comento, essa tradicional alegação foi utilizada pelo magistrado, que afirmou que "a vida é o bem maior tutelado pela Constituição da República"[6].

No contexto jurídico-penal, busca-se legitimar a intervenção médica arbitrária, realizada contra a vontade do paciente ou sem o seu consentimento válido, aludindo-se ao disposto no art. 146, § 3º, I, do Código Penal, que exclui do âmbito do crime de constrangimento ilegal a intervenção executada "sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida"[7]. Ademais, é também frequente que se recorra à tautológica afirmação de que a vida seria um "bem jurídico indisponível".

Não obstante, o reconhecimento constitucional da autonomia atribui ao paciente justamente o "direito de hierarquizar os seus próprios valores"[8] e, com isso, de definir livremente qual deles deverá prevalecer no caso concreto. O direito à vida, na verdade, impõe ao Estado um dever de proteger o cidadão contra agressões externas, mas não estabelece para o indivíduo um "dever de viver". Muito embora a vida e a saúde sejam valores relevantes, é possível que eles nem sempre estejam em primeiro plano no projeto e na concepção de vida do paciente, que pode preferir, por exemplo, sacrificá-los para dar prevalência às suas convicções

6 GOIÁS, Processo nº 5112276.40.2019.8.09.0051, 2019. Em sentido similar, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268459/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 2014. Frise-se, contudo, que ambos os casos se referem à recusa de tratamento em pacientes incapazes por parte de seus representantes legais.

7 Nesse sentido, cf. por todos BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 166.

8 GRECO; SIQUEIRA, Promoção da saúde ou respeito à autonomia?, p. 649.

religiosas. Defender uma perspectiva diversa, que impõe ao paciente uma hierarquização de valores que lhe é externa, significa negar a sua autonomia e, em última instância, a sua dignidade.

Além disso, a constitucionalidade da interpretação paternalista atribuída pela doutrina tradicional ao art. 146, § 3º, I, do CP é certamente duvidosa, além de não se coadunar com uma leitura mais acurada do dispositivo em questão, que *em nenhum momento autoriza a realização de intervenções contrárias à vontade expressa do paciente*, mas somente *sem o seu consentimento*. Assim, não basta afirmar que a vida é um bem jurídico indisponível, sem a indicação das razões concretas dessa pretensa indisponibilidade[9].

Na verdade, com base numa interpretação orientada pela Constituição e pelo respeito à autonomia, o § 3º, I, do art. 146 do CP somente legitima a execução de intervenções não consentidas nos casos em que, em virtude da sua urgência, não for possível colher o consentimento válido do paciente sem que isso implique danos, como ocorre quando ele chega desacordado ao pronto-socorro após um acidente[10]. Esse dispositivo não se aplica, portanto, às hipóteses em que há a recusa expressa de tratamento por parte do paciente[11].

Deve-se frisar, contudo, que a capacidade, isto é, a competência fática para tomar decisões médicas autônomas, constitui pressuposto do exercício concreto do direito à autodeterminação. A autonomia,

---

9 Cf. a respeito SIQUEIRA, Flávia. Autonomia, Consentimento e Direito Penal: Uma proposta de superação do modelo paternalista no tratamento dogmático das intervenções médicas. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 206 e segs.

10 Com base no paradigma de respeito à autonomia do paciente, essas situações serão justificadas com fundamento no consentimento presumido do paciente. Cf. SIQUEIRA, Autonomia, Consentimento e Direito Penal, p. 299 e segs. Cf. também ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Strafrecht Allgemeiner Teil. vol. 1. 5. ed. München: Beck, 2019, § 18, Nm. 3 e segs (no prelo).

11 Em sentido similar, cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça, Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue. in: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.). Direitos do paciente. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 297. CARVALHO, Gisele Mendes de, Autonomia do paciente e decisões ao final da vida. in: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá (Orgs.). Direito Biomédico: Espanha-Brasil. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2011, p. 170. MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da autorresponsabilidade no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 90.

portanto, confere ao *paciente capaz* o direito de recusar tratamentos e de não ser submetido a intervenções médicas contra a sua vontade livre e esclarecida, ainda que essa seja a única maneira de promover a sua saúde ou preservar a sua vida.

Para o Direito Penal, essa compreensão coloca o consentimento do paciente no centro gravitacional do tratamento dogmático das intervenções médicas e torna ilegítimos os tratamentos arbitrários. Isso significa, por um lado, que apenas o consentimento válido do paciente poderá legitimar as intervenções médicas, e, por outro, que o médico que as realiza contra a vontade ou sem o consentimento válido do paciente pratica uma conduta *prima facie* punível, a título de lesão corporal (art. 129 do CPB) e/ou de constrangimento ilegal (art. 146 do CPB)[12].

3. Consentimento por representação: fundamentos e limites

Os pressupostos da capacidade para o consentimento não encontram previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Embora não tenha, até hoje, contornos seguros, a capacidade para consentir, a nosso ver, não deve se fundar nos requisitos necessários para a afirmação da capacidade civil, tampouco naqueles exigidos para a imputabilidade penal[13]. Trata-se de um instituto com características próprias, desvinculado, via de regra, de marcos etários específicos. Decisivo para aferir a capacidade para o consentimento são, basicamente, o grau de maturidade fática do paciente – em todo caso, na hipótese de menoridade –, bem como a sua capacidade concreta de entendimento e

12 Os casos em que a conduta do médico perfaz tanto o crime de lesão corporal como o de constrangimento ilegal serão prima facie solucionados a partir das regras do concurso de normas.

13 Há, naturalmente, quem defenda perspectiva diversa, vinculando a capacidade para consentir à capacidade civil (como FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 23 e o próprio CFM, na Recomendação nº 1/2016), à capacidade penal (PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido na teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 138; LUCA, Heloiza Merotto de, O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, p. 739–815, 2005, p. 750, disponível em https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67689, acesso em 20 de maio de 2019) ou a um marco etário específico.

de juízo[14].

No caso de pacientes menores e incapazes, concretamente, de compreender e decidir sobre questões médicas, a legitimidade de uma intervenção estará, via de regra, condicionada à obtenção do consentimento de seus representantes legais. O Código Civil estabelece, em seu art. 1.631, que a representação, no caso de menoridade[15], deve ser exercida por ambos os pais, ou, na falta ou impedimento de um deles, pelo outro. Na hipótese de ausência ou falecimento dos pais ou, ainda, caso decaiam do poder familiar, deve o menor ser representado por seu tutor (art. 1.728 do Código Civil).

No entanto, para além dos dispositivos que legitimam o exercício do poder familiar – e, consequentemente, o consentimento por representação –, há também preceitos que consagram os direitos da criança e do adolescente e criam, concomitantemente, deveres que vinculam tanto a família quanto a sociedade e o Estado[16]. Assim, o bem-estar do menor é o critério que limita o exercício do poder familiar[17], que deve ser orientado pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, assegurando-lhes proteção integral (art. 227 da Constituição da República e art. 1o do ECA).

Esse paradigma protetivo é corroborado pelo disposto no art. 6º, 1, da *Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina* e no art. 7º, b, da *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, que estabelecem que as intervenções executadas em incapazes devem visar ao seu benefício direto. Embora se trate de um conceito amplo e indeterminado, no âmbito

14 STERNBERG-LIEBEN, Detlev; REICHMANN, Philipp. Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, NJW, 2012, p. 257, 259; GLEIXNER-EBERLE, Elisabeth. Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjährigen, Heidelberg: Springer, 2014, p. 249, 252.

15 Assim compreendidos os menores de dezoito anos (art. 5o do Código Civil brasileiro). No entanto, ainda que o paciente seja menor de idade, é possível, eventualmente, que possua algum grau de autonomia, o que possibilita o reconhecimento da validade do seu consentimento em relação a intervenções médicas específicas – geralmente menos graves. Cf. STERNBERG-LIEBEN; REICHMANN, Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung..., p. 259.

16 V.g. Art. 227 da Constituição da República, arts. 3o, 4o, 5o e 7o do ECA, Princípios II e IV da Declaração Universal dos Direitos da Criança.

17 STERNBERG-LIEBEN; REICHMANN, Die gesetzliche Regelung..., p. 257, 259.

da medicina o bem-estar do menor está geralmente vinculado à indicação médica do tratamento[18].

Diante disso, o representante somente poderá consentir validamente quando estiver atuando em consonância com a necessária proteção do incapaz, uma vez que a representação não transfere aos pais a titularidade do direito e, portanto, não lhes atribui a possibilidade de dispor de bens jurídicos personalíssimos de seus filhos, como a vida. Assim, a liberdade decisória dos pais será *limitada* quando um procedimento for indicado e o recurso a tratamentos alternativos não for possível[19].

Portanto, em situações de conflito entre o bem-estar do menor e a vontade do representante legal, deve preponderar a beneficência e a proteção da vida. Isso se deve, igualmente, ao fato de que, nesses casos, não há autonomia a ser respeitada, porquanto o próprio paciente não é um indivíduo concretamente autônomo. Assim, na hipótese de recusa, pelos representantes legais, de uma intervenção necessária à manutenção da vida do menor, deverá o médico requerer uma autorização judicial para, a despeito da ausência de consentimento, executá-la (art. 101, V, c/c 98, II, do ECA)[20]. Em caso de urgência, ou seja, de ausência de tempo hábil para aguardar por uma decisão judicial, poderá o médico agir em estado de necessidade (art. 24 do CP)[21].

4. Conclusões

Concebendo-se a autodeterminação como o direito do paciente de ponderar seus próprios interesses, não restam dúvidas que, em situações de conflito, *o respeito à autonomia do paciente capaz deve prevalecer em*

18 KERN, Bernd-Rüdiger. Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW, 1994, p. 756.

19 GLEIXNER-EBERLE. Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjährigen, p. 249, 310. Na hipótese de existência de tratamentos alternativos, cabe aos pais decidir qual deles atende ao melhor interesse da criança, desde que o bem-estar do menor não seja colocado em perigo.

20 Eventualmente serão aplicáveis os arts. 129, VI, e 24, ambos do ECA, e o art. 1.637 do Código Civil.

21 ROXIN; GRECO, Strafrecht AT, § 13, Nm. 92.

relação à beneficência, estando a legitimidade das intervenções médicas condicionada à obtenção do seu consentimento válido. Em se tratando de indivíduos concretamente incapazes de autodeterminar-se, a legitimidade da atuação médica dependerá do consentimento por representação, que, no entanto, somente será válido na medida em que corresponder ao melhor interesse do paciente. Nesse último grupo de casos, *não há autonomia a ser respeitada, prevalecendo, portanto, a beneficência.*

Retomemos, pois, o caso que nos serviu de ponto de partida: o paciente era recém-nascido; inquestionável, portanto, que não dispunha das capacidades cognitiva e volitiva necessárias para anuir ou mesmo para vetar ou resistir a qualquer espécie de intervenção. Ante a rejeição, pelos representantes legais, da transfusão de sangue – o único procedimento capaz de salvar a vida do menor –, os médicos agiram corretamente ao requerer ao juízo competente uma autorização para realizar o tratamento, a fim de suprir a ausência de consentimento dos representantes legais, e o magistrado igualmente acertou ao deferir o pedido. No entanto, ainda que não houvesse tempo suficiente para fazê-lo, poderiam os médicos, legitimamente, proceder à intervenção salvadora da vida da criança, a qual seria justificada pelo estado de necessidade.

3. Parte especial

A insuficiente definição do conceito de funcionário público no direito brasileiro (CP, art. 327)

RAQUEL SCALCON

O conceito penal de funcionário público está disciplinado pelo art. 327 do Código Penal[1]. Dentre as suas principais funções está a de determinar o círculo de possíveis autores dos delitos contra a administração pública cometidos por funcionários públicos, tais como corrupção passiva, peculato, concussão etc. A sua interpretação, à primeira vista, nem sempre apresenta maiores dificuldades. A riqueza das situações concretas, contudo, tem demonstrado justamente o contrário[2].

Vejamos alguns exemplo[3] : (i) comete peculato o superintendente do FINDES (Federação das Indústrias do Estado do Espírito Santo) acusado de desviar valores relativos ao SENAI/ES e SESI/ES? (ii) comete peculato o dirigente de uma Organização Social do setor da saúde, no manejo de verbas com origem pública (convênio com o Ministério da Saúde)? (iii) comete peculato e fraude à licitação o membro do SENAC acusado de superfaturamento de licitação e apropriação dos valores? (iv) ostenta a condição de funcionário público o dirigente de fundos de pensão de empresas estatais, como PETROS, PREVI, FUNCEF (Operação

1 CP, Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

2 As dificuldades interpretativas do art. 327 do CP foram percebidas e enfrentadas por QUANDT, Gustavo de. Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do "Mensalão" (STF, APn 470/MG). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214, jan./2014, p. 184 ss.

3 Respectivamente: (i) STJ, CC 119.868/ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 3ª Seção, public. no DJe em 08/11/2016; (ii) STF, HC 125086 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, public. no DJe em 27/11/2018 e (iii) STJ, RHC 90.847/PI, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, public. no DJe em 18/04/2018.

Greenfield)?

Mas os problemas não surgem apenas nestes exemplos, que poderiam retratar situações-limite, alcançam também casos tidos como "triviais". Recorramos, novamente, a exemplos[4]: (i) comete concussão o médico que, trabalhando em hospital privado conveniado ao SUS, exige valores para proceder ao atendimento de um paciente (caso 1)? (ii) comete peculato ou corrupção passiva o funcionário de empresa terceirizada contratada para prestar serviços de limpeza no Foro da Justiça Federal, que se apropria de dois cartuchos de tinta de impressora (caso 2)? (iii) comete peculato o estagiário da Caixa Econômica Federal, ao sacar indevidamente valores de conta bancária de correntista (caso 3)? (iv) se quem trabalha em paraestatal é funcionário público por equiparação, o que, afinal, significa o termo "paraestatal" (art. 327, §1º, Código Penal) (caso 4)?

Como se percebe, a resposta a todas as questões propostas – seja relativamente aos casos limites, seja relativamente aos casos supostamente "triviais" – começa com o reconhecimento da condição de funcionário público para fins penais ao acusado, nos termos do art. 327 do Código Penal. E é aí que os problemas interpretativos se apresentam. Na sequência, queremos demonstrar *não* a dificuldade de aplicação do art. 327 a casos "difíceis", mas sim algo que nos parece mais grave: a dificuldade de aplicação do art. 327 a casos supostamente "fáceis", "triviais". Isto é, aqueles casos nos quais as Cortes parecem crer que delas não mais se exige esforço argumentativo, porque a subsunção seria "evidente".

Iniciemos com o caso do médico contratado de hospital privado conveniado ao SUS (caso 1). A tese, consolidada nos Tribunais, é no sentido de que se trata de funcionário para fins penais por equiparação, ao menos desde a introdução do §1º no art. 327 pela Lei 9.983/2000. Logo, o médico seria alguém que "trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública". Todavia, não se está diante de uma interpretação

4 Respectivamente: (i) STF, HC 97.710 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, public. no DJe em 23/10/2013; (ii) TRF3, AC 0005640-07.2004.4.03.6181/SP, Rel. Des. Federal Antonio Cedenho, 5ª Turma, public. no DJe em 25/07/2012 e (iii) TRF4, HC 5024276-65.2017.4.04.0000, Rel. Juiz Convocado Gilson Luiz Inácio, 7ª Turma, public. no DJe em 06/06/2017.

irreparável. Afinal, um hospital privado é, em regra, uma "empresa", isto é, tem fins lucrativos e exerce atividade econômica? Ao menos no Brasil (até hoje), a maioria dos hospitais privados *não* são empresas, mas instituições de caráter filantrópico, que não adotam as formas empresárias típicas, a saber: sociedade limitada, sociedade anônima etc[5]. Portanto, há um ônus argumentativo normalmente não enfrentado, na medida em que um hospital filantrópico *não* integra o conteúdo de sentido possível da palavra "empresa" – termo que, bem ou mal, foi o eleito pelo legislador.

Outra expressão fundamental para a resolução do caso que, da mesma forma, nem sempre recebe a merecida atenção, é esta: "atividade típica da administração pública". Aqui por vezes os Tribunais optam por se esquivar de *definir* o seu conteúdo máximo de sentido, averiguando, caso a caso, se a atividade seria, ou não, "típica da administração pública". Isso gera problemas de diversas ordens. Fiquemos, por enquanto, com apenas um: a incapacidade de o Direito cumprir o seu papel de *orientação* e de *conformação* de condutas. Se ao cidadão é inviável identificar o comando da norma, porque não suficientemente aclarado pelos seus intérpretes, por que motivo se poderia dele exigir o seu adequado cumprimento?

Passemos agora ao exame do *caso 2*, qual seja, a atribuição da condição de funcionário público por equiparação para fins penais ao funcionário de empresa terceirizada de *limpeza* que presta esse serviço em órgão da administração direta (Justiça Federal). O enquadramento realizado pelos Tribunais costuma estar amparado, novamente, na segunda parte do §1º do art. 327 – isto é, se trata de alguém que "trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública". Diversamente do caso 1, aqui o problema não reside no sentido atribuível ao termo "empresa", mas no sentido atribuível à expressão "atividade típica da administração pública". Seria a atividade de limpeza – com clara natureza de atividade *meio*, a permitir inclusive a terceirização no âmbito da administração direta – uma atividade enquadrável em tal conceito? O serviço de saúde

5 A própria Constituição Federal corrobora a interpretação aqui apresentada: "Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos" (grifamos).

pública ofertado *pelo SUS (Estado) aos cidadãos*, mediante um convênio com hospital privado (caso 1), equipara-se ao serviço de limpeza prestado *por uma empresa ao Estado* (caso 2)? Ambos integram o conceito de "atividade típica da administração pública"? Poderia a "atividade típica da administração pública" ser ofertada preponderantemente a ela mesma (no caso, limpeza do Foro da Justiça Federal, limpeza de agência do Banco do Brasil etc.)? Parece-nos que não[6].

Ingressemos no *caso* 3 – a condição de funcionário público do estagiário da Caixa Econômica Federal (ou seja, estagiário de empresa pública federal que integra a administração pública indireta). Nesta situação, os Tribunais, sem maiores delongas, costumam enquadrar o réu no *caput* do art. 327 do Código Penal. Contudo, tal texto legal é bastante sucinto e contém expressões consagradas no direito administrativo, a saber: funcionário público para fins penais seria aquele que exerce "cargo, emprego ou função pública". A subsunção do *estagiário* no suporte fático do art. 327 do Código Penal exige um relevante esforço argumentativo. O termo cargo certamente não abrange o "estágio". Em seu sentido mínimo, ele engloba o cargo efetivo e o cargo em *comissão.* Em seu sentido máximo, poderia englobar também cargos *eletivos* (mandatos). Resta-nos buscar melhor sorte nos termos "emprego público" e "função pública"[7]. Poder-se-ia dizer que o estágio é espécie de "emprego público". Não nos parece correta a ideia. Ao menos tecnicamente, o emprego público é aquele regido majoritamente pela CLT (com influências do art. 37 da CF), acessível por concurso público, sendo verificado em pessoas jurídicas de direito público e de direito privado da administração pública direita ou indireta (autarquias, sociedades de economia mista etc.).Alguns administrativistas, inclusive, sugerem resguardar o termo "emprego público" apenas àqueles sujeitos que atuam vinculados a pessoas jurídicas de *direito público*[8]. De um modo ou de outro, fato é que o estágio não

6 Sobre o recurso ao regime de direito público como critério, cf. SCALCON, Raquel. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (artigo 327, caput, do CP). In: Revista de Estudos Criminais, São Paulo, n. 72, 2019, p. 120 ss.

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 247 ss.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 776

integra o conjunto de possíveis sentidos do termo "emprego público".

Finalmente, poder-se-ia apelar ao termo "função pública", dizendo que, na prática, ao estagiário são parcialmente delegados poderes públicos. Também tal interpretação é controversa. Isso porque a expressão "função pública", tal como consagrada no direito administrativo e nos Tribunais (especialmente após a ADIN 2.415), diz respeito a poderes públicos conferidos a uma pessoa física mediante um ato formal de investidura. Ilustrativamente, trata-se do caso dos "notários" (oficial registrador), dos jurados e dos mesários. Daí que a expressão "embora transitoriamente ou sem remuneração" (art. 327, caput, CP) não está ali para abranger a situação do estágio voluntário, como muitas decisões afirmam, mas claramente para reconhecer a qualidade de funcionário público para fins penais, em especial, a jurados e mesários. Em síntese: independentemente de merecê-la, é inegável que o art. 327 do Código Penal não fez uma opção clara pela atribuição de tal condição a estagiários que atuam na administração pública.

Chegamos, pois, ao *caso 4*. Não temos aqui uma situação concreta propriamente dita, mas um problema de ordem conceitual: qual o sentido da expressão "paraestatal" (§1º do art. 327)? Trata-se, sem dúvida, de um dos termos mais obscuros da doutrina administrativa, o que gera reflexos diretos no âmbito penal. Importante observar que a expressão já constava originalmente no então parágrafo único do art. 327 do Código Penal. Ao se realizar um breve resgate histórico, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal interpretava o termo – sem qualquer hesitação – no sentido de entidades da administração pública indireta (autarquias, sociedades de economia mista etc.)[9].

Essa compreensão perdurou, de modo bastante estável, por décadas, mas começou a se alterar com a Reforma Administrativa (Emenda Constitucional n. 19/1998), quando foram introduzidas as figuras das Organizações Sociais (OS – Lei 9.637/98) e das Organizações

ss. Sobre os impactos de uma interpretação restritiva do termo "emprego público" no direito penal (CP, art. 327, caput), cf. SCALCON, Raquel. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão, op. cit., passim.

9 Ilustrativamente, cf. STF, RE 35242, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, public. no DJ 29/05/1958 e STF, HC 79823, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, public. no DJ 02/02/2001.

da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs – Lei 9.790/99). Nos anos subsequentes, os Tribunais passaram a enfrentar denúncias que narravam desvio de valores de verbas de origem pública recebidas – por exemplo – por OSCIPs do setor da saúde (Convênios com o Ministério da Saúde). Em várias delas, a conduta restou tipificada como peculato-desvio ou peculato-apropriação, o que pressupunha a qualificação dos agentes como funcionários públicos para fins penais.

Diante desse impasse, os Tribunais optaram, pouco a pouco, por enquadrar tais entidades na expressão "paraestatais", fulminando por completo o sentido consolidado anteriormente atribuído – por eles próprios! – ao termo[10]. Ora, OS e OSCIPs definitivamente não integram a administração pública, ainda que com ela possam colaborar. Tem-se, pois, um claro descompasso. Com isso não se pretende afirmar que às Cortes estava subtraída a possibilidade de realizar essa "reviravolta hermenêutica" relativamente ao sentido do termo "paraestatal". Contudo, tal decisão interpretativa demanda – novamente – a superação de certos ônus, inclusive o fato de que a Lei 9.666/93 define expressamente "paraestatal" como entidade sujeita ao controle direito ou indireto do Poder Público (art. 84, § 1º), o que excluiria de *plano* OS e OSCIPs de tal conceito legal.

Como, então, lidar com a evolução dos sentidos literais dos textos (sentido "genético" *versus* sentido "atual")? Aqui, a metáfora de Dworkin (*Law's Empire*, 1986) sobre o direito como "romance em cadeia" vem a calhar. Os Tribunais devem perceber que – ao menos metaforicamente – escrevem um romance dia a dia, sendo responsáveis por manter a coerência da história. Precisam, pois, avisar o jurisdicionado sobre a mudança radical de rumo e, em se tratando de direito penal, aplicá-la somente a fatos posteriores a esse "aviso". Daí sustentarmos que a anterioridade penal não deve dizer respeito apenas ao texto, mas também, sob certas condições, à sua interpretação[11].

10 Cf., ilustrativamente, STF, HC 125086 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, public. no DJe em 27/11/2018.

11 Sobre o debate, com posicionamento parcialmente divergente, ver LEITE, Alaor. Proibição de Retroatividade e Alteração Jurisprudencial. In: O Direito Penal e o Tempo. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, p. 44 ss.

Chega-se, assim, ao final deste breve ensaio. Buscamos percorrer vários problemas verificados durante a aplicação do art. 327 do Código Penal a casos concretos. Nossa intenção, com isso, foi alertar para a complexidade da interpretação do conceito penal de funcionário público, bem como demonstrar que ele está, ainda hoje, deficientemente definido. E tal carência se revela mesmo diante de casos que reputamos – com ou sem razão – "simples".

Sugere-se, para fins de densificação do conceito em questão, a observância dos seguintes itens: 1º) admitir a distinção entre texto jurídico (antes da interpretação) e norma jurídica (depois da interpretação), de modo a perceber que, muito embora o texto possa manter-se igual, as normas extraídas pelos Tribunais relativamente ao art. 327 do Código Penal mudaram ao longo do tempo, o que gera impactos no tocante às exigências da anterioridade da lei penal; 2º) reconhecer a necessidade de os Tribunais definam – com rigor – cada um dos termos constantes do referido artigo e, com urgência, as expressões "paraestatais" e "atividade típica da administração pública"; 3º) buscar racionalizar a redação eleita pelo legislador, percebendo que o *caput* trata de vínculos diretos entre uma pessoa física (estatutários ou celetista) e o Estado e que o § 1º do art. 327 diz respeito a vínculos indiretos entre uma pessoa física e o Poder Público, os quais estão intermediados por uma pessoa jurídica externa ao Poder Público; 4º) reconhecer os limites interpretativos inerentes ao conceito penal de funcionário público (CP, art. 327), de modo a aceitar eventuais lacunas de punibilidade e a abrir mão de analogias disfarçadas; 5º) lembrar sempre que a interpretação é um ato de humildade: o texto tem o seu sentido máximo possível, não o sentido que o intérprete gostaria que ele tivesse (mas que ele não tem).

O problema da qualificação de dirigentes de entidades do terceiro setor (OS e OSCIPS), no manejo de verbas com origem pública, como funcionários públicos para efeitos penais: parâmetros para a interpretação do art. 327, §1º, primeira parte, do CP

RAQUEL SCALCON

Um particular que maneja verbas de origem pública e que realiza atividade de interesse social ou coletivo deve ser automaticamente qualificado como funcionário público por equiparação para efeitos penais? O desvio ou a apropriação de tal verba deve ser enquadrado no delito de peculato? Mais precisamente: o dirigente de uma entidade do terceiro setor (uma Organização Social, uma OSCIP etc.) que recebe verbas de origem pública e delas se apropria cometeria peculato por ostentar a qualidade de funcionário público (reclusão de 2 a 12 anos e multa)? Ou se trataria, no máximo, de um delito de apropriação indébita (reclusão de 1 a 4 anos e multa)? Este artigo visa a refletir sobre tais problemas a partir do caso "Instituto Candango de Solidariedade" (STF/HC 125.086 AgRg), e do caso "Centro di accoglienza Regina Pacis" (*Cassazione Penale*, Seção VI, 8/10/2013, n. 41579).

I. O caso "CANDANGO" (Brasil): STF/HC 125.086 AgRg

O Instituto Candango de Solidariedade (ICS), do Distrito Federal, foi constituído e qualificado como Organização Social, nos termos do artigo 19 da Lei Distrital n. 2.415/99 (no âmbito federal – Lei n. 9.637/98). A partir disso, assinou contratos com o Governo do DF, relacionados à área da saúde e da assistência social, na casa dos milhões de reais. A chamada "Operação Candango" teria revelado uma série de irregularidades, especialmente a apropriação dos valores por seus dirigentes, em detrimento da efetiva realização das atividades previstas no contrato.

Há muitas questões complexas no caso. Todavia, o debate judicial acabou se concentrado no enfrentamento da seguinte tese defensiva: os

dirigentes do Instituto Candango de Solidariedade não poderiam ser denunciados pelo delito de peculato, pois não ostentavam a qualidade de funcionário público, nem mesmo por equiparação. Isso porque certamente não se enquadravam nem no caput nem no §1º do art. 327 do CP[1]. Como se percebe, a questão de fundo residia na *interpretação* que, afinal, seria conferida ao art. 327 do CP e, a partir disso, na eventual *subsunção* do fato narrado àquela regra.

Pois bem, o STF, por ocasião do julgamento do HC 125.086 AgRg, *definiu* – confirmando a interpretação do STJ[2] – que os dirigentes de organizações sociais seriam funcionários públicos por equiparação para efeitos penais, porque tais figuras estariam abrangidas pelo termo "entidade paraestatal" constante do art. 327, §1º, CP[3]. Tal posicionamento, todavia, não está isento de críticas. Muito ao contrário. Isso porque a expressão "paraestatal" é de tormentosa interpretação, uma vez que seu significado é historicamente controvertido. Apesar da sua notória polissemia, pensa-se ser viável organizar em dois grandes conjuntos os seus significados mais relevantes para a compreensão do caso Candango: (i) um sentido genético ou originário do termo "paraestatal" e (ii) um sentido atual ou evolutivo do termo "paraestatal"[4].

Explica-se. A palavra "paraestatal", quando utilizada por ocasião da redação do Código Penal na década de 1940, possuía um sentido. Hoje,

1 Eis a redação do art. 327, CP: "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (...)".

2 AgRg no HC 447.053/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, public. no DJe em 01/06/2018.

3 STF, HC 125086 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, public. no DJe em 27/11/2018. Ver ainda, sobre o caso: HC 131672 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, public. no DJe em 16/10/2018.

4 O termo "genético" é empregado por Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação jurídica e a imunidade dos livros eletrônicos, op. cit., p. 131), Joseph Raz prefere a ideia de "intenção" (intention) dos law-makers (RAZ, Joseph. Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 265 ss), enquanto Guastini fala em interpretação "originalista" (GUASTINI, Riccardo. Interpretare e argomentare. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2013, p. 100).

especialmente após a Constituição de 1988 e a Reforma Administrativa ocorrida entre 1995 e 1998 (especialmente com a EC 19/1998), possui outro. O sentido genético ou originário do termo "paraestatal" era muito próximo à noção de "administração pública indireta" (autarquias, sociedade de economia mista, empresa pública etc.), embora já englobasse as então novas figuras do "Sistema S" (SESI, SENAI etc.). Disso são prova tanto acórdãos antigos quanto a doutrina que os amparava[5]. Interessante ainda observar que o debate quanto ao sentido do termo também tinha um contexto. Em meados do século passado, Hely Lopes Meirelles, um dos principais administrativistas da época, qualificava empresas públicas e sociedades de economia mista como paraestatais. E assim fazia para argumentar que estavam desobrigadas a licitar, procedimento que seria obrigatório apenas para as entidades ditas estatais[6]. Embates como este, naturalmente, impactaram o Código Penal e a interpretação do art. 327 ao longo dos anos.

Com a Constituição Federal de 1998 e sua mudança radical na estrutura da Administração Pública, insustentável prosseguir utilizando o termo "paraestatal" para indicar entidades que integram a estrutura estatal[7]. Daí a ideia, hoje predominante na doutrina administrativa, de que paraestatais são aquelas pessoas jurídicas sem fins lucrativos externas à Administração Pública Direta ou Indireta (ou seja, não integrantes do aparelho estatal), mas que com ela podem colaborar e dela podem receber recursos públicos para o desempenho de atividades de interesse

5 Ilustrativamente, ver RE 35242, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, public. no DJ em 29/05/1958; HC 44729, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, 2ª Turma, public. no DJ 20/12/1967 e CJ 3498, Rel. Min. Adaucto Cardoso, 2ª Turma, public. no DJ 13/09/1968. Tal compreensão perdurou por um tempo no STF, mesmo no contexto da nova ordem constitucional, conforme se observa no RE 159228, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, public. no DJ 27/10/1994.

6 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. A licitação nas entidades paraestatais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 132, p. 32-40, jan./jun. 1978, p. 35 ss.; MEIRELLES, Hely Lopes. Autarquias e entidades paraestatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Doutrinas essenciais do direito administrativo. Administração Pública indireta e regulação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 159 ss. Texto publicado originalmente em 1962.

7 No ponto, Justen Filho vai além, afirmando que desde o Decreto-Lei 200/1967 já não fazia sentido considerar paraestatais as figuras da Administração Pública Indireta (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, op. cit., p. 207).

público[8]. Como se percebe, há hoje uma grande proximidade entre o termo paraestatal e a noção de Terceiro Setor.

Todavia, não se pode ignorar que a Lei 8.666/93 apresenta um conceito legal de paraestatal. Coincidentemente, trata-se da Lei de Licitações, que outrora foi palco de inúmeros debates relativamente ao significado da palavra paraestatal. Do que se pode presumir, o § 1º do art. 84 definiu paraestatal como "além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público", recepcionando o seu sentido originário e não o atualizado, com duas finalidades claras. A primeira é a de reforçar que tais entes da Administração Indireta estão, sim, submetidos às regras de licitações. A segunda, de positivar um conceito de sujeito ativo de crimes licitatórios que fosse muito próximo ao conceito de funcionário público para fins penais (art. 327 do CP). Isso conduziu à repetição, na Lei 8.666/93, do termo paraestatal, por ser ele o empregado pelo Código Penal. Este breve resgate histórico permite melhor compreender as razões de uma lei pós CF de 1988 valer-se de um termo com um sentido – ao que tudo indica – pré-constitucional.

Pois bem, qual dos sentidos possíveis – genético ou atual – deve prevalecer, para fins de interpretar o termo "paraestatal" constante no § 1º do art. 327 do CP e, assim, verificar a situação do médico contratado pela OS ou pela OSCIP? Agarrar-se ao sentido genético parece inviável. Ao mesmo tempo, em se tratando de regras restritivas de direitos fundamentais (incriminadoras), o uso do argumento evolutivo precisa ser feito com enorme parcimônia, pois pode significar, na prática, uma nova, inesperada e expandida criminalização, ainda que sem mudança no texto da lei[9]. Feitas essas advertências, é preciso admitir que a nova

8 Nesse sentido, conferir MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, op. cit., p. 1058 ss. e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 227 ss. Já Justen Filho reserva o termo "paraestatal" apenas ao "Sistema S" (SESI, SENAI etc.), tratando as demais figuras com a expressão "terceiro setor" (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, op. cit., p. 207 ss e 213 ss).

9 Isso porque norma jurídica (resultado da interpretação) e texto jurídico (objeto da interpretação) são conceitos distintos. Daí que interpretar é "construir a partir de algo" ou

ordem constitucional parece ter esvaziado o sentido anterior do termo paraestatal, e que toda a Administração Pública (Direta e Indireta), assim, estaria já englobada no caput do art. 327 do CP, sendo desnecessário o recurso ao § 1º do art. 327 do CP para tanto.

Se esse raciocínio é correto, o quase esvaziamento do sentido anterior de paraestatal exige a atualização do seu significado, sob pena de ele não cumprir mais qualquer papel no art. 327 do CP. Foi nesse claro sentido o movimento do Supremo Tribunal Federal, no relevante julgamento do caso "Candango", ao definir que uma Organização Social seria, sim, ente paraestatal, com sua consequente subsunção na primeira parte do § 1º do art. 327 do CP. Ao assim proceder, a Corte posicionou-se pelo abandono do sentido genético em prol do sentido evolutivo, de tal modo que "entidades paraestatais" seriam hoje as entidades do Terceiro Setor, sobretudo o "Sistema S", as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Não mais, pois, as entidades da Administração Indireta (como queria o legislador à época da redação do Código Penal).

Não há dúvida de que o STF optou por atualizar o sentido do termo "paraestatal" *no âmbito penal*, visto que, até então, ele era entendido preponderantemente como sinônimo de "administração indireta" (sociedades de economia mista, empresas públicas etc.), não de "terceiro setor"[10]. Ainda que tenhamos muitas críticas a tal entendimento do STF, não iremos criticá-lo neste trabalho. Vamos simplesmente tomá-lo como uma premissa dada. Ou seja, vamos aceitar que uma organização social seria, sim, uma espécie de entidade *paraestatal*[11].

"reconstruir": o intérprete parte dos textos para extrair a norma, mas os próprios textos impõem limites ao intérprete, porque as palavras já possuem sentidos mínimos e máximos antes da interpretação. Não é possível, pois, validamente argumentar que "todos os recursos" é o mesmo que "apenas alguns recursos" (ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 51 ss).

10 Ilustrativamente, ver RE 35242, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, public. no DJ em 29/05/1958; HC 44729, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, 2ª Turma, public. no DJ 20/12/1967 e CJ 3498, Rel. Min. Adaucto Cardoso, 2ª Turma, public. no DJ 13/09/1968. Tal compreensão perdurou por um tempo no STF, mesmo no contexto da nova ordem constitucional, conforme se observa no RE 159228, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, public. no DJ 27/10/1994

11 Esta é, inclusive, a compreensão preponderante na doutrina administrativa. Ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009,

O que nos interessa ressaltar são os problemas que *permanecem* intactos apesar da aceitação de tal premissa, ou seja, as dúvidas quanto à qualificação realizada pelos tribunais, por exemplo, no caso "Candango" e nos que certamente lhe seguirão. A questão é que ainda que tal entidade do terceiro setor seja uma "paraestatal", disso não decorre automaticamente a qualificação de seus dirigentes como funcionários públicos para efeitos penais. Mais: ainda que uma organização social receba verbas de origem pública pela realização de atividade de interesse social e coletivo (saúde, assistência social etc.), disso também não decorre automaticamente a qualificação de seus dirigentes como funcionários públicos para efeitos penais. Em outras palavras, não é o fato de gerir uma organização social, nem o de receber verbas de origem pública que torna alguém funcionário público no âmbito penal. Tais elementos até podem ser necessários, mas seguramente não são suficientes. Precisam, pois, ser reforçados por ulteriores *critérios materiais*. O caso "Regina Pacis", proveniente da experiência italiana, serve bem para ilustrar o argumento[12]. Passemos à sua análise.

II. O caso "REGINA PACIS" (Itália): cassazione penale, seção VI, 8/10/2013, N. 41579.

A situação submetida a juízo neste caso teve como pano de fundo o fenômeno da imigração ilegal no sul da Itália. Diante do crescente número de embarcações que ali atracavam, eram necessários infindáveis centros de "*prima accoglienza*" (CPA). Tais CPAs tinham caráter preponderantemente assistencial, de alojamento e higiênico-sanitário pelo tempo estritamente necessário à identificação ou à expulsão do

p. 1058 ss. e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 227 ss. Já Justen Filho reserva o termo "paraestatal" apenas ao "Sistema S" (SESI, SENAI etc.), tratando as demais figuras exclusivamente com a expressão "terceiro setor" (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 207 ss e 213 ss).

12 O caso é examinado por MANES, Vittorio. Servizi Pubblici e Diritto Penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010, p. 143 ss.

estrangeiro.

O problema examinado ocorreu no CPA "*Regina Pacis*", sediado na cidade de Lecce (Puglia), o qual adotava forma jurídica de ONLUS (*organizzazione non lucrativa di utilità sociale*) com base em convenção estipulada com o Poder Público. Dada a incapacidade da Prefeitura diante da demanda de acolhimento, ela passou a atuar em colaboração com tal ONLUS, mediante convênio público. Em tal instrumento, o gestor ou dirigente do CPA se obrigava a fornecer hospitalidade aos imigrantes internos no centro, bem como outros serviços pontuais – lavanderia, higiene etc. –, obtendo como contraprestação um valor diário *per capita* pré-determinado. O caso jogou luz no problema da qualificação jurídico penal atribuível ao responsável pelo centro, especialmente pela "gestão" do valor recebido da Prefeitura, ou seja, de uma verba de origem pública. Em razão de inúmeras "retiradas" de valores da conta corrente do CPA, que foram utilizados para as mais diversas atividades – mas não para aquelas previstas no convênio –, o dirigente do CPA acabou denunciado por peculato.

Os Tribunais italianos, todavia, não deram razão à acusação[13]. Simplesmente não reconheceram a qualificação do acusado como funcionário público para efeitos penais, nem aceitaram o enquadramento da sua conduta no delito de peculato. Dito de outro modo, mesmo diante de uma entidade típica do "terceiro setor" e de uma verba "com origem pública", entendeu-se que o acusado não poderia ser sujeito ativo de crimes contra a Administração Pública praticados por funcionários públicos. E por quê? Pelo recurso a critérios materiais.

13 A decisão do Tribunal de Lecce (Sez. Penale I), de 13 de março de 2006, não está disponível na íntegra em seu sítio. Contudo, Manes transcreve longos trechos em sua obra (MANES, Vittorio. Servizi Pubblici e Diritto Penale, op. cit., p. 145 ss, especialmente notas de rodapé 56 a 61). A decisão definitiva foi proferida pela Cassazione Penale, Sez. VI, 8 ottobre 2013 (ud. 5 giugno 2013), n. 41579, que, além de considerar o valor integrante do patrimônio do próprio centro, anulou a sentença sem reenvio por insubsistência do fato. Para um comentário à decisão, conferir <http://www.giurisprudenzapenale.com/2013/10/12/peculato-nel-caso-indebita-gestione-parte-dellappaltatore-somme-pubbliche-cass-pen-415792013>.

III. Um esboço de possíveis critérios materiais para a interpretação do Art. 327, §1º, primeira parte, do CP

Que fique desde logo claro: o fato de um particular atuar e gerir, numa "paraestatal" receber uma verba de origem pública *não* o torna, automaticamente, funcionário público por equiparação. Uma suposta apropriação ou desvio da verba não é, necessariamente, peculato. Tais conclusões demandam a verificação da intensidade da *projeção publicística* sobre a soma transferida, isto é, da incidência de regras de *direito público* sobre a sua utilização[14] [15]. Nesse sentido, o deslocamento patrimonial da esfera pública para a privada poderá se dar por diferentes razões, como, por exemplo, a título de *fomento* ou a título de *contraprestação por serviços prestados* (pagamento). No primeiro caso, o valor disponibilizado está marcado com intenso vínculo de destinação ou finalidade. No segundo caso, o valor disponibilizado é de *livre utilização*, porque já ingressa no patrimônio do privado, perdendo seu liame com a administração pública.

Justamente por isso, a doutrina italiana costuma falar em "figuras sintomáticas" que identificam a projeção altamente publicística sobre a verba transferida ao particular. Tais figuras sintomáticas funcionam, pois, como "indicadores" e/ou "termômetros" de tal projeção. São elas: (i) cláusula contratual que vincule o uso do valor a uma finalidade que pode ser de subvenção, fomento ou financiamento (manutenção de uma "vontade administrativa" sobre o uso da verba), (ii) depósito e movimentação da verba em conta separada e exclusiva, (iii) obrigação de prestar contas, (iv) restituição do resíduo da gestão (devolução de valor eventualmente não utilizado), (v) obrigações de meio (não apenas controle de resultados na execução do contrato) etc.[16]. Presentes cumulativamente tais elementos,

14 MANES, Vittorio. Servizi Pubblici e Diritto Penale, op. cit., p. 145 ss.

15 Sobre a importância da incidência de regras de direito público sobre a função desempenhada para a qualificação do sujeito como funcionário público, ver SCALCON, Raquel. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (artigo 327, caput, do CP). In: Revista de Estudos Criminais, São Paulo, n. 72, 2019, p. 120 ss e RASSI, João Daniel. Administração Pública na acepção orgânica e o conceito penal de funcionário público – Contributo ao estudo do artigo 327 do Código Penal brasileiro. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Crimes contra a administração pública: aspectos polêmicos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 24.

16 MANES, Vittorio. Servizi Pubblici e Diritto Penale, op. cit., p. 145 ss.

pode-se afirmar com segurança que a verba não está à mercê da vontade do particular.

Daí por que a ausência de tais elementos ou a sua presença parcial colocam dúvidas sobre a intensidade da projeção pública sobre a verba, bem como sobre a potencial qualificação do particular que a recebeu como funcionário público para fins penais. Importante perceber que, dada a atual complexidade da administração pública, é bastante provável que as situações concretas não se apresentem "puras". Dito de outro modo, dificilmente se estará diante de relações entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor, nas quais não haverá *nenhum* dos elementos acima listados ou nas quais haverá *todos* os elementos acima listados. Logo, a conclusão em favor ou contra uma eventual qualidade de funcionário público dos dirigentes e/ou empregados de uma OSCIP, por exemplo, exigirá necessariamente um juízo *caso a caso*, com o exame cuidadoso das cláusulas do contrato, de modo a verificar se a projeção pública (com a consequente incidência de regras de direito público) sobre a verba é mais intensa do que a privada ou vice-versa. Trata-se, pois, de um problema cuja resolução depende de um juízo de *grau/intensidade* e não de *tudo/nada.*

Voltemos ao caso "Regina Pacis" a fim de testar os elementos acima referidos para verificar a intensidade da projeção pública[17]. Em primeiro lugar, não havia no convênio um vínculo de destinação da verba transferida. Elas ingressavam no patrimônio da entidade a título de pagamento de serviços já realizados pelo centro (ou seja, a título de contraprestação). Tratava-se de um simples valor diário pago por estrangeiro, espécie de presunção do que seria gasto pelo centro, sem qualquer dever de comprovar *como* e se ele realmente foi gasto. O único controle era entre o número de estrangeiros e o valor total transferido, a demonstrar uma clara relação sinalagmática (serviço e pagamento ou prestação e contraprestação). Finalmente, não havia qualquer obrigação de prestar contas ao final, nem de comprovar que o valor foi utilizado efetivamente para a manutenção dos estrangeiros e, menos ainda, de

17 Ver longos excertos da decisão do Tribunal de Lecce em que tais detalhes são explicados em MANES, Vittorio. Servizi Pubblici e Diritto Penale, op. cit., p. 145 ss, especialmente notas de rodapé 56 a 61.

devolver quantia eventualmente não utilizada. Por tudo isso, considerou-se que o gestor do centro "Regina Pacis" não poderia ser qualificado como funcionário público, bem como que sua conduta seguramente não era enquadrável no delito de peculato.

Quanto ao caso "Candango", os acórdãos do STF e do STJ não apresentavam informações suficientes para empregarmos, com segurança, os critérios materiais acima indicados. Todavia, chama a atenção o fato de que o argumento central de tais decisões, como já referido, residiu no enquadramento do Instituto Candango de Solidariedade (enquanto Organização Social) na expressão "entidade paraestatal" (CP, art. 327, §1º), ou seja, em um juízo predominantemente formal de subsunção, sem recurso significativo a outros critérios materiais[18].

IV. O PLS 236/2012 e a positivação da qualidade de funcionário público ao "responsável de organização da sociedade civil ou não-governamental, no manejo de recursos públicos" (Projeto de novo CP, Art. 292, §2º)

Ao que tudo indica, a atual controvérsia, no direito brasileiro, quanto à qualidade de funcionário público do "dirigente" de organização do terceiro setor que recebe verba pública pretende ser encerrada "de cima para baixo". Ou seja, não pelo recurso e desenvolvimento de parâmetros materiais que orientem o julgador, mas a partir da positivação "forçada" de tal entendimento na legislação penal. Estão, todavia, enganados aqueles que buscam minguar o debate dessa forma.

A nova redação do conceito penal de funcionário público proposta

18 O argumento sustentado neste artigo, no sentido de que não basta classificar uma entidade como "paraestatal" (CP, art. 327, §1º) para que seus gestores sejam consequentemente qualificados como funcionários públicos para efeitos penais, é reforçado pela própria jurisprudência do STJ. Em relevante precedente, tal Corte, embora tenha formalmente enquadrado uma das figura do Sistema "S" (especificamente o SENAC/PI) na expressão "entidade paraestatal", afastou a qualidade de funcionário públicos de seus dirigentes, sob estes argumentos: (i) a verba supostamente desviada, embora de origem pública, havia perdido o caráter público quando do ingresso nos cofres da entidade e (ii) o SENAC/PI não integra a administração pública direta ou indireta (STJ, RHC 90.847/PI, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, DJe 18/04/2018).

no PLS 236/2012[19] incorre no erro apontado no início deste artigo. Ela parte da premissa de que a condição de funcionário público decorre simplesmente do fato de o sujeito ser o "responsável" por uma entidade do terceiro setor que maneja verba de origem pública pela realização de atividade de interesse público. Todavia, como demonstrado no caso "Regina Pacis", essa qualificação somente se justificará *quando* e *se* houver uma intensa projeção pública sobre a verba transferida (manutenção de uma "vontade administrativa" no seu emprego), cujo deslocamento não pode estar amparado na ideia de contraprestação por um serviço realizado (pagamento).

Ademais, a nova redação também fracassa na definição do círculo de possíveis integrantes da entidade do terceiro setor que seriam qualificáveis como funcionários públicos. Isso porque o termo eleito pelo Projeto ("o responsável") foi empregado de maneira vaga, estando destituído de qualquer adjetivação (o responsável "legal", por exemplo). Mesmo que a palavra fosse, por exemplo, substituída por outro termo – como "dirigente" – o problema permaneceria, pois também esta expressão não está definida no ordenamento jurídico brasileiro[20]. De qualquer modo, parece possível presumir que houve uma intencional *exclusão* dos empregados de tais entidades ou, ao menos, daqueles que não têm um poder total ou parcial sobre a sua organização.

Por fim, a nova redação não resolve o problema tratado neste artigo: a evidente incapacidade de o atual conceito penal de funcionário

19 Eis a proposta de nova redação pelo PLS 236/2012: "Art. 292. Considera-se servidor público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo. §1º Equipara-se a servidor público quem exerce cargo, emprego ou função em autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada, conveniada ou por qualquer outro meio responsável pela execução de atividade típica da administração pública ou dos poderes legislativo e judiciário. §2º Equipara-se também a servidor público o responsável de organização da sociedade civil ou não-governamental, no manejo de recursos públicos. §3º O conceito de servidor público aplica-se tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo dos crimes". Para um panorama das alterações propostas pelo PLS 236/2012 relativamente aos crimes contra a administração pública, ver SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes contra a administração pública. São Paulo: RT, 2018, p. 252 ss.

20 Ver, no ponto, ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 35-36.

público orientar as condutas dos cidadãos, isto é, antecipar, com suficiente previsibilidade, aos sujeitos envolvidos a intensidade de sua potencial responsabilização penal. Por essa razão, uma preocupação com a efetiva ciência dos englobados pelo conceito penal de funcionário público – especialmente em casos nebulosos de equiparação – é tarefa de essencial e de urgente cumprimento pela doutrina e pela jurisprudência.

Conclusões

Ante o exposto, parece-nos que:

1) Um particular não se torna funcionário público para efeitos penais porque gere, atua ou trabalhar em uma entidade do terceiro setor, isto é, em uma "paraestatal" (CP, art. 327, §1º);

2) Um particular que gere, atua ou trabalha em uma entidade do terceiro setor ("paraestatal") não se torna funcionário público para efeitos penais porque ela recebeu verba de origem pública;

3) Tal qualidade será tanto mais provável e argumentativamente mais sustentável quanto maior for a *projeção pública* sobre a verba transferida, o que se verificará a partir de sintomas (indícios), como, por exemplo:

a) O deslocamento patrimonial não justificado em contraprestação por serviços realizados (pagamento);

b) O intenso vínculo de destinação da verba recebida;

c) O dever de prestar contas;

d) O dever de restituição do resíduo do contrato (devolução dos valores não gastos);

e) Obrigações de "meio", não apenas de controle de resultados;

f) A elevada presença de princípios públicos no convênio/contrato (por exemplo, exigência de licitação para certos serviços/compras).

4) A verificação de tais elementos, ainda que positiva, não conduz ao reconhecimento automático da qualidade de funcionário público àqueles que integram a entidade, o que também dependerá do poder que detêm sobre a sua organização e sobre a gestão da verba;

5) A apropriação ou desvio de verba de origem pública pelo dirigente da entidade do terceiro setor ("paraestatal") só excepcionalmente poderá configurar o delito de peculato, devendo-se, para tanto, percorrer *no mínimo* todo o raciocínio acima proposto.

O crime de resistência no "pacote anticrime"

GUSTAVO QUANDT

1. Introdução

O Ministro da Justiça Sérgio Moro apresentou em 4/2/2019 um "pacote anticrime" consistente em anteprojeto de lei voltado a alterar profusamente a legislação penal e processual penal para melhor combater a criminalidade que assola o país[1]. No dia 19 do mesmo mês, o "pacote" converteu-se nos projetos de lei 881/2019, 882/2019 e PLP 38/2019[2], propostos pelo Presidente da República Jair Bolsonaro.

O "pacote anticrime" provocou intensa reação na comunidade jurídica. Particularmente comentadas foram as alterações propostas para a disciplina da legítima defesa[3]; outros temas, como o "plea bargain"[4], a execução provisória da pena, a progressão de regime e a criminalização do "caixa 2", tendem merecidamente a receber grande atenção. O presente texto se preocupa com um assunto que corre o risco de passar despercebido

1 Veja-se, entre várias outras, a notícia Governo apresenta "projeto anticrime", um pacote de reformas em 14 leis penais, que veicula o texto original de Moro. Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-fev-04/sergio-moro-anuncia-projeto-lei-anticrime-altera-14-leis, acesso em 1/4/2019.

2 Veja-se, entre várias outras, a notícia Bolsonaro assina pacote anticrime de Moro; textos devem chegar ao Congresso ainda nesta terça. Disponível em https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI296601,21048-Bolsonaro+assina+pacote+anticrime+de+Moro+textos+devem+chegar+ao, acesso em 1/4/2019. Os projetos e respectivas exposições de motivos estão disponíveis em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192352, https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353 e https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192354, acesso em 1/4/2019.

3 Entre vários outros, com ênfase nos aspectos dogmáticos, Greco, Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no 'Projeto de Lei Anticrime'. Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019, acesso em 1/4/2019.

4 V., entre outros, De-Lorenzi, Aspectos materiais do acordo para aplicação imediata de penas. Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/aspectos-materiais-do-acordo-para-aplicacao-imediata-de-penas-11032019, acesso em 1/4/2019.

(a exposição de motivos apenas o descreve em duas linhas)[5], mas que igualmente deveria ser objeto de preocupação: as alterações propostas para art. 329 do CP, contidas no PL 882/2019.

O crime de resistência, previsto no art. 329 do CP, tem como elementares a violência ou a ameaça. A fim de evitar quaisquer controvérsias relativas à derrogação, em razão dos princípios reitores do concurso aparente de normas[6], do crime de resistência pela infração diretamente correspondente ao emprego da violência (lesões corporais, homicídio etc.), ou vice-versa, a lei vigente determina que "as penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência" (§ 2º). Assim, se o agente, querendo evitar sua prisão legal, mata o policial, ele responde por homicídio e resistência, somando-se as penas[7].

O projeto do Ministro Moro, a par de incluir a previsão da pena de multa cumulativa, introduz uma nova forma qualificada do crime de resistência, assim descrita: "§ 2º. Se da resistência resulta morte ou risco de morte ao funcionário ou a terceiro: Pena - reclusão, de seis a trinta anos, e multa." O vigente § 2º é renumerado para § 3º e expressamente se restringe à forma simples do crime e àquela do § 1º (resistência qualificada pela frustração da prática do ato resistido).

Como se vê, o projeto pretende dar nova solução para o problema da convivência entre o crime de resistência e o crime contra a pessoa nele implicado nas hipóteses de "morte ou risco de morte". Vejamos as consequências desse tratamento.

---

5 "No âmbito do Código Penal, finalmente, no art. 329, que trata do crime de resistência, incluem-se três parágrafos que tornam a sanção mais grave em circunstâncias especiais" (p. 3 do texto disponível no endereço indicado na nota de rodapé 2 supra). Como pontuado a seguir no texto, apenas um parágrafo é inédito, pois os outros dois repetem a lei vigente.

6 Sobre o tema, por todos, Horta, Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no Direito Penal Brasileiro Contemporâneo, in: Pacelli/Cordeiro/Reis Júnior, Direito Penal e Processual Penal contemporâneos, São Paulo: Atlas, 2019, p. 49-72.

7 Rigorosamente falando, o dispositivo pode ser interpretado como simples advertência de que o concurso de leis, na matéria, é efetivo e não apenas aparente, isto é, que a resistência e o crime violento convivem sem repelência mútua. Nesse sentido, Busato, Direito Penal, v. 3, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 603. Contudo, a doutrina majoritária (como reconhece Busato, op. e loc. cit., com referências) deduz do § 2º do art. 329 que as penas devem ser cumuladas, tal como sucede no concurso material de crimes e no concurso formal impróprio.

2. Equiparação abstrata de dolo e culpa

O novo § 2º do art. 329 proposto instituiria no CP mais um crime agravado pelo resultado. Desde 1984, o CP expressamente prevê que, nesses crimes, os resultados agravadores só podem ser imputados se causados ao menos culposamente (art. 19). Contudo, essa cláusula não impede que, para algum crime específico, se exija o dolo em relação ao resultado agravador[8]; além disso, não esclarece, para cada infração, se é admissível o dolo ou se a culpa, mais do que limite mínimo, é também o limite máximo para a caracterização da forma agravada pelo resultado: no crime de lesões corporais seguidas de morte (art. 129, § 3º), por exemplo, a lei expressamente exige a ausência de dolo de homicídio. Assim, cabe à doutrina e jurisprudência determinar, para cada crime doloso agravado pelo resultado previsto em lei, se se trata de uma combinação dolo-culpa ("dolo no antecedente e culpa no consequente", ou "preterdolo"), dolo-dolo, ou se convivem na mesma incriminação as combinações dolo-culpa e dolo-dolo, como sucede em numerosas modalidades de lesões corporais graves, para cuja caracterização o resultado agravador tanto pode ser culposo como doloso[9]. Esses crimes para os quais o resultado agravador pode ser culposo ou doloso por vezes são chamados crimes agravados *imperfeitos*[10].

O problema da determinação do elemento subjetivo possível para o resultado agravador é resolvido entre nós pela comparação entre as penas da forma simples ou básica do crime, da forma qualificada e do crime (caso exista) que pune autonomamente o resultado agravador[11]. Mais precisamente, adotam-se (quase sempre de forma tácita) as seguintes premissas:

a) a norma que prevê o crime agravado pelo resultado derroga tanto

8 Como fez Cernicchiaro para o crime de latrocínio, sem conquistar maior adesão (apud Franco, Crimes hediondos, 4ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 271).

9 Por todos, Hungria, em: Hungria/Fragoso, Comentários ao Código Penal, v. V, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, art. 129, item 79, p. 329.

10 Luna, Os crimes qualificados pelo resultado, p. 285. In: Ciência Penal 3, São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 285-311.

11 Cf. Quandt, A consumação nos crimes agravados pelo resultado, in: Greco/Lobato (org.), Temas de Direito Penal, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 383, nota 16.

o crime na forma simples como a norma que incrimina autonomamente a produção daquele resultado. Assim, o crime de lesões corporais seguidas de morte derroga o homicídio culposo;

b) o crime agravado pelo resultado existe para tornar mais severa a punição, quando comparada àquela que resultaria da aplicação das penas da forma simples ou básica em conjunto com a do crime que pune avulsamente o resultado agravador. Novamente, vale o exemplo do crime de lesões mortais, que tem pena mínima muito superior à resultante do concurso dos crimes de lesões corporais simples e homicídio culposo.

Combinando esses pressupostos, a doutrina vem entendendo que a maior parte dos delitos agravados pela morte da vítima cuja pena máxima é igual a 30 anos derroga o homicídio qualificado: assim ocorre com latrocínio, a extorsão e a extorsão mediante sequestro qualificadas pela morte (§ 3º dos arts. 157, 158 e 159, respectivamente)[12]. Dessa maneira, as formas qualificadas pela morte dos crimes citados se aplicam tanto se ela for dolosa, como se houver simples culpa ("preterdolo").

Nesse contexto, é seguro que o dispositivo proposto, caso convertido em lei, será aplicado tanto em casos de resultado agravador culposamente provocado, como naqueles em que o agente agir dolosamente em relação a ele, pois a pena máxima é grande o bastante para permitir a derrogação do homicídio (doloso) qualificado, e a exclusão da combinação dolo-

12 O estupro constitui um caso à parte: enquanto a pena da forma qualificada pela morte era de até 20 anos (art. 223, parágrafo único, na redação original) ou de até 25 anos (art. 223, parágrafo único, após a Lei dos Crimes Hediondos), a doutrina dominante entendia que essa forma qualificada pressupunha a ausência de dolo de homicídio, o qual, se estivesse presente, implicaria a punição por homicídio qualificado. V., por todos, Hungria, em Hungria/Lacerda/Fragoso, Comentários ao Código Penal, v. VIII, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, art. 223, item 68, p. 223. As opiniões divergentes, contrárias à álgebra de penas descrita no texto, no fundo se deviam ao repúdio da premissa "b" exposta no texto: v., p. ex., Nucci, Código Penal comentado, 9ª ed., São Paulo: RT, 2009, art. 223, nota 3, p. 895. Com a reforma dos crimes sexuais pela Lei 12.015/09, o estupro qualificado pela morte teve sua a pena máxima aumentada para 30 anos; contudo, como a pena mínima foi fixada em "apenas" 12 anos, boa parte da doutrina seguiu rejeitando a possibilidade de derrogação do homicídio qualificado pelo estupro agravado pela morte, para evitar o favorecimento indevido do agente. V., p. ex., R. Greco, Curso de Direito Penal, v. 3, 14 ed., Niterói: Impetus, 2017, p. 19. Como se vê, a possibilidade de evitarem-se incongruências pela aplicação in concreto de penas mais severas se constatado o dolo em relação ao resultado agravador, como sempre deveria ocorrer nos crimes agravados imperfeitos, não é levada em conta. Aceitando o dolo de homicídio no âmbito do estupro qualificado, Bitencourt, Tratado de Direito Penal, v. 4, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 59.

culpa (isto é, a exigência de que o resultado agravador seja doloso, e não apenas culposo) jamais se impôs na prática – nem mesmo para crimes agravados com pena mínima altíssima, como os indicados no parágrafo anterior[13]. Ter-se-á, portanto, um crime agravado imperfeito, nos termos do texto prévio à nota de rodapé 156 supra.

Essa acomodação de duas realidades distintas no mesmo dispositivo cria uma série de problemas[14]. Em primeiro lugar, permite que um comportamento parcialmente culposo ("preterdoloso") seja punido com penas que vão até 30 anos. De fato, embora a doutrina geralmente recomende, em situações assim, que as penas mais graves se reservem aos casos em que o agente atuou dolosamente em relação ao resultado agravador (isto é, à combinação dolo-dolo)[15], não existe uma barreira segura contra a aplicação das penas mais graves em relação à combinação dolo-culpa. Além disso, o legislador tende a fixar as penas mínimas dos crimes agravados imperfeitos com vistas à combinação dolo-dolo, o que importa em punição excessiva da combinação dolo-culpa: pela proposta analisada, se o agente, resistindo a uma ordem legal, empurrar o policial sem dolo de lesão (isto é, praticando simples vias de fato) e este bater a cabeça e morrer, ter-se-á um crime com pena mínima de 6 anos – a mesma do homicídio simples. Por isso, o ideal é evitar tanto quanto possível os crimes agravados imperfeitos e separar as combinações dolo-culpa e dolo-dolo, como faz o Código Penal Militar a propósito das lesões corporais (art. 209, §§ 1º a 3º) e do latrocínio (art. 242, § 2º, VI, e § 3º)[16].

Na realidade, o próprio art. 19 do CP jamais conseguiu impor-se na prática, e apenas ocasionalmente se identifica sua aplicação[17]. Se,

13 V., sobre isso, a referência na nota 8 e nosso A consumação…, cit., p. 392, nota 40.

14 Crítico desses crimes agravados imperfeitos, Hirsch, La problemática de los delitos cualificados por el resultado, in: Hirsch, Derecho Penal: obras completas, t. II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 306.

15 Fragoso, Lições de Direito Penal: Parte Especial (I), 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, item 319, p. 298; Luna, op. cit., p. 286; Bitencourt, Tratado de Direito Penal, v. 2, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 220.

16 Críticos da equiparação do dolo e da culpa nas lesões corporais graves, Fragoso, op. cit., item 105, p. 132; Prado, Tratado de Direito Penal brasileiro, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, v. II, p. 170, nota 27.

17 Aplicou-o, por exemplo, o acórdão que criticamos (por outros motivos!) em Lesões mortais,

ainda por cima, for indiferente à modalidade agravada pelo resultado se houve dolo ou culpa em relação ao resultado agravador, a tendência é que não se faça análise alguma do elemento subjetivo em relação a ele, e é exatamente isso que se constata na prática forense. Com isso, não apenas a combinação dolo-culpa pode (em tese) sofrer uma pena excessivamente alta, como há uma equiparação abstrata de duas realidades diversas, que os tribunais poderiam distinguir na dosimetria da pena – mas não o fazem.

3. Pluralidade de resultados agravadores

Esses crimes agravados pela morte da vítima também causam perplexidade quando ocorre mais de um óbito. Em relação ao estupro, por exemplo, essa possibilidade não tem maior importância prática, mas o mesmo não se pode dizer do roubo – novamente, o CPM contém solução expressa (art. 242, § 3º), o que não se vê no CP comum a propósito do latrocínio e nem na proposta de Moro concernente à resistência. Neste crime, não é difícil que mais de um funcionário seja afetado pela violência do agente, e a derrogação do homicídio qualificado pode implicar punição insuficiente se o criminoso massacra toda uma guarnição que se propõe a prendê-lo.[18]

4. Deslocamento da competência

Por fim, ainda quanto à agravação pela morte, deve-se observar uma consequência inquietante que, muito possivelmente, foi o *real motivo* da proposta de modificação feita pelo Ministro da Justiça: caso a mudança seja aprovada, é quase certo que não apenas a nova modalidade agravada derrogue o crime de homicídio doloso, como ainda irá fixar a competência do juiz singular para o julgamento da infração. Com isso,

causalidade, previsibilidade e imputação objetiva. Algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758. In: RBCCrim 106, jan.-fev. 2014, p. 297-326. A favor da solução do STJ, Greco, Um panorama da teoria da imputação objetiva, 4ª ed., São Paulo: RT, 2014, p. 131

18 Sobre esse problema a propósito do roubo, v. Fragoso, op. cit., item 321, p. 300; Bitencourt, Tratado de Direito Penal, v. 3, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 136; Busato, Direito Penal, v. 2, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 481.

repetir-se-á a sabotagem da competência do júri, consagrada a propósito do latrocínio pela jurisprudência do STF (verbete 603 da súmula não vinculante), denunciada de longa data[19]. Assim, se hoje o crime de homicídio durante uma tentativa de prisão ou é simplesmente ignorado pelo Ministério Público (como sói ocorrer com os homicídios tentados em tais situações), ou é denunciado perante a vara do júri, a conversão do projeto em lei permitirá – a se manter a orientação firmada a propósito do roubo – o processamento e julgamento perante juiz singular.

Com isso, repete-se a pergunta que fizemos há alguns anos sobre os limites do legislador para criar infrações qualificadas pela morte dolosamente provocada, tendentes a usurpar a competência do júri[20]. Se o crime de latrocínio teve peso e tradição para derrogar, por uma interpretação discutível dela, a norma constitucional que manda submeterem-se a julgamento pelo júri os crimes dolosos contra a vida, é evidente que com o singelo crime de resistência as coisas simplesmente vão longe demais. De todo modo, não deixa de ser revelador que esse aparente esforço para retirar crimes da competência do júri seja envidado pela mesma pessoa que defende a prisão imediata após veredicto condenatório, em nome… da soberania do júri![21]

5. Agravação pelo risco de morte

As considerações precedentes concentraram-se na resistência qualificada pela morte, e a preocupação a elas subjacente apenas aumenta quando se considera a qualificação pelo simples risco de morte, previsto sob as mesmas penas no projetado § 2º do art. 329. A conduta imprudente

19 Referências em Quandt, A consumação…, cit., p. 405, notas 87 e 88.

20 Quandt, A consumação…, cit., p. 404. Posteriormente, nos debates sobre o PLS 236/12, voltado a instituir novo Código Penal, alguns servidores e membros do MPMG sugeriram o crime de "traficocídio", com a expressa indicação de que deveria ser julgado pelo juiz singular (cf. anexo juntado em 29/8/2012, disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404). Como se vê, esse caminho para a burla da competência do júri caiu em *domínio público*.

21 Cf. as disposições do PL 882 relativas ao direito de recorrer em liberdade, e a p. 7 da respectiva exposição de motivos. Crítico a esse argumento, Pinto, Decisões do Júri e prisão imediata do réu. Disponível em https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260334,41046-Decisoes+do+Juri+e+prisao+imediata+do+reu.

da qual, por sorte ou acaso, não decorre o resultado lesivo (situação em que alguns autores identificavam uma "tentativa de crime culposo"), é arriscada por definição: o agente que, para fugir da polícia, passa a dirigir perigosamente, já comete a resistência qualificada pelo risco de morte proposta no projeto. A se admitir que o risco dessa modalidade agravada seja punível por simples culpa, a desproporção entre fato e pena é escandalosa: não apenas se equiparam (segundo a interpretação que julgamos mais provável) o dolo e a culpa, como também o perigo e o dano.

6. Conclusões

A proposta de alteração do art. 329 do CP feita pelo Presidente da República, por recomendação do seu Ministro da Justiça, é inaceitável. Ela se vale abusivamente de expedientes (agravação pelo resultado, equiparação de dolo e culpa, equiparação de risco e dano) que, aceitáveis quiçá em contextos muito limitados, certamente não se justificam em relação ao modesto crime de resistência. Quando se observa a possível consequência da subtração da apreciação do tribunal do júri dos fatos abrangidos pelo texto proposto, conclui-se com tranquilidade que a inovação apenas se insere no contexto de um escuso e inadmissível Direito Penal policial, que exclui os "assuntos de polícia" da apreciação da sociedade civil e transforma a segurança pública e seus agentes no objeto primordial de proteção do Direito Penal.

Bitcoin e lavagem de dinheiro: uma aproximação

HELOISA ESTELLITA

I. Introdução

No dia 6 de setembro de 2019, na Escola de Direito de São Paulo da FGV, reunimos um grupo de juristas[1] para discutir o possível papel disruptivo das moedas e dos meios de pagamento eletrônicos para a justiça criminal. O evento realizado insere-se em um contexto no qual se vê o crescimento significativo da relação entre as criptomoedas e a prática de crimes. Para ficar com alguns exemplos, em abril, a Polícia do Rio Grande do Sul descobriu suspeitos que *mineravam*[2] Bitcoins (adiante apenas BTCs) para pagar pela aquisição de drogas[3]. No caso dos dados vazados ao The Intercept, apurados na Operação Spoofing, investiga-se se os hackers teriam recebido pagamentos em BTCs pela invasão dos sistemas de terceiros[4]. Há também casos de pirâmides financeiras, como o descoberto na Operação Egypto, cujos aportes foram realizados pelas vítimas em BTCs[5]. Finalmente, em uma recente execução de busca e apreensão na residência de um conhecido empresário brasileiro, foram descobertas anotações à mão contendo o *login* e a senha para uma conta em uma *exchange* de criptomoedas[6].

Nesse contexto, o tema da lavagem de capitais com o uso de

1 Profa. Dra. Sabine Gless, da Universidade de Basel; Prof. Dr. Alexandre Pacheco, da FGV; Fábio Lacerda Carneiro, do BACEN; Rosine Kadamani, da Blockchain Academy; e a autora deste texto (https://direitosp.fgv.br/evento/bitcoin-libra-co-disruptive-money-criminal-justice).

2 Sobre este conceito, v. nota 8 adiante.

3 https://canaltech.com.br/criptomoedas/policia-encontra-laboratorio-de-bitcoins-usado-para-lavagem-de-dinheiro-no-rs-137833/ (acesso em 23/09/2019). Sobre o conceito de mineração cf. abaixo II.

4 https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-vai-apurar-se-acao-de-hackers-foi-paga-com-bitcoin/ (acesso em 23/09/2019).

5 https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/operacao-egypto-da-pf-ataca-piramide-de-rs-700-mi-de-criptomoeda/ (acesso em 23/09/2019).

6 https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/procuradoria-investiga-operacoes-de-eike-batista-com-bitcoins-em-nome-da-mulher.shtml (acesso em 23/09/2019).

criptomoedas desperta muita curiosidade e igual perplexidade, essa última decorrente, em parte, do desconhecimento sobre o funcionamento das criptomoedas, notadamente quanto às características mais relevantes para o tema da lavagem.

Para nos aproximarmos do tema, seguirei o seguinte caminho: inicio apresentando alguns conceitos fundamentais sobre as BTCs e seu funcionamento (II), para, a seguir, destacar as características que têm mais peso para o tema da lavagem de capitais (III). Discuto, então, se BTCs podem ser objeto das condutas de lavagem de dinheiro (IV), como poderiam ser utilizadas nas três fases clássicas de prática desse crime (V), e examino, em duas etapas, o papel das *exchanges* na transação com BTCs (VI e VII), com o que posso tecer algumas conclusões (VIII).

II. Alguns conceitos fundamentais

As criptomoedas são meios de troca, centralizados ou descentralizados, e que empregam tecnologia de *blockchain* e criptografia para assegurar a validade das transações e a criação de novas unidades de moeda. Dentre essas criptomoedas, vamos nos limitar aqui às BTCs, por serem as mais conhecidas e usadas no momento, e apresentar, de forma rápida, conceitos fundamentais para compreensão de seu funcionamento sob a ótica de quem quer compreender seu possível papel na lavagem de dinheiro, ou seja, a descentralização, as transações P2P, o par de chaves, os endereços públicos e o *blockchain.*

A BTC é uma criptomoeda descentralizada, um dinheiro eletrônico para transações diretas ponto-a-ponto (peer-to-peer, ou P2P), realizadas sem intermediários, e que são gravadas em um banco de dados distribuído e público denominado *blockchain*. Essa rede descentralizada, sem autoridade administradora central, garante a ausência de ingerência de autoridades financeiras ou governamentais quanto à emissão (*mineração*[7]) e valoração das BTCs. As transações são transmitidas para

7 "Mineração" de BTCs é a atividade de rodar um software especial que soluciona algoritmos complexos sobre as transações pendentes de confirmação. Os mineradores, portanto, confirmam as novas transações e as gravam no blockchain. Essa atividade, essencial para o funcionamento e a segurança do sistema, é remunerada com a criação de novas BTCs (coinbase) e de honorários (fees) pagos pelos usuários aos mineradores. Mais detalhes em ANTONOPOULOS. Mastering

a rede descentralizada de computadores por meio de um software e são confirmadas pelos mineradores e, então, inscritas neste grande livro-razão (movimentação analítica das transações), transparente e aberto ao público, chamado *blockchain*. Uma vez comunicadas para a rede, as transações são irreversíveis[8]. Assim, sempre que alguém quiser conhecer o histórico de todas as transações e a propriedade criptográfica de todas as BTCs, desde a primeira transação, basta consultar o *blockchain*.

Tem disponibilidade sobre as BTCs quem possuir a chave privada que lhe permite gastar as BTCs associadas a um endereço específico. Esse endereço específico é produto de uma dupla operação normalmente feita pelas *wallets* (aplicativos a isso destinados): com a chave privada se gera uma chave pública que, então, gera o endereço. Enquanto a chave privada é aleatória, tanto a chave pública, quanto os endereços são gerados aplicando-se à chave privada uma função *hash*[9]: chave privada > chave pública > endereço. Essa função *hash* é unidirecional, ou seja, ela facilmente gera uma chave pública e dela um endereço, mas é praticamente impossível percorrer o caminho de volta: em outras palavras, é praticamente impossível derivar uma chave pública de um endereço, e uma chave privada de uma chave pública. Isso quer dizer que a exposição do endereço, que é fornecido aos demais usuários do sistema para que a ele remetam BTCs e que funciona como os dados de uma conta bancária (agência e número da conta), nunca expõe o detentor da chave privada. Assim, todos podem remeter BTCs para esse endereço, mas somente o detentor da chave privada (tal qual a senha de acesso a uma conta bancária no sistema de *internet banking*) pode gastá-los. Em suma, com uma chave privada e uma chave pública, é possível transacionar com BTCs, o que se designa por "par de chaves". Já a emissão de novas BTCs é como que um

Bitcoin: Unlocking digital cryptocurrencies. 2ed., Sebastopol: O'Reilly Media, 2017, p. 229 ss. Para se ter uma ideia, a confirmação de uma transação consome em energia o equivalente ao que consome um morador dos USA em 20,64 dias, conforme informa o Digiconomist (https://digiconomist.net/bitcoin-energy-consumption; acesso em 23/09/2019), isso sem falar nos gastos com equipamento computacional.

8 Extrai esses conceitos de ANTONOPOULOS, Mastering Bitcoin, passim.

9 Sobre esses conceitos, cf. o texto de Rafaela Romano em https://medium.com/@rafaelaromano/chaves-endere%C3%A7os-e-carteiras-no-bitcoin-diferen%C3%A7a-entre-chave-p%C3%BAblica-e-endere%C3%A7o-3d4ffa8138d2 (acesso em 23/09/2019).

prêmio para os mineradores, ou seja, pessoas ou grupo de pessoas (*pools* de mineração[10]) que disponibilizam seus computadores para trabalharem na confirmação (inscrição) das transações no blockchain.

III. Quais características da BTC favorecem a lavagem de capitais?

As principais características da BTC que favorecem seu uso para a lavagem de capitais são a descentralização; a "pseudoanonimidade" e a globalidade[11].

Como visto, a BTC é uma moeda virtual descentralizada, ou seja, ela é criada e transacionada sem a necessidade de intermediários. As transações podem ser feitas diretamente entre adquirente e vendedor no que se denomina P2P, são então verificadas por todos os usuários (*nodes*) e inscritas em um banco de dados público, o *blockchain*. Sob o olhar do crime de lavagem de dinheiro, a inexistência de uma autoridade central a quem apelar em caso de investigação ou suspeita de atividade criminosa é um fator a ser considerado. Não há nem um banco individual, nem mesmo um banco central encarregado de realizar ou monitorar as transações, como há para as *fiat currencies* (as moedas de curso legal, como o real, o dólar etc.). A única instância à qual se pode recorrer em caso de investigação será a uma *exchange* que atua como um intermediário entre os que compram e vendem BTCs[12], mas desde que os usuários tenham feito uso dela. Voltarei às *exchanges*[13] adiante.

Diz-se também que as BTCs gozam da característica da *pseudoanonimidade*. Ao contrário do que se pode pensar, as operações

10 Cf. nota 8 acima e, ainda, https://pt.wikipedia.org/wiki/Pool_de_minera%C3%A7%C3%A3o (acesso em 23/09/2019).

11 Cf. FATF. Guidance for a risk-based approach: virtual assets and virtual asset service providers. 2019. Disponível em: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html (acesso em 23/09/2019) Cf. também FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (org.). Blanqueo de capitales y TIC: marco jurídico nacional y europeo, modus operandi y criptomonedas - Ciberlaundry. informe de situación. Navarra: Thompson Reuters-Aranzadi, 2019, p. 81-82.

12 Mas também outras moedas eletrônicas.

13

com BTC não são um meio de pagamento anônimo, entretanto elas garantem um grau de privacidade que é relevante em termos de persecução penal da lavagem de capitais. Ao abrir uma "conta", a pessoa não tem de se identificar e basta o acesso à internet e a um cliente de BTC para gerar um par de chaves e um endereço e ter acesso a transações. Ademais, uma mesma pessoa pode ter diversos endereços, pois a capacidade de criação de endereços pela *wallet* a partir do par de chaves é ilimitado. Isso agrega maior privacidade às transações. Todavia, o fluxo de transações é todo registrado no *blockchain*[14], o que dá uma transparência relevante quanto a todo o histórico de transações com as BTCs[15]. Uma vinculação de identidade de usuário aos endereços de BTCs só pode ser feita por um terceiro (uma *exchange*, por exemplo) já que o código em si não contém ou comporta a inclusão dos dados pessoais do titular do endereço[16]. É isso que explica o uso do termo "pseudoanominidade" (em oposição a uma total anonimidade) e que os atuais esforços de regulação do setor, sob o ponto de vista da prevenção de lavagem, dirijam-se especialmente às *exchanges*, exigindo que tomem medidas de identificação dos usuários (*Know Your Customer*).

Por fim, a *globalidade* se caracteriza pelo fato de que as transações podem ser realizadas globalmente sem qualquer obstáculo. Para isso, de novo, é suficiente o acesso à internet e a um cliente de BTC. O mesmo vale para a troca de BTC por moedas de curso legal (fiat) que podem ser feitas por intermediários ou mesmo por pessoas privadas. Todas essas transações são realizadas sem instâncias de controle, supervisão ou monitoramento. Isso torna esse ambiente propício para aqueles que

14 Sobre esses conceitos, já traduzidos para a área de interesse dos juristas, cf. STELLA, Julio Cesar. Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 11, n. 2, p. 149–162, 2017. Disponível em: https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/26/A9 V.11 - N.2 (acesso em 23/09/2019). Uma abordagem completa em ANTONOPOULOS, Mastering Bitcoin, passim.

15 Sobre a possibilidade de rastrear as transações cf. FAUZI; MEIKLEJOHN; MERCER; et al. Quisquis: A New Design for Anonymous Cryptocurrencies. Disponível em: https://eprint.iacr.org/2018/9901 (acesso em 23/09/2019); e YOUSAF; KAPPOS; MAIKLEJOHN. Tracing Transactions Across Cryptocurrency Ledgers. 2018. Disponível em: http://arxiv.org/abs/1810.12786 (acesso em 23/09/2019).

16 GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche. Berlin: Duncker & Humblot, 2019, p. 99-100.

pretendem "lavar dinheiro"[17], mas também chama a atenção quando se trata de controle sobre o câmbio das moedas *fiat* (de curso legal), porque a transferência internacional de valores é feita de forma rápida e barata – uma grande vantagem das cripto quando comparadas ao sistema de transferência internacional bancário -, todavia sem qualquer controle por autoridades nacionais, o que nos remete à questão da evasão de divisas (art. 22 da Lei 7.492/86)[18].

IV. BTCs como objetos do crime de lavagem de dinheiro

O pressuposto típico central do crime de lavagem de dinheiro é a existência de um objeto sobre o qual recaem as condutas criminosas, objeto esse que tem sua origem na prática de uma infração penal. Entre nós, esse objeto pode ser um bem, um direito ou um valor (art. 1º, Lei 9.613/98). Embora não tenhamos lei que defina o que são moedas criptografadas[19], sugere-se que, no estágio atual de compreensão sobre seu uso e funcionamento, devam ser tratadas como "coisas incorpóreas, mais especificamente, com um domínio eletrônico com valor abstrato ao qual se atribui direito de propriedade"[20]. A Receita Federal, por sua vez, trata as moedas digitais como ativos, exigindo a declaração no IR dos ganhos de capitais com ela obtidos. Neste ano de 2019, esse mesmo órgão emitiu a IN-RFB 1888, de 03 de maio, na qual define os criptoativos

17 Ibid., p. 100.

18 O STJ já ventilou a possibilidade de que o crime de evasão de divisas seja praticado com criptomoedas: "Em relação ao crime de evasão, é possível, em tese, que a negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática desse ilícito, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país. No caso, os elementos dos autos, por ora, não indicam tal circunstância, sendo inviável concluir pela prática desse crime apenas com base em uma suposta inclusão de pessoa jurídica estrangeira no quadro societário da empresa investigada" (STJ, CC 161.123, DJe 05/12/2018).

19 Cf. STELLA, Moedas Virtuais no Brasil, p. 150.

20 Ibid., p. 161. Cf. também SALAMA, Bruno M. Criptomoedas são, afinal, moedas? Pensando no tema a partir da ideia de monetaridade, disponível em https://www.infomoney.com.br/blogs/economia-e-politica/bruno-meyerhof-salama/post/9298672/criptomoedas-sao-afinal-moedas-pensando-no-tema-a-partir-da-ideia-de-monetariedade (acesso em 23/09/2019), e GLESS; KLUGER; STAGNO. Was ist Geld? Und warum schützt man es? Zum strafrechtlichen Schutz von virtuellen Währungen am Beispiel von Bitcoins. Recht, v. 2, p. 1–16, 2015.

como "a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal" (art. 5º, I). Embora não seja esta a sede para tal discussão, o reconhecimento do valor economicamente relevante dos criptoativos já se impõe ao menos frente à Receita Federal, e, no caso da tecnologia envolvida no BTC, esses valores são individualizáveis e passíveis de domínio exclusivo por parte do detentor da chave privada. Com isso, parece não haver óbice a considerar as BTCs como valores para fins de que componham o objeto das condutas de lavagem de dinheiro definidas no art. 1º da Lei 9.613/98.

V. BTCs e as fases da lavagem de capitais

Dito isto, cumpre saber como é que as BTCs podem desempenhar algum papel nas tradicionais fases da lavagem de capitais: colocação, dissimulação e integração.

Na fase da *colocação*, pode-se pensar na inserção de valores patrimoniais no sistema de BTC a partir da obtenção de BTCs com valores provenientes da prática de infração penal anterior. Isso pode ser feito por meio da aquisição em *exchanges*; em caixas automáticos de compra de BTCs com valores em espécie; em plataformas que conectam usuários para transações diretas; por meio da venda direta de bens obtidos com a prática de crimes e recebimento do pagamento diretamente em BTC; pela aquisição direta de BTCs com o produto de crime, quando, por exemplo, a venda de drogas é remunerada em BTCs; ou pela transferência de BTCs de um para um outro endereço[21]. O caráter criminoso dessas modalidades de *colocação* dependerá da forma utilizada pelo agente, apenas se ajustando ao art. 1º, caput, primeira figura, da Lei 9.613/98, quando implicarem em ocultação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos valores.

Na fase de *dissimulação*, contemplada no art. 1º, *caput,* segunda

21 GRZYWOTZ, Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche, p. 101-103.

figura, do mesmo diploma legal, pode-se diferenciar entre técnicas simples e complexas. As simples relacionam-se à possibilidade de que uma mesma pessoa possa gerar infinitas chaves públicas, mudando o endereço das BTCs sem que o usuário perca o controle sobre elas. Também se pode usar os endereços BTCs de terceiros ou mesmo de agentes financeiros. Em qualquer desses casos, porém, o caminho e o rastro das transações serão facilmente identificáveis dada a transparência do *blockchain*. O que não é passível de conhecimento, como dito, é a identidade dos usuários. É essa combinação entre alta rastreabilidade e não identificação do titular do endereço que permite falar em "pseudoanomimidade" e não em uma anonimidade total.

As formas mais complexas e sofisticadas de dissimulação ou transformação envolvem os chamados *mixing-services* (serviços de mistura ou mescla), cuja função é justamente apagar o rastro das BTCs dentro do *blockchain*, ou seja, romper com a transparência inerente ao sistema. O *mixing* pode ser feito por meio de serviços de carteiras (*web-wallets*), nos quais o controle sobre a chave privada não fica com o usuário, mas com o prestador de serviço, como se fosse um banco que gere os valores depositados pelos clientes. Nesses casos, os clientes têm contra o provedor de serviços apenas e tão somente uma pretensão de pagamento das cédulas depositadas e não, diretamente, direito a esta ou àquela cédula. As BTCs custodiadas por esses provedores não necessariamente serão as mesmas que serão usadas para pagar o usuário. Por isso, as *web-wallets* podem ser empregadas para fazer o *mixing*. A diferença no caso do uso de *web-wallets* é que há uma espécie de autoridade central (o provedor do serviço) que tem acesso a todas as informações quanto às transações e que poderá, se o desejar ou se for a isso obrigado, implementar medidas de identificação de cada usuário (KYC), o que diminuirá o grau de anonimidade, permitindo, ainda, a implementação de medidas de supervisão antilavagem[22]. Entre nós, como visto, a IN-RFB 1888/19 passou a exigir a identificação dos usuários de *exchanges* de criptoativos, muito embora a regulação tenha fins tributários e não de prevenção à lavagem.

Há, ainda, serviços de *mixing* especializados, cuja função é

22 Ibid., p. 104-105.

justamente criar uma camada a mais de encobrimento entre o remetente e o receptor de BTCs. Cada usuário remete uma quantidade de moedas virtuais para o *mixer* e designa um ou mais endereços (geralmente novos) nos quais quer receber a mesma quantia, descontado o preço cobrado pelo serviço de mescla. As moedas, para falar de modo metafórico, são jogadas em uma "piscina" com as moedas de outros usuários, misturadas e, então, remetidas para os endereços designados pelo usuário. A remessa pode, ainda, ser fracionada em diversas pequenas transações[23], podendo-se usar diversos provedores de mixing em operações sucessivas[24]. Pesquisas mostram que esses serviços têm o potencial de tornar impossível o rastreamento das moedas, além de implicarem riscos aos próprios usuários, como o de furto ou mesmo de desvio ou perda dos valores pelo encerramento ou bloqueio do serviço[25] [26].

Finalmente, a *integração* pode ser feita pela troca de BTCs por moedas *fiat* por meio de *exchanges* de criptoativos e posterior utilização no mercado econômico ou financeiro ou até mesmo pela aquisição direta de bens e produtos com as moedas virtuais, conduta que pode se ajustar ao disposto no art. 1º, §2º, I, da Lei 9.613/98. Em países com controle sobre as *exchanges*, isso pode levar à descoberta dos envolvidos na transação. Não obstante, como uma das características da BTC é justamente a globalidade, pode-se facilmente optar pela execução dessa transação em países com medidas de controle antilavagem menos rigorosas[27].

23 Video explicativo do BestMixer aqui: https://www.youtube.com/watch?v=UxCezLbVT-w. Este serviço foi fechado pela Interpol em maio de 2019: https://www.coindesk.com/eu-authorities-crack-down-on-bitcoin-transaction-mixer. Acessos em 23/09/2019.

24 Recomendo a leitura de WEGBERG; OERLEMANS; DEVENTER. Bitcoin money laundering: mixed results? An explorative study on money laundering of cybercrime proceeds using bitcoin. Journal of Financial Crime, v. 25, n. 2, p. 419–435, 2018, no qual os autores testam os serviços de mixing e sua utilidade para o saque em espécie no final da cadeia de transações.

25 Como aconteceu com o serviço Bitcoin Blender em maio de 2019, cf. https://guiadobitcoin.com.br/bitcoin-blender-fecha-plataforma/ (acesso em 23/09/2019).

26 GRZYWOTZ, Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche, p. 106-107.

27 Ibid., p. 109.

VI. O papel das *exchanges*

A esta altura, o leitor já percebeu o papel central das *exchanges* nas transações com BTCs. Elas funcionam como intermediárias entre o mundo totalmente virtual das criptomoedas e o mundo das moedas de curso legal, as moedas *fiat*. Como a finalidade última de qualquer processo de lavagem de capitais é possibilitar ao detentor do produto do crime o desfrute sobre os ganhos, será praticamente inevitável o uso de *exchanges*. Isso é assim porque, de um lado, é preciso adquirir as BTCs com o produto de infração penal e, de outro, ainda são poucos os provedores de mercadorias e serviços que aceitam pagamento em BTCs, especialmente quando pensamos em objetos de alto valor como bens imobiliários, veículos, obras de arte etc. Por isso, o mais comum será que os detentores dos valores criminosos troquem seus BTCs por moedas fiat para que, assim, possam desfrutar do proveito do crime. É por isso que as *exchanges* passaram a ocupar o centro de atenção das autoridades de persecução de lavagem de capitais, o que recomenda compreender seu funcionamento, ainda que de modo mais superficial.

Conforme o art. 5º, II, da IN 1888/2019, *exchange* de criptoativos é "a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos", ou, então, de forma mais simples "são plataformas por meio das quais os indivíduos operacionalizam a troca de ativos criptografados ou realizam a compra desses ativos por meio de moeda corrente nacional"[28].

Há, basicamente, dois tipos de *exchanges*: as centralizadas e as descentralizadas. Estas últimas, as DEX ou plataformas de troca P2P, permitem a seus usuários realizar as transações diretamente, sem precisar da intermediação de um ente centralizado. São como *marketplaces* que visam a aproximar vendedores e compradores. A operacionalização das transações é feita por meio de um *software* e o protocolo mais utilizado é o do *smart contract,* ou seja, atendidos os pressupostos colocados por

28 GRUPENMACHER, Giovana T. As plataformas de negociação de criptoativos: Uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bolsa sob a perspectiva da proteção do investidor e da prevenção à lavagem dinheiro. Fundação Getulio Vargas: FGV, 2019, p. 57.

vendedor e comprador, a transação é realizada automaticamente[29]. As interfaces com essas *exchanges* são ainda muito complicadas para os usuários e apresentam problemas de liquidez, pois apenas algo em torno de um por cento do mercado de criptoativos circula por elas[30]. Uma outra característica dessas *exchanges* é que elas não tocam no mundo das moedas de curso legal, as *fiat currencies,* de modo que só é possível fazer a troca entre criptomoedas, mas não entre essas e as moedas legais. Essa característica aumenta a "pseudoanimidade" das transações, pois não haverá um intermediário capaz de solicitar a identificação dos detentores dos criptoativos. Como as DEX movimentam atualmente uma fração muito pequena das transações com criptomoedas[31], interessam mais as *exchanges* centralizadas.

VII. *Exchanges* centralizadas

As *exchanges* centralizadas operam como intermediários entre os que desejam comprar e vender BTCs e os que desejam comprar ou vender BTCs em troca de uma *fiat currency.* Elas operam com dois sistemas: um dentro do *blockchain*, onde são feitas as operações de compra e venda de BTCs, e outro fora dele, compondo "uma base de dados da *exchange*, na qual ela mantém seu banco de informações, o livro de ofertas e todos os dados relativos a transações que envolvem as moedas correntes nacionais e os criptoativos, sendo que aqui está apenas a representação da operação"[32]. O usuário que deseja utilizar uma *exchange* pode ou

29 Ibid., p. 83. Eis a dinâmica: "De forma geral, o que acontece é que o software, programa em questão, funcionará como um endereço cujos ativos ficarão armazenados. Ao colocar uma ordem de venda, o sujeito envia para o contrato os ativos em questão. Uma vez que essa ordem encontre um usuário interessado em adquirir os ativos nas mesmas condições estabelecidas, ou seja, acontecendo o encontro de ordens, o negócio somente será efetivado quando o comprador também enviar o valor/ativo acordado para o endereço do contrato. Confirmado e verificado pelo software que ambos sujeitos cumpriram suas obrigações e que as condições estabelecidas foram observadas, o próprio software, automaticamente, enviará para cada um dos sujeitos o que lhes é de direito. Ou seja, a execução das ordens é feita diretamente pelo programa automatizado" (p. 84).

30 Ibid., p. 89

31 Cf. https://www.coindesk.com/decentralized-exchange-crypto-dex (acesso em 23/09/2019).

32 GRUPENMACHER, As plataformas de negociação de criptoativos, p. 58.

transferir suas BTCs para a carteira (*wallet*) da corretora ou fazer uma transferência bancária para a conta da *exchange*. Com isso, o usuário passa a ter uma conta virtual no sistema da *exchange*. Nos dois casos, "os sujeitos passarão a ter um crédito para operar na plataforma, ou seja, verificarão a representação virtual do valor transferido em sua conta na *exchange* com o qual poderão negociar e transacionar. Verifica-se, nesse caso, a prestação de serviço de custódia de moeda corrente nacional, o que pode aventar a possibilidade de tais *exchanges* serem enquadradas, em parte, como prestadores de atividades típicas de instituições financeiras, meios de pagamento ou arranjos de pagamento"[33].

Há, nesses casos, um risco significativo de confusão entre os ativos dos diversos usuários, pois a custódia fica com a *exchange*, que é a detentora de todos eles frente ao sistema, uma vez que possui a chave privada e, assim, é ela quem poderá realizar operações com os ativos depositados. Essa confusão também acontece no caso da transferência de valores *fiat* para a conta corrente da *exchange*, dado que há uma conta corrente com os ativos financeiros de todos os usuários, não havendo segregação em contas escriturais[34]. As *exchanges* atuam, assim, como custodiantes dos valores de terceiros sem que haja, até o momento, regulamentação específica para isso[35]. Esse modo de operar implica riscos de diversas naturezas, como o de furto dos valores por meio de fraude nos sistemas de *internet banking* ou o de bloqueio generalizado dos valores em virtude de problemas legais da *exchange* ou de seus usuários, como aconteceu, recentemente, no caso da Bitcointoyou[36]. Neste caso, determinou-se o bloqueio total da conta da *exchange* em virtude de ter sido usada por agentes envolvidos com um esquema de pirâmide financeira e que a usavam como intermediária[37]. Além disso, a "mistura"

33 Ibid., p. 68.

34 Ibid., p. 69.

35 Ibid., p. 69.

36 Cf. o STJ, RMS 56.711, DJe 06/03/2018, e https://canaltech.com.br/criptomoedas/stj-bloqueia-r-64-milhoes-de-corretora-de-criptomoedas-por-esquema-de-piramide-135039/ (acesso em 23/09/2019).

37 Um caso bastante dramático e representativo desses perigos é o da *exchange* canadense QuadrigaCX. Seu fundador teria falecido em dezembro de 2018 levando consigo as chaves privadas que davam acesso às carteiras, deixando um prejuízo de mais de 160 milhões de dólares

dos valores na conta-corrente da corretora bem como das BTCs em sua carteira pode favorecer a dissimulação por atuar, na prática, como um *mixing*, com o risco adicional de eventual contaminação dos ativos de procedência lícita[38].

Apesar desses riscos, as *exchanges* podem desempenhar um papel fundamental na identificação daqueles que pretendam servir-se de BTCs para a prática de lavagem de dinheiro e de outras infrações. Como visto, elas são o portal entre o mundo virtual e o mundo das moedas *fiat*, e, assim, podem identificar os detentores desses valores. Não por outra razão, a União Europeia, sob a Diretiva (EU) 2018/843[39], e o FATF, em seu recente *Guidance for a risk-based approach to virtual asset and virtual asset service providers* , apontam para a submissão das *exchanges* a registro e implementação de medidas de prevenção e controle contra a lavagem de capitais.

Entre nós, embora não exista regulação financeira ou de prevenção de lavagem para as *exchanges*, a já referida IN-RFB 1888 certamente imporá um padrão mínimo de colheita de dados de identificação, pois exige que as *exchanges* comuniquem à RFB a realização de operações que ultrapassem o valor mensal de 30 mil reais, caso em que deverão obter o nome da pessoa física ou jurídica; seu endereço; seu domicílio fiscal; CPF,

---

para seus usuários. Decretada a quebra, a Ernst & Young (EY), monitora no processo, apresentou um relatório em 19 de junho de 2019, no qual dá notícia de que os fundos dos usuários da exchange foram transferidos pelo fundador para outras exchanges para uso próprio, de que não havia qualquer segregação entre os fundos da exchange e dos usuários e de que a escrituração era inexistente. Eis as notícias: https://portaldobitcoin.com/fundador-exchange-morre-e-r-700-milhoes-em-criptomoedas-estao-perdidos/ e https://www.coindesk.com/quadrigacx-ceo-set-up-fake-crypto-exchange-accounts-with-customer-funds (acesso em 23/09/2019). O relatório da EY pode ser encontrado neste link: https://documentcentre.eycan.com/eycm_library/Quadriga%20Fintech%20Solutions%20Corp/English/CCAA/1.%20Monitor's%20Reports/6.%20Fifth%20Report%20of%20the%20Monitor/Fifth%20Report%20of%20the%20Monitor%20dated%20June%2019,%202019.PDF (acesso em 23/09/2019).

38 Esse é um dos argumentos utilizados por instituições financeiras que encerraram contas de *exchanges* ou que se negaram a abri-las. Cf. GRUPENMACHER, As plataformas de negociação de criptoativos, p. 66 ss., e também a discussão no STJ, REsp 1.696.214, DJe 16/10/2018.

39 Art. 1 (29): "Member States shall ensure that providers of exchange services between virtual currencies and fiat currencies, and custodian wallet providers, are registered, that currency exchange and cheque cashing offices, and trust or company service providers are licensed or registered, and that providers of gambling services are regulated".

CNPJ ou o Número de Identificação Fiscal (NIF) no exterior, quando houver, no caso de residentes ou domiciliados no exterior; e demais informações cadastrais previstas no art. 7º, § 1º.

VIII. Conclusão

A lavagem de capitais com criptomoedas, como a BTC, é possível. O poder de incrementar o risco de lavagem que é derivado de suas três características principais (a descentralização, a "pseudoanonimidade" e a globalidade) poderá, porém, ser bastante mitigado quando as *exchanges* estiverem sujeitas às medidas de prevenção e controle de lavagem. Isso porque a identificação dos usuários, que será por elas realizada, somada à total transparência das transações no *blockchain* tornarão a rastreabilidade bastante superior àquela que se tem hoje, por exemplo, relativamente ao dinheiro em espécie. Restam, porém, os desafios postos pela descentralização e, especialmente, pela globalização, que permitem a movimentação dos valores de forma extremamente rápida ao redor do mundo. Estes desafios indicam a necessidade de uma intensa e eficaz cooperação internacional em matéria financeira e penal.

Os delitos de organização no direito brasileiro

LUCAS MONTENEGRO

I. Introdução: organizações criminosas e a legislação brasileira

Organizações criminosas têm a ver com um fato tão fascinante quanto corriqueiro sobre nós, seres humanos: somos capazes de criar realidade social. Matricular-se numa universidade, casar-se, comprar um apartamento, abrir uma conta no Instagram, realizar uma execução a mando do PCC. Nada disso existiria se não houvesse seres humanos. Não só pela razão óbvia de que, sem homens e mulheres, não haveria ninguém para realizar essas ações. Não haveria a execução se não houvesse pessoas que acreditam que existe uma organização criminosa chamada Primeiro Comando da Capital, em cujo nome a execução foi realizada. A execução é o que se pode denominar um fato institucional. Diferentemente de uma erupção vulcânica ou de um nascimento, fatos institucionais são fatos que pressupõem instituições humanas[1].

Chamo atenção para fatos institucionais não para enfadar o leitor com uma discussão abstrata sobre o que é realidade social. Nada seria mais inapropriado no espaço desta coluna. Um pouco de reflexão sobre instituições e agentes coletivos será suficiente para os propósitos deste artigo. Como disse, fatos como a matrícula em uma universidade ou a compra de um imóvel são corriqueiros, e mesmo execuções a mando de organizações criminosas são uma trágica banalidade no Brasil. Toda pessoa com suas faculdades mentais em ordem é, na grande maioria dos casos, capaz de identificar fatos como esses e situá-los corretamente em seu contexto social. Por outro lado, talvez a ênfase na sua natureza corriqueira tenha conduzido legisladores e juristas ao erro de tomar o habitual por simples. O resultado disso é uma legislação perigosamente confusa e prolixa sobre os delitos de organização.

1 Sobre isso, ver os trabalhos de John Searle (The Construction of Social Reality, 1995, e Making of the Social World, 2010), cuja leitura, por sua clareza, é particularmente recomendável a todos aqueles que se interessam pelo o tema.

Para os incrédulos, aqui vai uma lista dos delitos de organização que encontrei numa rápida revista à legislação existente, e sem nenhuma pretensão de completude. Em ordem cronológica: há o velho art. 288 CP, que desde 2013 ganhou nova roupagem, não se referindo mais a quadrilha ou bando, mas a associação criminosa; a Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) pune grupamentos que ameacem o regime vigente e o Estado de Direito (art. 16) e a participação em organização militar ilegal (art. 24); a Lei dos Crimes de Lavagem (Lei 9.613/98) prevê pena para quem participa de grupos dirigidos à prática daqueles crimes (art. 1º, § 2º, II); há uma primeira definição legal de grupo criminoso organizado no Decreto 5.015/04 (artigo 2, Convenção de Palermo); organizações voltadas para o tráfico de drogas também recebem tratamento diferenciado na Lei 11.343/06, arts. 35, 36 e 37; há uma nova definição legal, agora de organização criminosa, no art. 2o da Lei 12.694/12; a Lei 12.720/12 adicionou um novo tipo ao Código Penal, em que se pune envolvimento em organização paramilitar (art. 288-A CP); a coroação desse desenvolvimento, a Lei 12.850/13, traz mais uma definição legal e pune a participação nas organizações definidas como criminosas; por fim, a Lei 13.260/16, que, além de criar um tipo penal de participação em organização terrorista (art. 3º), resolve incluir na Lei 12.850/13, art. 1º, § 2º, um inciso com o fim de nos esclarecer (pasmem!) que uma organização terrorista é uma organização criminosa.

A leitura do parágrafo anterior teria sido ainda mais maçante se eu não tivesse omitido a profusão de verbos contidos nos tipos penais, como "constituir", "integrar", "fazer funcionar", "manter", "financiar", "custear", "promover" etc. O que significa promover uma organização? É possível financiar uma organização sem promovê-la? E constituí-la sem integrá-la? Devemos levar a sério o dito segundo o qual não há palavras supérfluas na lei? Assim também com o emprego indistinto e às vezes desnecessário de termos como "associação", "grupo", "grupo criminoso organizado", "organização", "esquadrão", "escritório". Há alguma diferença relevante, por exemplo, entre organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão (art. 288-A CP)? E qual a distinção entre esses grupos e o grupo militar ilegal previsto pela Lei de Segurança Nacional? Há também, para os respectivos delitos, penas de toda sorte, o que, como se poderia esperar, nos conduzem por vezes a conclusões que afrontam

o bom senso. Por exemplo, integrar organização criminosa dedicada à lavagem ou ao tráfico de drogas é, para o legislador brasileiro, mais grave (pena máxima de 10 anos) do que se organizar para praticar terrorismo (pena máxima de 8 anos).

É esse, mais ou menos, o nível de desorganização da casa. Se o leitor, como eu, acha que clareza e coerência são importantes, sobretudo em direito penal, concordará em que há razões de sobra para lançar um olhar um pouco mais atento sobre os delitos de organização. Há muita faxina doutrinária e jurisprudencial por fazer. Mas meu objetivo aqui é modesto[2]. Quero chamar atenção para alguns problemas que dizem respeito ao injusto dos delitos de organização (II.) e apresentar as linhas gerais de um conceito de organização que pode servir de standard mínimo para os tipos penais citados acima (III). Por fim, chamarei atenção para alguns pontos problemáticos do Projeto de Lei Anticrime (IV.).

II. O injusto dos delitos de organização

Por que punimos o envolvimento em uma organização criminosa? O interesse aqui não é colocar em questão se devemos punir. Parece-me difícil sustentar que um membro da Al Qaeda ou do Escritório do Crime não deve ser punido por integrar tais organizações. Mas a pergunta continua sendo importante, porque de sua resposta depende a configuração concreta que daremos aos delitos de organização. Portanto, por que punir?

Minha proposta é, em resumo, a seguinte: fazer parte de uma organização criminosa é punível, porque essas organizações são *agentes coletivos ilícitos.* Sei que isso a princípio não parece muito esclarecedor, e por isso quero retomar as considerações sobre instituições com que abri o artigo, para explicar um pouco melhor o que isso quer dizer.

Instituições têm uma função. Tomemos, por exemplo, uma universidade e tentemos imaginá-la sem a função de aquisição e difusão do conhecimento. O que sobra da universidade? Não à toa, exige-se de

2 Para uma análise mais aprofundada, Lucas Montenegro, Kriminelle Vereinigung als Unrechtsperson, Goltdammer's Archiv 2019, p. 489.

pessoas jurídicas que declarem seus fins quando de sua constituição (art. 46, I, CC). Mas é importante perceber que o ponto aqui não é jurídico, senão conceitual. Não é possível compreender uma instituição sem lhe atribuir uma função. No caso das organizações criminosas, não é difícil enxergar qual é sua função: a prática de delitos por parte de seus membros.

Dito isso, é possível entender, com mais nitidez, por que punimos a participação numa organização criminosa. As ações dessas organizações são interpretadas à luz de sua função de praticar crimes. Se alguém se submete às regras e à atividade de uma organização criminosa, suas ações serão interpretadas como ações da organização e não podem ser compreendidas senão como a realização de seu fim criminoso. No contexto de tais organizações, as ações de seus membros são sempre dirigidas a agredir o direito, a violar os bens jurídicos contra os quais se volta a atividade delitiva da organização. Isso justifica uma proteção antecipada dos bens jurídicos em questão. Do contrário, teríamos de afirmar que há o direito de constituir uma instituição cuja função, cuja razão de ser, é violar o direito.

A definição da Lei 12.850/13 enfatiza um aspecto irrelevante ao exigir "objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza". O que é vantajoso para organização é definido por seu fim, e não o contrário. Essa confusão explica, em parte, a prolixidade da nossa legislação, querendo lidar com os fenômenos específicos (lavagem, tráfico de drogas, milícia, terrorismo), em vez de enxergar o que está por detrás deles. Outro problema da atual legislação quanto a esse ponto: na Lei de Lavagem (art. 1o, § 2o, II, Lei 9.613/98), pune-se a participação em grupo, associação ou escritório cuja atividade primária ou secundária é dirigida à prática dos crimes previstos naquela lei[3]. Uma organização cujos membros, secundariamente, cometem crimes de lavagem não é uma organização criminosa. Não é razoável tratá-la da mesma forma que uma organização cuja razão de ser é a prática de lavagem. O fato de que crimes são cometidos por empregados de uma empresa para promover seus fins lícitos também não fazem da empresa uma organização criminosa.

3 Agradeço a Heloisa Estellita por me ter chamado a atenção para esse problema.

III. O conceito de organização

A ideia apresentada acima, a de que organizações criminosas são agentes coletivos ilícitos, também nos permite extrair algumas conclusões sobre o conceito de *organização*.

Organizações são instituições. Isso quer dizer, dentre outras coisas, que elas têm determinadas regras que desempenham a função de constituir a própria instituição. A personalidade jurídica de uma associação, por exemplo, é dependente de um estatuto (art. 54 CC). Não significa que essas regras constitutivas tenham de ser formalizadas, como no caso das associações, mas, sem essas regras, não seria possível interpretar um fato como sendo referido a uma instituição, não seria possível interpretar um homicídio como uma execução a mando do PCC[4]. Portanto, instituições só existem se há um sistema de regras que a constituem e que possibilitam a intepretação de fatos como fatos institucionais.

Por outro lado, nós não nos referimos a todas as instituições da mesma forma. Não há problema em afirmar que matrimônio ou dinheiro são instituições, mas nós não diríamos que essas instituições são organizações. Organizações possuem membros por intermédio dos quais elas são capazes de agir. Organizações compram e vendem, realizam contratos, investimentos, fazem propaganda, buscam atrair mais membros, pedem desculpas oficiais. Elas compõem uma rede de relações, de obrigações, expectativas e pretensões. Daí a possibilidade de denominá-las agentes coletivos. Isso tudo seria impossível se não atribuíssemos a organizações uma vontade.

Com base nessas considerações, é possível delinear quatro elementos do conceito de organização[5]:

> 1) Um elemento *organizacional*. Uma organização depende de uma estrutura mínima, de um conjunto de regras que determinam seu funcionamento. Sobretudo regras para a tomada de decisões

4 A propósito, há reportagens na imprensa que afirmam a existência de um estatuto do PCC formalizado, contendo 18 artigos escritos à mão.

5 Esses elementos correspondem em essência ao conceito de organização desenvolvido pela jurisprudência alemã e adotado majoritariamente pela doutrina. Cf. BGHSt 54, 216, 221; Schäfer, Münchener Kommentar zum StGB, § 219 Rn. 34 ss.

são fundamentais, pois são elas que constituem a capacidade de agir da organização. Importante não é a formalização das regras, mas a persistência da estrutura e a existência de padrões de atuação. A definição na Lei 12.850/13 aponta, num feliz acerto do legislador, para elemento organizacional ao exigir que a associação seja "*estruturalmente* ordenada". Não é suficiente que um grupo se reúna para cometer delitos de forma coordenada. Essa coordenação tem de ser estruturada, ou seja, a estrutura tem de ser reconhecível nas diferentes decisões e atuações do grupo.

2) Um elemento *volitivo*. Ao elemento organizacional corresponde a atribuição de uma vontade à organização. As ações de seus membros são vistas como expressão da vontade da organização. Isso só é possível se os membros submetem suas vontades individuais à vontade e aos fins da organização. Há uma obrigação recíproca dos membros em torno do objetivo comum, de modo a surgir uma dinâmica interna que promove a atividade da organização; o senso de responsabilidade individual dispersa-se no coletivo. Não há organização se não há esse sentido de compromisso coletivo ou se os envolvidos são completamente livres para decidir se participam ou não das ações comuns.

3) Um elemento *temporal*. Os elementos volitivo e organizacional pressupõem uma duração no tempo. Não há padrões de atuação, nem uma vontade da organização, se o grupo não perdura no tempo. Não há organização em casos de simples ações em conjunto para cometer determinados delitos, por exemplo. A coautoria não é uma organização criminosa.

4) Um elemento *pessoal*. Não há organização sem homens e mulheres que as integrem. A legislação, em alguns casos, estabelece limites, como o mínimo de quatro pessoas na Lei 12.850/13. É impossível traçar um limite conceitual, mas casos de uma organização com duas pessoas, como sugere, por exemplo, o art. 35 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), são seguramente muito raros.

Uma última consideração. O emprego de termos distintos nos tipos penais ("grupo", "esquadrão", "associação", "milícia", "organização terrorista" etc.) não pode implicar uma flexibilização dos critérios referidos acima. Grupos e associações criminosas são organizações, e não podem ser confundidos com grupos desestruturados ou ocasionais. Diferenças podem ter por base a função criminosa específica (crimes com pena máxima superior a quatro anos, crimes envolvendo o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro etc.) ou o número mínimo de membros. No entanto, *todas* as formas puníveis de participação em grupos criminosos têm de apresentar os elementos expostos acima. Ignorar esses critérios significa perder uma justificação adequada para a punição e ganhar sérios problemas de delimitação que surgem não só entre as diversas figuras coletivas que abundam na legislação, mas também em relação a figuras como coautoria e crimes cometidos no âmbito de pessoas jurídicas[6].

IV. Organização criminosa no Projeto de Lei Anticrime

O Ministério da Justiça está interessado em alterar a definição legal da Lei de Organizações Criminosas (art. 1o, § 1o, Lei 12.850/13). Eis a redação proposta:

> § 1o Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que:
>
> I - tenham objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos;
>
> II - sejam de caráter transnacional; ou
>
> III - se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do

6 Sobre esses problemas, Estellita/Greco, Empresa, quadrilha (art. 288 CP) e organização criminosa, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2011, vol. 91, p. 393. Estellita, Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa, 2009.

Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas.

Não tenho condições de fazer um exame exaustivo da proposta, mas é difícil extrair dela algo positivo. Parece-me que, na melhor das hipóteses, a nova proposta mudará pouco ou nada[7].

Em termos de técnica legislativa, o Projeto certamente piora as coisas. Por exemplo, a redação vigente contém a cláusula "ou que sejam de caráter transnacional". Essa oração, que se vincula ao resto da definição por uma conjunção alternativa ("ou"), já causa o problema de não se saber a que "ser de caráter transnacional" é uma alternativa: "objetivo de obter vantagem de qualquer natureza" ou "mediante a prática de infrações penais cujas penas sejam superiores a quatro anos"? Provavelmente, o legislador não quis dizer nem uma coisa, nem outra, mas que são criminosas as organizações cujas infrações sejam de caráter transnacional, conforme definição legal prevista na Convenção de Palermo (art. 3, 2.). Ou seja, o "caráter transnacional" é a rigor um atributo das *infrações*, e não da organização.

Não foi isso, no entanto, que os criadores do Projeto entenderam. É natural assumir que os incisos reproduzidos acima podem incidir alternativamente, já que a conjunção "ou" foi mantida. Com isso, somos brindados com a seguinte definição de organização criminosa: (§ 1o) associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que (inciso II) sejam de caráter transnacional. O leitor há de concordar que não é a intenção do Ministério da Justiça declarar que empresas multinacionais são organizações criminosas, de modo que só nos resta pôr a culpa na ausência de técnica legislativa.

A situação do inciso III não é melhor. As organizações citadas já são obviamente abrangidas pela legislação vigente. Não se ganha nada ao

7 Crítica semelhante já foi realizada, nesta mesma coluna, quanto às alterações propostas pelo Projeto de Lei Anticrime para a legítima defesa. Ver Luís Greco, Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no 'Projeto de Lei Anticrime'. Para outras análises do Projeto de Lei Anticrime, também nesta coluna, Gustavo Quandt, O crime de resistência no 'pacote anticrime'; Felipe DeLorenzi, Aspectos materiais do acordo para aplicação imediata de penas.

mencionar o nome das organizações, exceto acenar para um casuísmo impertinente em matéria penal. Além disso, o que significa adquirir o controle sobre a atividade criminal ou econômica? É possível pensar em uma organização que tem o monopólio do tráfico de cocaína no Leblon ou até mesmo em todo o Rio de Janeiro. Mas ela adquire, com isso, o controle sobre a atividade criminal? A organização está interessada também no controle sobre delitos contra a liberdade sexual ou a administração pública cometidos no Leblon? E mesmo que a referência seja ao controle de determinados delitos em determinada área, o que se ganha com isso em termos legislativos?

As questões são muitas, e não é possível tratar de todos os problemas aqui. Mas uma coisa é certa, o Projeto de Lei Anticrime não contribui para maior clareza e solidez da nossa legislação.

V. Conclusão

Encerro assim meu brevíssimo panorama sobre os delitos de organização no Brasil. Busquei demonstrar que há elementos para uma sistematização. Uma análise mais detida desses delitos pode recompensar o esforço. Organizações criminosas são agentes coletivos cuja função é cometer crimes por intermédio de seus membros. Por isso, diferentes organizações criminosas, com atividades as mais diversas possíveis, têm elementos estruturais em comum, que podem ser empregados para uma boa prática legislativa e judiciária. Infelizmente, a principal proposta legislativa existente aponta na direção contrária. Quem sabe um dia tomamos outro rumo.

Fundos de pensão e os novos crimes de gestão fraudulenta e temerária (PLS 312/2016): rumo ao crime de infidelidade patrimonial?

ADRIANO TEIXEIRA
ALAOR LEITE

I. Os novos crimes financeiros do PLS 312/16

O PLS 312/2016[1] traz importantes inovações ao direito penal econômico brasileiro. Aprovado recentemente na CCJ do Senado, o Projeto tem como principal objetivo estender a incidência dos crimes financeiros previstos na Lei 7.492/1986 aos gestores de entidades abertas e fechadas de previdência complementar e de unidades gestoras de regimes próprios de previdência social[2]. Com isso, procura-se reagir aos reiterados e amplamente divulgados escândalos envolvendo *fundos de pensão* e plasmar inequivocamente na lei o que na práxis judicial já se vinha entendendo: a Lei 7.492/1986 é aplicável a essas entidades[3]. A alteração proposta cumpre, nesse aspecto, função eminentemente esclarecedora, contudo traz também reformulação parcial – não mais meramente esclarecedoras[4] – das regras de *autoria* para os gestores dos fundos de pensão (art. 25-A do PLS 312/16).

Ao lado da ampliação do conceito de instituição financeira (art. 1o, L. 7.492/86) e da reformulação de regras de autoria (abaixo, II. e III.),

1 De autoria do Sen. José Aníbal e relatoria do Sen. Antonio Anastasia.

2 Introduz-se um § 1º ao art. 1º, da Lei 7.492/1986: "§ 1º Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual. § 2º Os crimes e penalidades previstos nesta Lei aplicam- se aos gestores das entidades abertas e fechadas de previdência complementar."

3 STF RHC 85094/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, 12/02/2005; STF HC 95515, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, 30/09/2008.

4 Cf. Pedro Pimentel, Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, São Paulo, 1987, p. 25 e ss.; Bitencourt/Breda, Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais, 3a ed., São Paulo, 2014, p. 25 e ss.; posição contrária em Balera/Silva, in: https://www.conjur.com.br/2019-jun-10/opiniao-lei-749286-inaplicavel-aos-fundos-pensao (acessado em 21/6/2019).

há outras interessantes *proposições* introduzidas durante o processo legislativo, que igualam ou até transcendem em importância a finalidade original do Projeto. Referimo-nos à *remodelação completa* dos crimes de *gestão fraudulenta e gestão temerária* (atuais art. 4º e parágrafo único da Lei 7.492/1986), tipos penais centrais do moderno direito penal econômico brasileiro, os quais, não obstante, vivem sob a pecha – em boa parte, justificada – de que padeceriam de insustentável grau de indeterminação, incompatível com o mandamento de determinação (art. 5º, XXXIX da Constituição Federal). As alterações reagem a esse estado de incerteza e são, já por essa razão, louváveis. De outro lado, como é natural das inovações, fazem eclodir novos e intrigantes problemas, que desafiarão o intérprete do porvir e cuja discussão deve ser objeto de cuidado da chamada "ciência preventiva" (abaixo, IV. e V.)[5]. Digna de nota é, além disso, a proposta de inclusão de um novo dispositivo destinado a criminalizar a ação de *facilitar* a gestão fraudulenta ou temerária (art. 4o–A), possivelmente endereçado às auditorias e grandes escritórios que formulam e ajustam modelos de negócio para instituições financeiras (abaixo, VI.).

Ao final, faremos um balanço e arriscaremos um diagnóstico: estamos em face da tentativa fragmentária do legislador de apreender o conteúdo de injusto de um velho conhecido da discussão internacional, o delito de administração desleal ou infidelidade patrimonial (abaixo, VII.). Esse delito é protagonista do debate mundial, sobretudo desde a crise financeira que atingiu os bancos em 2007/2008[6].

II. A ampliação do conceito de instituição financeira e os fundos de pensão

Desde a entrada em vigor da Lei 7.492/86, o diagnóstico é claro: o

5 À "ciência preventiva" contrapõe-se a "ciência repressiva", que se limita a criticar a lei depois de sua entrada em vigência: Leite, O doping como suposto problema jurídico-penal, in: Roxin/Greco/Leite, Doping e direito penal, São Paulo, 2011, p. 5.

6 Cf. Schünemann, Bernd. A chamada "crise financeira": falha sistêmica ou criminalidade globalmente organizada?, trad. Luís Greco, em: Machado/Püschel (org.), Responsabilidade e penal no estado democrático de direito, São Paulo: FGV Direito SP 2016, p. 405 e ss.

conceito jurídico-penal de instituição financeira é "amplíssimo"[7]. Afinal, por via da norma de equiparação do parágrafo único do vigente art. 1o, até pessoas naturais podem institucionalizar-se. A autonomia desse conceito talvez deixe-se explicar teleologicamente. O *conceito jurídico-penal* de instituição financeira difere, em parte, do conceito societário, o que se explica pelas funções diversas que a eles atinem: este, quer impor uma forma societária (sociedade anônima) e indicar os órgãos fiscalizadores (art. 18, L. 4594/64), enquanto aquele quer definir quem pode praticar um crime financeiro[8]. "Instituição financeira", para o direito penal, é elemento do tipo objetivo. Por essa razão, é que passa a ser necessário *conectar* ações de pessoas físicas cometidas a partir de uma instituição financeira no exercício de suas *atividades típicas* com as ações proibidas descritas nos *tipos penais concretos*. O fundamental, portanto, não é a indicação abstrata de uma instituição financeira, mas a realização do tipo no exercício dessa atividade. A extensão do tipo é o fator determinante[9].

Por isso, a ampliação – de caráter declaratório – do *conceito* de instituição financeira para alcançar os fundos de pensão, embora tenha sido propulsora do PLS 312/12 e vise a realizar o ideal de segurança jurídica, não constitui a sua principal novidade. O decisivo é compreender a estrutura organizacional e as atividades típicas *especificamente dessas* entidades de previdência reguladas pela Lei Complementar 109/2001 – cujas peculiaridades levaram aos proponentes à edição do art. 28, que amplia o rol de órgãos fiscalizatórios – de modo a *conectá-las* ao tipos penais concretos na Lei 7.492/86, sobretudo os de gestão fraudulenta e temerária. Esses tipos, em regra, são delitos especiais, que podem

7 Assim, Pedro Pimentel, Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, in: Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 5., São Paulo, 2012, p. 921 e ss.: "É amplíssimo o conceito de instituição financeira, fixado pelo art. 1.º da Lei 7.492/86".

8 Cf. Salomão Neto, Direito Bancário, São Paulo, 2007, p. 29; Tigre Maia, Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, 1a ed., São Paulo, 1999, p. 32.

9 Nesse sentido Feldens, Luciano. Gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira: contornos identificadores do tipo, em: Vilardi/Bresser Pereira/Dias Neto (org.), Crimes financeiros e correlatos, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92 e ss, que afirma que a elementar "instituição financeira" não pode ser vista como um elemento meramente descritivo do tipo, "mas normativo, impondo-se, no caso dos delitos em questão, uma restrição do alcance do art. 1º dessa Lei" (itálico no original).

ser praticados por um círculo restrito de autores[10], e a esse respeito a ampliação conceitual não deixou de produzir consequências: também o rol de *autores* potenciais foi ampliado (art. 25-A).

III. Autoria nos crimes financeiros cometidos a partir de fundos de pensão

Autoria é realização do tipo[11]. Aumentar o rol de autores significa ampliar o tipo penal. Em delitos especiais – a maioria dos previstos na Lei 7.492/86 –, esse aspecto é definitivo: apenas determinadas pessoas podem realizar o tipo. Terceiros podem ser apenas partícipes. No vigente art. 25, vêm mencionados como autores os administradores e controladores de instituição financeira, assim considerados os diretores e gerentes[12]. Essa norma transfere deveres e qualidade da instituição financeira para as pessoas naturais que a gerem. Está-se em face de tímida norma de "atuar em lugar do outro", cuja disposição geral na Parte Geral do Código Penal estes subscritores propuseram em outra oportunidade[13]. No art. 25-A, propõe-se uma *extensão dos autores potenciais* para o caso específico de crimes cometidos a partir de fundos de pensão. Autores seriam, os "administradores, dirigentes e membros de seus conselhos estatutários", os "demais profissionais a elas vinculados" (art. 25-A, I, a]), as mesmas pessoas ocupantes de cargos em "patrocinadores dos planos de benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar"(art. 25-A, I, b]) e, por fim, os "prestadores de serviços" dos fundos de pensão (art. 25-A, I, c]).

10 Sobre esse grupo de delitos, adotando essa terminologia, ver a monografia de Ortiz, Concurso de agentes nos delitos especiais, São Paulo, 2011, p. 103 e ss.

11 Bruno, Anibal, Direito Penal. Parte Geral, Tomo 2o, 3a ed., Rio de Janeiro, 1967, p. 267, nota 7.; cf. também nossos estudos: Greco/Leite/Teixeira/Assis, Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro, Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 19 e ss., p. 47 e ss.

12 Além das pessoas a eles equiparadas no art. 25 §1o. Cf. Batista, Nilo, O conceito jurídico-penal de gerente na Lei n. 7.492/86, Fascículo de Ciências Penais v. 3n. 1 (1990), p. 34;

13 Greco/Horta/Leite/Teixeira/Quandt, Parte Geral do Código Penal, São Paulo, 2018, p. 49 e ss.; sobre essa figura no direito brasileiro, Ortiz, A atuação em lugar de outro no Direito Penal Empresarial: a responsabilidade dos representantes e gestores de fato por delitos especiais próprios, RFCC 7 (2017), p. 13 e ss.

Essa previsão destoa sensivelmente das regras gerais de autoria para as demais instituições financeiras e, além de repristinar a referência aos "membros de conselhos estatutários", vetada em 1986 sob alegação de que representaria indevido alargamento da responsabilidade penal[14], atinge terceiros "prestadores de serviços" – por definição, alijados da gestão dos fundos de pensão –, caminhando, a rigor, no sentido de uma transformação desses delitos em delitos comuns, praticáveis por quaisquer pessoas. Esse aspecto merece maior reflexão. Desconfiamos de que a autoria, sobretudo nos delitos de gestão fraudulenta e temerária, está conectada a um *poder material*, presumido em quem ocupa formalmente algumas posições (o diretor e, algumas vezes, o gerente), e que pode existir materialmente em outras, eventualmente consideradas "administradoras de fato"[15]. Sem esse poder material parece difícil justificar a posição de autor desses delitos. Seria preciso alongar o debate no sentido das especificidades dos fundos de pensão, em comparação com as demais instituições financeiras, para as quais vige o art. 25 em sua atual redação.

IV. O novo tipo penal de gestão fraudulenta

O Projeto pretende redefinir a redação do tipo penal de gestão fraudulenta, previsto no atual art. 4º, caput, da Lei 7.492/1986 e singelamente definido como "gerir fraudulentamente instituição financeira". O novo possível tipo penal, mais extenso, incrimina a conduta de: "Usar com habitualidade de expediente, artifício ou ardil para descumprir normas ou para simular ou dissimular resultado ou situação, com o fim de induzir ou manter pessoa física ou jurídica em erro".

Destaca-se, primeiramente, a descrição minudente da ação típica – aproximando-a, assim, do estelionato (art. 171 CP) – e a positivação do requisito da *habitualidade* para a configuração do crime de gestão fraudulenta (e também temerária, nesse ponto), objeto de intenso debate

14 A expressão seria, segundo a mensagem de veto, "de abrangência extraordinária, institui a responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal".

15 Cf. Assis, A responsabilidade penal dos sócios e administradores no âmbito dos delitos tributários, in: Bossa/Ruivo (orgs.), Crimes contra a ordem tributária, São Paulo, 2009, p. 589 e ss.

jurisprudencial e doutrinário[16]. Discutia-se se com apenas *uma* única ação já seria possível realizar o tipo penal do *caput* do art. 4º. Prevalecendo a nova redação da norma, a questão se define: é necessária a *reiteração de atos fraudulentos* para a configuração do crime, interpretação mais ajustada ao conteúdo semântico cotidiano do substantivo "gestão" e à dimensão sistêmica que habita todo crime cometido a partir de uma instituição financeira.

Outro interessante aspecto da redação proposta diz respeito ao *descumprimento de normas extrapenais* como requisito típico. Com isso, manifesta-se já na letra da (possível) lei a *acessoriedade* que caracteriza grande parte dos crimes econômicos. Nestes, a violação de normas de outras ramos do direito (direito societário, bancário, tributário, administrativo etc.) é muitas vezes integrante do próprio injusto penal, com a dupla consequência (segundo a teoria da acessoriedade assimétrica[17]): a violação das normas primárias, relativas à regulação da atividade em questão (p. ex., conduta em desacordo com circular do BACEN), constitui indício, ainda não definitivo (*ratio cognoscendi*), do injusto penal; o respeito à regulação primária, por outro lado, afasta a tipicidade da conduta[18]. Fala-se em uma procedimentalização do direito

16 Cf. representativamente STJ 5ª Turma HC 284546/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 01/03/2016: "1. Pacificou-se nos Tribunais Superiores o entendimento de que o crime de gestão fraudulenta classifica-se como habitual impróprio, bastando uma única ação para que se configure. Precedentes do STJ e do STF. 2. Ainda que o paciente tenha aprovado uma única operação de crédito - afirmação que não encontra respaldo na denúncia e na sentença condenatória, que lhe atribuem a prática de diversos atos irregulares - tal conduta já se revela suficiente para caracterizar o ilícito pelo qual restou condenado, motivo pelo qual é impossível o trancamento da ação penal como pretendido". A respeito, com ulteriores referências, ver Feldens, cit., p. 99; Bitencourt, Cezar Roberto/Breda, Juliano. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais, 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

17 Cf. o estudo de um dos subscritores, Leite, Prozeduralisierung oder Rechtsgüterschutz bei der Untreue?, GA 10/2018, p. 580 e ss.

18 Nesse sentido, corretamente em relação ao delito de gestão temerária Feldens, cit., p. 103: "Haveremos, assim, de vislumbrar a elementar temerária como um elemento normativo, para cuja adjudicação de sentido se faz necessário o recurso ao marco regulatório específico, sobretudo porque traduz uma valoração negativa de conduta que, antes de pertencer ao mundo do Direito, assenta-se como tal no âmbito do mercado financeiro. Não se trata, pois, de um juízo que se possa fazer sem a mediação, ou, pelo menos, sem o auxílio das diretrizes administrativas (econômico-financeiras) que visam a limitar o risco das diversas operações realizada no âmbito das instituições financeiras".

penal: a conduta criminosa residiria não na lesão material de um bem jurídico, mas no desatendimento a procedimentos estabelecidos em regras primárias legisladas ou mesmo internas à organização, como são as regras de compliance[19]. A nova redação faz coro a essa tendência.

O tipo penal exige ainda um *elemento subjetivo especial*, consubstanciado num fim especial de agir: "com o fim de induzir ou manter pessoa física ou jurídica em erro". Esse elemento implica em restrição do alcance do tipo. Assim, não será típica qualquer conduta em desacordo com as normas primárias, mas somente aquelas especificamente destinadas a induzir ou manter terceiro em erro, o que, obviamente, deverá ser objeto de prova durante o processo penal nas futuras imputações, pois há atos de gestão que podem ser qualificados como fraudulentos, mas que não se destinam a induzir terceiros em erro.

V. O novo tipo penal de gestão temerária

Ainda mais interessante e rica em consequências é a modificação que se pretende operar no delito de *gestão temerária*, que passaria a ter a seguinte redação: "Assumir com habitualidade risco não admitido pelas normas do sistema financeiro nacional ou, na falta destas, contrário às regras e costumes de cautela e prudência vigentes no mercado, acarretando dano a patrimônio da instituição financeira ou de terceiros".

Repetem-se ambos os requisitos propostos para o crime de gestão fraudulenta: a habitualidade e a referência a normas primárias extrapenais. Há, aqui, duas peculiaridades dignas de nota. A primeira é a descrição da ação típica como "assumir risco", uma referência ao grupo de casos atualmente mais controvertido do direito penal econômico, no Brasil e fora dele, os chamados *negócios de risco*, em que, no momento da prática da conduta (ex ante), há incerteza quanto ao resultado patrimonial lucrativo ou desastroso de determinada conduta[20]. Sem risco, contudo, não há atividade financeira. Distinguir entre riscos salutares, decisões lícitas equivocadas e negócios criminosos, será o penoso desafio imposto

19 Cf Leite, GA 2018...cit, p. 580 e ss.

20 Sobre o dano patrimonial em negócios de investimento cf. Teixeira, Adriano. Der individuelle Schadenseinschlag beim Betrug, em: ZIS 5/2016, p. 308 e ss.

à ciência e jurisprudência nacionais. Em segundo lugar, o risco assumido deve ser contrário especificamente às *normas do sistema financeiro nacional.* O recurso às regras de costume e cautela vigentes no mercado similar ao dever de diligência nas sociedades anônimas (art. 153, L. 6.404/76) e que no debate mundial é conhecida por *business judgement rule*[21] – é apenas subsidiário, ou seja, deve ser ativado apenas na ausência de regras expressas relativas ao sistema financeiro. Nesse aspecto, agudiza-se ainda mais a tendência à procedimentalização e ao modelo da acessoriedade, com suas vantagens e seus problemas.

A inovação mais importante, todavia, está no final do dispositivo: a *exigência típica do dano patrimonial à instituição financeira ou a terceiros*. Com isso, transforma-se um delito que correntemente costuma-se classificar como de perigo abstrato contra um bem jurídico coletivo[22] em um delito "clássico" de resultado – como o estelionato ("em prejuízo alheio") –, o que contribui para deixar o tipo penal sensivelmente mais estreito do que o vigente[23]. Sai de cena o opaco bem jurídico coletivo "sistema financeiro nacional" (ou a confiança depositada em suas instituições)[24] e entra, como objeto de proteção, "patrimônio" da instituição e de terceiros (em geral, acionistas)[25]. Aqui, há notável avanço, que carrega consigo, contudo, novos desafios.

Seria salutar, por exemplo, atentar para o já inabarcável e detalhado debate mundial em torno do *conceito de dano patrimonial,* levando em conta as notas distintivas do sistema financeiro nacional: não se trata do prejuízo de A causado por B, mas de relação complexa que

21 Em detalhes, Leite, GA 2018...cit., p. 580 e ss.; Coca Vila, La Businnes Judgment Rule ante la determinación del riesgoen el delito de administración desleal, Diario la Ley 9371 (2019), p. 1 e ss.

22 Cf. Cavali, Marcelo Costenaro. Gestão fraudulenta: Tutela de um bem jurídico difuso por meio de um crime de perigo abstrato. Tipicidade e imputação objetiva, em: Silveira/Rassi (org.), Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho, LiberArs: São Paulo, 2014, p. 367, p. 371.

23 Proposta louváveis de, de lege lata, conferir contornos mais claros aos tipos penais vigentes de gestão fraudulenta e de gestão temerária, como as de Feldens, cit., p. 92 e ss., e Cavali, cit., p. 375 e ss.

24 Cf. Bitencourt/Breda, cit., p. 57; Cavali, cit., p. 375.

25 Essa interpretação já é defendida de lege lata por Malan, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei n. 7.492/1986, em: Bottino, Thiago/Malan, Diogo (coord.), Direito penal e economia. Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 37-58.

envolve plúrimos atores. Nem sempre será fácil determinar a existência ou o grau de extensão do dano patrimonial nos chamados negócios de risco, de modo que a nossa ciência deve, desde logo, atentar para essa questão central, até aqui pouco elaborada entre nós.

VI. O novo crime de facilitação de gestão fraudulenta e gestão temerária

A derradeira (e provavelmente) mais problemática inovação é inserção de um novo crime de "facilitação de gestão fraudulenta ou temerária". Segundo o proposto art. 4º-A da Lei 7.492/1986, é punível com reclusão de 2 a 6 anos, e multa, quem "facilitar a prática de crimes de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira, pela emissão de opinião, estudo, parecer, relatório ou demonstração contábil que estejam em desacordo com as boas práticas ou com a respectiva regulamentação". Possíveis alvos dessa proibição são, por exemplo, administradores ou funcionários de empresas de auditoria que recomendam ou chancelam ações contrárias às normas e nocivas ao sistema financeiro nacional. Outros alvos são também os escritórios de advocacia – sobretudo o que atuam nos ramos societário e tributário – e de contabilidade, que participam da confecção de novos modelos de negócio ou montam transações sob medida para instituições financeiras. Em alguns casos de relevo, alegou-se a participação de auditores em atos de gestão fraudulenta e temerária, e, em algumas vezes, houve punição na esfera administrativa[26]. O novo crime pode ser compreendido como reação a esses casos.

Aqui, há que se exigir algumas cautelas. Sempre se discutiu a punibilidade de sujeitos pelo repasse de informação técnica ou pela confecção de parecer posteriormente utilizado para a prática de delitos. A doutrina desenvolveu a esse respeito uma série de critérios limitativos, de modo a não criminalizar o cerne de atividades profissionais. Afinal, o aconselhamento técnico para que se possa operar em setores altamente regulados é, a rigor, estimulado pela ordem jurídica: a administração de

26 Cf. https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/deloitte-e-condenada-por-ignorar-fraudes-do-panamericano-01122015, acesso em 21/06/2019.

uma instituição financeira sem qualquer assessoramento técnico pode até mesmo ser considerada – precisamente por essa razão – como gestão temerária. Na dogmática moderna, costuma-se dizer que a oferta de "meras opiniões técnicas" não pode ser considerada ação de participação[27].

Um esforço dogmático conduziria a uma possível explicação para o dispositivo: punir, a título de *autoria*, a participação (stricto sensu) em crime próprio ou especial[28]. Aqui, contudo, nunca houve lacuna de punibilidade. Como já se viu, os crimes do art. 4º da Lei 7.492/1986 exigem uma qualidade especial do sujeito ativo, qual seja, a condição de administrador ou controlador (art. 25). Apenas eles podem realizar, como autores, os tipos penais de gestão fraudulenta e gestão temerária. Terceiros, chamados na dogmática penal de *extraneus*, podem ser meros partícipes do crime praticado por um administrador, o que ocorre a partir de outra norma de transferência, a do art. 30 CP. O tipo penal proposto contraria essa lógica ao transformar uma ação de cumplicidade (ou instigação) – emissão de pareceres, por exemplo, – em *autoria*, com previsão de pena quase idêntica (a diferença está apenas na pena máxima, que no art. 4º é 8 anos e no art. 4º-A é de 6 anos). Com isso, os critérios limitativos construídos, sobretudo a partir da discussão em torno da chamada "cumplicidade por meio de ações neutras", em parte, esvaem-se, e com uma agravante: para a realização do tipo basta que o parecer esteja em desacordo "com as boas práticas", uma cláusula geral pouco segura. Por fim, mencione-se que a promoção de uma ação *acessória* de cumplicidade, que exige um fato principal antijurídico no mínimo tentado (art. 31 CP), a uma ação de autoria, como realização *própria* do tipo penal, indica que será possível a punição da "facilitação" ainda que os tipos penais de gestão fraudulenta ou temerária não ingressem sequer em fase de tentativa, antecipando-se incrivelmente o espaço de punição. É difícil compreender de que forma um parecer "equivocado" emitido, que não tenha gerado nenhum ato de gestão temerária, por exemplo, trisque o sistema financeiro nacional.

A tendência é que esse dispositivo cause enormes escaramuças interpretativas, a rigor, desnecessárias: as vigentes (e generosas) normas de

27 Santos, Juarez Cirino dos. Direito Penal Parte Geral, 6ª ed., Curitiba: ICPC 2014, p. 369.

28 Cf. amplamente a respeito Ortiz, Concurso de agentes, cit, passim.

participação podem atingir de lege lata os casos em que haja verdadeiras ações criminosas de auxílio. Caso se entenda por manter o dispositivo, deveriam ser introduzidos alguns elementos restritivos do tipo e, ademais, a pena cominada deveria ser sensivelmente reduzida, para que seja respeitado o princípio da proporcionalidade, já que, nesse contexto, a equiparação entre ações de autoria e participação não se justifica: a pena alta dos delitos de gestão fraudulenta e temerária repousa precisamente na qualidade especial de administrador de que gozam os sujeitos, qualidade de que não dispõem os sujeitos alcançados pelo novo art. 4o-A.

VII. Balanço: rumo ao crime de infidelidade patrimonial?

Sobretudo a pretendida expansão da incidência da Lei 7.492/1986 no sentido de (expressamente) abarcar entidades de previdência complementar, os fundos de pensão, e a remodelação dos crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária rumo à proteção do patrimônio da instituição financeira e dos acionistas apontam para uma tentativa do legislador pátrio de apreender – e punir adequadamente – um injusto penal há muito conhecido em outras ordens jurídicas: o da *infidelidade patrimonial ou da administração desleal*. Trata-se, em linhas gerais, da conduta daquele que deveria tutelar o patrimônio alheio e acaba por danificá-lo, *a partir de dentro*. Nesse sentido, a infidelidade patrimonial diferencia-se de outros delitos como estelionato, furto etc., que corporificam agressões *externas* ao patrimônio ou à propriedade. A propriedade sobre coisas móveis é protegida contra agressões internas por meio do art. 168 CP, mas o patrimônio, no nosso direito, não goza da mesma proteção geral[29]. Esse caminho pode se revelar interessante.

Essa forma de agressão interna é constitutiva do direito penal econômico moderno, como já destacamos em estudo mais detalhado[30]. A irreversível separação entre titularidade e administração do patrimônio

29 Cf. Leite, Alaor, Interpretação, analogia e sentido literal possível: o exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários (ou: réquiem a Nélson Hungria), in: Busato/Sá/Scandelari, Perspectivas das ciências criminais, Rio de Janeiro, 2016, p. 250 e ss. Na Lei 7.492/86, há também a apropriação indébita financeira (art. 5o), que, contudo, não apreende todo o significado da infidelidade patrimonial.

30 cf. Leite, Alaor/Teixeira, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade

traz, evidentemente, inúmeras vantagens em termos de eficiência gerencial, mas também carrega consigo riscos para os proprietários que confiam a terceiros a gestão de seus valores patrimoniais. Esse fenômeno manifesta-se tanto em relações mais simples, por exemplo advogado-cliente, contador-cliente etc., como em relações mais complexas: direção da empresa e acionistas ou até mesmo entre funcionário público e Estado/cidadão. Não é diferente a relação entre investidores, acionistas e gestores de uma instituição financeira e entre cotistas de um fundo de pensão e seus gestores e administradores. Quanto estes dolosamente violam o dever de zelo para com o patrimônio dos cotistas e lhes causam um prejuízo patrimonial, configura-se o crime de infidelidade patrimonial ou administração desleal.

Esse delito, tipificado na Alemanha, Portugal, Espanha, Itália, Suíça, entre outros, conta com uma tradição jurisprudencial e doutrinária de mais de cem anos, com a qual o legislador, a jurisprudência e a ciência brasileiras poderiam seletiva e criticamente aprender. Os problemas dos negócios de risco, da acessoriedade, do dano patrimonial e dos elementos de autoria, aqui mencionados, são igualmente objeto de intenso cuidado da legislação, doutrina e jurisprudência internacionais. No já citado estudo, tentamos interpretar alguns delitos existentes no ordenamento brasileiro à luz desse farto material, sem recair, naturalmente, em transportes acríticos de soluções estrangeiras[31]. Esse esforço se justifica, agora mais do que nunca, em face das relevantes propostas contidas no PLS 312/16. Vez mais, vê-se que as verdadeiras questões do direito penal econômico moderno não conhecem fronteiras.

industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial. In: Luiz Antonio Câmara; Bibiana Fontella. (Org.). Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. 1a ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, v. 1, p. 15-58. Cf. também Ruivo, Marcelo Almeida. Tutela penal do patrimônio administrado por terceiro no sistema financeiro (um breve comparativo da infidelidade alemã, portuguesa e italiana com a gestão fraudulenta brasileira), em: Revista Brasileiro de Ciências Criminais 127 (2017), p. 111 e ss.

31 Leite/Teixeira, cit., p. 15 e ss.

O STF e o RHC 163.334: uma proposta de punição da mera inadimplência tributária?

HELOISA ESTELLITA
ALDO DE PAULA JUNIOR

Segundo decidiu o STJ no HC 399.109[1], o contribuinte de ICMS que prestar todas as informações e declarações exigíveis relativamente à apuração deste tributo, mas não efetuar o pagamento do montante devido incide nas penas do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, que tem a seguinte redação: "deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos". Desde 2018, quando proferida a decisão, até início de outubro de 2019, ao menos quarenta julgamentos daquela mesma Corte fazem referência ao precedente seguindo sua orientação. Por meio do RHC 163.334, a matéria foi levada ao STF e deve ser julgada no próximo dia 11 de dezembro, o que motivou este texto[2].

Os principais argumentos que sustentaram a decisão no STJ são, de forma bastante simplificada, que é irrelevante se o ICMS é próprio ou não, pois "não haverá ônus financeiro para o contribuinte" em virtude da repercussão econômica no preço da mercadoria ou serviço (*argumento da falta de ônus financeiro*); que o STF decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo da PIS/COFINS (*argumento da base de cálculo do PIS e da COFINS*); que a ordem tributária tem dignidade para ser protegida por meio da tutela penal (*argumento da dignidade da arrecadação tributária*); e que haveria uma assimilação entre o tipo penal do art. 2º, II, Lei 8.137/90 e o do art. 168 do CP (apropriação indébita) (*argumento da assimilação*).

1 Terceira Seção, DJe 31/08/2018. Vários artigos publicados no JOTA discutem o tema, cf., ilustrativamente, https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stj-o-icms-e-o-crime-contra-a-ordem-tributaria-12022019; https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-mesmo-crime-destacar-icms-e-nao-pagar-19092018; https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-crime-de-nao-recolhimento-de-icms-12052019; https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/deixar-de-recolher-icms-proprio-e-crime-27062017.

2 Versão reduzida de um texto mais amplo em preparação.

Quanto ao *argumento da falta de ônus financeiro*, o voto condutor do HC 399.109 sustenta o entendimento de que o termo "descontado" se aplica aos tributos diretos, quando há responsabilidade tributária por substituição; já o termo "cobrado" se aplica aos tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), sendo irrelevante, neste caso, se o ICMS é próprio ou não, pois "não haverá ônus financeiro para o contribuinte". O termo "descontado", por sua vez, indica substituição e o termo "cobrado" indica contribuinte (operação própria).

Essa premissa está equivocada. Os termos "descontado" e "cobrado" referem-se às duas modalidades de repercussão *jurídica* da incidência do tributo, respectivamente a *retenção e o reembolso,* e aplicam-se tanto a tributos *diretos e indiretos*. Em outras palavras, esses termos não dizem respeito à repercussão *econômica* da tributação. A *repercussão jurídica* é aquela regulada juridicamente para viabilizar o atendimento à capacidade contributiva nos casos de *responsabilidade tributária.*

De acordo com o art. 121, do Código Tributário Nacional, o *sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária*: o contribuinte ou o responsável. Enquanto o contribuinte é quem manifesta a capacidade contributiva (por exemplo, vendendo a mercadoria), o responsável tributário não manifesta essa capacidade diretamente (não vende a mercadoria, para seguir no exemplo), mas é colocado na condição de sujeito passivo por uma opção legislativa, geralmente motivada pela facilitação da arrecadação dos tributos em favor do Fisco. Por isso, o ordenamento jurídico lhe garante mecanismos de *repercussão jurídica do tributo* de modo que aquele que manifestou a capacidade contributiva (o contribuinte) seja obrigado a *aceitar a retenção* ou o *reembolso* do tributo (incidência jurídica). É uma relação jurídica: o responsável tem o direito de repercutir juridicamente a incidência do tributo e o contribuinte tem o dever de sujeitar-se a esta repercussão jurídica. Não fosse assim, o *responsável* se transformaria em *contribuinte* sem, contudo, ter praticado o ato que manifesta capacidade contributiva: em nosso exemplo, o responsável deveria tributo por uma venda de mercadoria que *não fez*. As expressões "descontado" ou "cobrado" se referem, assim, à repercussão *jurídica* e não à *econômica,* como muito bem colocado no voto vencido da Min. Maria Thereza de

Assis Moura.

Ademais, se seguirmos à risca a posição firmada no STJ, HC 399.109, teremos de arcar com as seguintes consequências: se "cobrar" é embutir ou repassar custos (tributários) no preço de produtos ou serviços e o desvalor da conduta reside no fato de se receber esses valores do consumidor e, em momento ulterior, não satisfazer as dívidas que compõem o custo, seria necessário, então (a) que o preço de cada produto ou serviço pudesse ser decomposto em suas componentes de custos operacionais, custos tributários, custos trabalhistas, lucro etc.; (b) que, selecionada a parte dos custos tributários, fosse apurado se realmente foram embutidos integralmente no preço naquela específica operação de venda ou de prestação de serviço (pode haver abatimento, ou seja, o suporte do encargo total ou parcialmente pelo vendedor da mercadoria ou prestador de serviço, que abre mão de fazer a repercussão econômica do custo tributário no preço de suas mercadorias ou serviços); (c) comprovar que o consumidor efetivamente pagou o custo tributário antes da data de recolhimento do tributo. Os obstáculos, quase intransponíveis, para a realização desse cálculo são conhecidos dos tributaristas[3]. Some-se a eles a necessidade de se fazer prova de cada um desses elementos no bojo do processo penal.

A seguir essa lógica, o art. 2º, II, aplicar-se-ia, na verdade, a todos os tributos desde que se possa provar sua repercussão *econômica* no preço[4]. Sendo rigorosos com a posição assumida no precedente, parece não haver fundamento nem sequer para restrição aos custos tributários, pois o fenômeno da repercussão econômica acontece com outros custos, como de energia, trabalhistas, operacionais etc. No caso de inadimplemento destas outras dívidas, apesar do "reembolso" com o consumidor quando recebido o valor da mercadoria, o comerciante não estaria ameaçado pela pena, simplesmente porque o legislador teria decidido proteger apenas o patrimônio público (angariado por meio da arrecadação tributária), mas

3 Há várias referências a isso no julgamento STF, RE 574.706, 2017, no qual, justamente, restou decidido que o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

4 Isso aconteceu relativamente ao disposto no art. 168-A, § 1º, II, CP. Cf. ESTELLITA. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP - aspectos gerais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 36, 2001, p. 329-330.

não o patrimônio privado, contra o mero inadimplemento. O que nos leva diretamente à indagação sobre se o patrimônio público é juridicamente mais importante do que o privado. O artigo 5º da CF não parece apontar nesse sentido.

Para se escapar da necessidade de ter de provar a repercussão econômica na formação dos preços e do pagamento pelo consumidor, a única saída seria presumir que o tributo foi incorporado ao preço e que o consumidor pagou totalmente o preço do produto ou serviço à vista e tempestivamente. Mas, com isso, surgem outras dificuldades: (a) a conduta perde totalmente o centro de desvalor eleito pelo relator do HC 399.109, pois independerá do fato de que não haveria "ônus financeiro para o contribuinte"; (b) disso decorreria que a conduta ameaçada com a pena seria o não pagamento do tributo devidamente autolançado na data legalmente prevista, ou seja, a mora tributária, a pura inadimplência; (c) do que decorreria, por fim, que seria necessário, em um primeiro passo, justificar (legitimar) o uso da sanção penal para punir a mora tributária, e num segundo, resolver o problema da dupla punição pela mesma conduta, pois há previsão de sanção tributária e de sanção penal para o mesmo atraso no pagamento.

Como se vê, os argumentos contrários à repercussão econômica como condicionantes da interpretação do tipo penal são sólidos e consistentes e, ficasse a discussão assentada apenas nestes pontos, a solução poderia ter sido diferente. Todavia, o que parece ter contribuído de forma decisiva para o reforço da confusão foi o argumento de que o Supremo Tribunal Federal teria confirmado tal interpretação ao decidir, em Repercussão Geral, que o ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, o que nos leva ao *argumento da base de cálculo do PIS e da COFINS.*

No ICMS, há a figura do responsável e do contribuinte. As figuras de *repercussão jurídica de retenção* (descontado) *e reembolso* (cobrado) têm lugar nos casos de *responsabilidade tributária por substituição tributária para frente ou para trás* (diferimento). No ICMS próprio, o sujeito passivo é o contribuinte, pois é ele quem manifesta a *capacidade contributiva* escolhida como *signo presuntivo de riqueza* para incidência deste tributo (venda de mercadoria ou prestação de serviços). O fato de

o imposto ser destacado na nota fiscal (e, circunstancialmente, incluído no preço) não o transforma em *agente de retenção* ou em *responsável tributário* de um tributo devido por um terceiro, no caso, o *consumidor.* E logo vem a pergunta: mas o *encargo econômico* não é *transferido para o consumidor*? Pode ser que sim, pode ser que não, de qualquer forma se trata de repercussão econômica que não altera a natureza *jurídica* da relação subjacente.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 (Repercussão Geral, Tema 69) não teria alterado tal cenário. Ao considerar "não ser possível incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, uma vez que não se trata de receita da empresa, a qual apenas faz o intermédio no repasse do imposto efetivamente cobrado do consumidor, que deve ser diretamente repassado ao Estado", o que faz a decisão é dar relevância jurídica à repercussão econômica do ICMS próprio para interpretar a validade da incidência do PIS/COFINS. Isso não significa que, assim, o STF tenha transformado essa repercussão em jurídica ou que tenha alterado a natureza *jurídica* subjacente à identificação do que vem a ser tributo "descontado" ou "cobrado".

Em primeiro lugar, o julgamento tem por objeto a definição da base de cálculo (jurídica) de tributos que têm por fundamento constitucional a incidência sobre "faturamento ou receita" (art. 195, I, b, CF/1988), ou seja, não estava em pauta o ICMS. Neste contexto, a *incidência econômica* foi tida pelo Tribunal como relevante porque o ICMS próprio *compõe o preço da mercadoria.*

O Tribunal entendeu que, *juridicamente*, o ICMS não pode compor a *receita* (base de cálculo) porque a União não deveria considerar como *manifestação econômica de riqueza* a parcela de um *tributo estadual.* O *destaque* do ICMS-próprio na nota fiscal de venda de mercadoria ou prestação de serviço pelo contribuinte seria um indicador da *repercussão econômica* ainda que o valor *efetivamente pago ao Estado* seja menor em decorrência do aproveitamento de créditos relativos à operação anterior, em observância do princípio da não-cumulatividade.

O que estava em jogo era, assim, a análise do conteúdo econômico do termo "receita", que compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS. Por isso, essa decisão não pode ser considerada como fundamento para

a transformação do ICMS-próprio em um *imposto por retenção* ou em *modalidade de responsabilidade tributária* de um tributo devido pelo adquirente (consumidor ou contribuinte de fato). Não se trata de *desconto* (retenção = descontado) decorrente da *repercussão jurídica* do tributo decorrente da relação jurídica tributária de responsabilidade, mas de *destaque* para fins de controle da mecânica da não-cumulatividade que, de novo, tem efeito *econômico* relevante para a base de cálculo do PIS/COFINS que tomam como manifestação de capacidade contributiva a *receita*. Não por outra razão, o tipo do art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 fala em "descontado ou cobrado" e não "destacado". E esses termos devem ser interpretados em conformidade com o sentido que lhes é atribuído pelas normas tributárias por uma série de razões que vão desde a pretensão de previsibilidade da incursão no âmbito da proibição penal a que faz jus o cidadão, até a pretensão de que os tributos e as obrigações que lhes são acessórias sejam definidos em lei anterior à prática do fato imponível (art. 150, I, CF)[5], e não em uma decisão judicial. Não há que se descartar aqui a possibilidade de que haja uma violação do princípio da legalidade penal por meio da violação do princípio da legalidade tributária.

O próximo argumento empregado pelo STJ é o da *dignidade da arrecadação tributária:* a importância da tributação justifica o emprego a tutela penal. Nada mais correto, pois o uso da sanção penal implica restrição de direitos individuais fundamentais e uma norma com tais efeitos só está justificada quando for idônea, necessária e adequada para a consecução de um fim legítimo (proporcionalidade), sendo que a tutela penal da arrecadação tributária persegue um fim legítimo: em um modelo de Estado incumbido de tantas prestações sociais como o nosso, cuja principal receita é justamente a fiscal, não cremos que haja problemas em justificar o merecimento da proteção penal (consecução de um fim legítimo)[6].

O problema, contudo, não está aí, mas em outro lugar: na

5 Trata-se do tema da acessoriedade do direito penal econômico em geral e, especialmente, no âmbito do direito penal tributário. Sobre a amplitude dessa discussão, no direito penal econômico em geral, cf. WAGNER. Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts. Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts.

6 Cf. essa discussão em ESTELLITA. A tutela penal e as obrigações tributárias na CF. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

idoneidade e na necessidade de recorrer à sanção mais grave do sistema para fazê-lo. O que pode (e deve) ser objeto de questionamento é a seleção das formas de agressão a esse bem jurídico (fim legítimo) contra as quais o legislador resolve sacar sua mais poderosa e devastadora arma: a sanção penal. Punir com a sanção penal a pura e simples inadimplência, ainda que de uma prestação tão importante como a tributária, envolve o ônus de demonstrar que todas as outras medidas legais disponíveis ao Fisco são insuficientes e que a restrição à liberdade não só é adequada para a proteção dos interesses de arrecadação, como é proporcional à gravidade da lesão causada na liberdade individual daquele que recebe a pena. Só assim se legitimaria uma interpretação do art. 2º, II, da Lei 8.1378/90 consentânea com a Constituição Federal.

Isso não foi feito no voto condutor porque, salvo melhor juízo, ao proceder a uma aproximação entre esse crime e o de apropriação indébita, cuja legitimidade não se questiona, pode ter entendido desnecessária a justificação da restrição da liberdade individual pelo não pagamento de tributos. Pode ser que, implicitamente, tenha sido formado um argumento *a fortiori* mais ou menos assim: s*e é legítimo punir a apropriação indébita de patrimônio privado, com maior razão o será quando o patrimônio for público.* Esse tipo de argumento, porém, só é válido quando os casos postos em comparação divergem apenas e tão-somente quanto à característica graduável[7], que aqui seria, talvez, a importância do patrimônio (privado ou público). Porém, o crime de apropriação indébita do art. 168 do CP ("apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção") não difere da conduta do contribuinte devedor confesso que não honra o pagamento de tributos *apenas quanto à titularidade do patrimônio ofendido.* Há uma diferença anterior e essencial: no caso examinado, o contribuinte omite reduzir seu patrimônio na medida da quantia devida ao Estado; ele não acede à propriedade de um terceiro (privada ou pública), e, já por esta razão, o argumento não seria válido. Disso decorre que o STJ não se desonerou do ônus de legitimar constitucionalmente (à luz da proporcionalidade) o uso da sanção penal para punir a mera inadimplência tributária relativamente

7 PUPPE. Kleine Schule des juristischen Denkens. 3. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2014, p. 189.

à interpretação dada ao termo "cobrado" do art. 2º, II, Lei 8.137/90, o que nos leva a examinar o derradeiro argumento, o da *assimilação entre o crime do art. 2º, II, e o de apropriação indébita.*

Segundo o voto condutor do HC 399.109, parte da jurisprudência e da doutrina teria "atribuído" uma rubrica de "apropriação indébita tributária" ao crime do art. 2º, II, "assemelhando-o" ao crime do art. 168, CP, do que decorreria a "imposição" de incluir naquele elementares típicas deste.

A possibilidade da criação doutrinária e/ou jurisprudencial de uma nova figura penal a partir da fusão de elementares de normas incriminadoras em vigor para ampliar o espectro de incidência de uma restrição a direito fundamental é de duvidosa constitucionalidade (princípio da legalidade, art. 5º, XXXIX, CF). Mas há mais. A situação daquele que deve tributo como contribuinte e a daquele que se apropria de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção (art. 168 CP) são essencialmente diversas, como visto. A ocorrência do fato imponível (venda da mercadoria, prestação do serviço etc.) cria uma obrigação jurídica pecuniária para o contribuinte, que é a obrigação de entregar ao Fisco determinada quantia em dinheiro, obrigação de dar, portanto. Não há uma coisa móvel, mas um direito (de crédito)[8], nem mesmo uma imediata "perda" da quantia correspondente do patrimônio do contribuinte em benefício do Fisco. Por essa razão, a ocorrência do fato imponível não torna automaticamente "alheia" a quantia devida pelo contribuinte, apenas cria para ele a obrigação de entregar ao Fisco uma quantia em dinheiro e que é sua, tal qual ocorre, como decidiu o próprio STJ, com a dívida de corrida de táxi, que não pode ser considerada "coisa alheia móvel" (do taxista que prestou o serviço) (STJ, REsp 1.757.543). Em outras palavras: a ocorrência de um fato gerador não tem por efeito expropriar o contribuinte da quantia devida a título de tributo, nem transforma, em passe de mágica, uma coisa sua em uma coisa "alheia". Na hipótese que estamos examinando, como visto, o contribuinte omite

8 Sobre este ponto, cf. LEITE. Interpretação, analogia e sentido literal possível: o exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários (ou: Réquiem a Nélson Hungria). In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (Orgs.). Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. Réné Ariel Dotti. Rio de Janeiro: LMJ. Mundo Jurídico, 2016, p. 250–281.

reduzir o seu patrimônio na medida da quantia devida ao Estado; ele não acede à propriedade de um terceiro (do ente federativo tributante). Isso implica dizer que o objeto sobre o qual recai a conduta do contribuinte inadimplente e o objeto sobre o qual recai a conduta do agente do art. 168, é diversa: lá o patrimônio *próprio*, aqui o patrimônio *alheio.*

Pois bem, se esse valor não é alheio, mas próprio, como então assemelhar o não pagamento à apropriação de coisa *alheia*?

O voto condutor sugere que essa assimilação se daria não na relação do contribuinte de ICMS com o Fisco, mas, sim, naquela estabelecida pelo contrato de compra e venda entre o contribuinte do ICMS e o consumidor final. Como o custo econômico do ICMS poder ser embutido no preço da mercadoria vendida – tanto quanto podem o ser o custo de outros tantos tributos e despesas operacionais de qualquer atividade econômica –, quando o consumidor paga efetivamente pela mercadoria, a parcela correspondente ao tributo embutido no preço não pertenceria ao vendedor: seria "alheia", apesar de o pagamento da mercadoria, com a tradição do dinheiro (bem fungível), ter transferido a propriedade do valor correspondente ao tributo ao vendedor. Mas, então, agravam-se os problemas: porque ou a parcela que representa o custo do tributo, e que é dada pelo consumidor em pagamento pelo bem, não pertence ao vendedor, mas ao comprador, caso em que a vítima da apropriação indébita seria o consumidor e não o Fisco; ou a quantia é devida pelo consumidor ao Fisco e sua entrega ao vendedor é feita apenas para que a transmita a terceiro (o Fisco) por ordem do consumidor (*dominus*), caso em que seria necessário não só apontar que tributo é este devido pelo consumidor pela compra de mercadorias, como, ainda, superar o óbice acima exposto de que a ocorrência do fato gerador cria uma obrigação de dar dinheiro e não a perda de parcela do patrimônio do contribuinte em benefício do Fisco.

Ao levar a sério a posição do STJ, a verdade é que nos aproximamos perigosamente do emprego da sanção penal contra a inadimplência[9], ainda que tributária, ponto este não examinado pelo tribunal, embora devesse

9 Na AP 480, o STF considerou que o mero inadimplemento da obrigação de restituir, oriunda do desfazimento de negócio jurídico, configurava mero ilícito civil e não a conduta do art. 168, §1º, I, CP.

tê-lo sido. Porque, de forma consequente com a interpretação proposta no voto condutor ao termo *cobrado* do art. 2º, II, o contribuinte que embutir no preço de suas mercadorias e serviços o custo de sua carga tributária, vender esses produtos e serviços e receber o pagamento por eles, declarar tudo isso às autoridades tributárias de forma completa e temporânea, mas não efetuar o pagamento do tributo na data de vencimento, terá praticado o crime do art. 2º, II. O desvalor dessa conduta – no que tange à relação contribuinte-Fisco -- está integralmente centrado no não pagamento na data devida, ou seja, à inadimplência da obrigação de entregar ao Fisco determinada quantia em dinheiro (obrigação de dar). E isso nos conduz à pergunta: há vedação de uso da sanção penal para a mera inadimplência (tributária)?

A CF veda a prisão civil por dívida, salvo a alimentícia e do depositário infiel. Construir um argumento *a fortiori* aqui ("se nem a prisão civil, muito menos a penal") demandaria algum esforço, pois a prisão civil tem características diversas da penal: não tem finalidades preventivas; não gera reincidência; não pressupõe a reprovabilidade social manifestada na imposição de penal; não exige trânsito em julgado de sentença impositiva; tem duração reduzida relativamente ao máximo da sanção penal etc. De qualquer forma, não só o óbice da proporcionalidade, acima indicado, mas também o de que o Pacto de San José da Costa Rica[10], incorporado ao nosso ordenamento jurídico com força supralegal e infraconstitucional veda a prisão por dívida, sem qualquer qualificação ("ninguém deve ser detido por dívida", art. 7, n. 7), parecem indicar que a prisão pelo mero inadimplemento, mesmo de débitos tributários, não encontra agasalho em nosso direito positivo.

Por estas razões, parece-nos que a interpretação dada pelo STJ ao termo "cobrado" do art. 2, II, da Lei 8.137/90, no sentido de abarcar a mera inadimplência tributária do contribuinte, afronta o princípio da legalidade penal, o da proporcionalidade, ambos com residência constitucional, bem como o Pacto de San José da Costa Rica. E, para arrematar, a celeuma

10 Cf. QUANDT. A apropriação indébita previdenciária e a prisão por dívida. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 467-469.

traz à mente o tema da aplicação retroativa da mudança jurisprudencial[11], não sendo de se descartar uma importância digna de nota da ocorrência de erro no caso daqueles contribuintes que optaram pela via do débito declarado e não pago na crença de que, assim, não estariam praticando conduta criminosa.

11 LEITE. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: Actas do colóquio - O direito penal e o tempo (31.10.2015). Coimbra: Instituto Jurídico, 2016, p. 43–88.

Parâmetros interpretativos para a criminalização do não recolhimento de ICMS próprio. Configuração típica e exigências procedimentais

ALAOR LEITE
ADEMAR BORGES

I. O problema

1. O STF, há menos de uma semana (RHC 163.334), formou maioria para considerar *criminosa* a conduta do contribuinte que declara o ICMS devido pela própria empresa, mas deixa de repassar os valores aos cofres públicos. A corrente majoritária, formada até aqui por seis votos, afirmou que a venda de mercadorias com o ICMS embutido no preço, sem o pagamento ao Estado do tributo respectivo, caracteriza o delito do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, a chamada *apropriação indébita tributária.* Não parece haver dúvida de que se está em face de uma conspícua *alteração jurisprudencial* que amplia o alcance da norma proibitiva, sem que haja, ainda, clareza quanto aos parâmetros interpretativos que devem guiar a futura aplicação do Direito. Reina a incerteza.

2. Nada mais natural que, nesse contexto, a doutrina cumpra o seu mister como "quarto poder"[1], com vistas a auxiliar a enunciação de *critérios interpretativos* para o porvir. A enunciação desses critérios (IV.) – objetivo máximo deste artigo – exigirá a contextualização da controvérsia, inserida em intrincado dilema político-criminal (II.) e a descrição dos desafios interpretativos que o novo entendimento jurisprudencial acaba por irrevogavelmente lançar (III.). Enfim, consumada a inflexão jurisprudencial – ainda que sem aderir aos fundamentos que conduziram a maioria do STF a manter hígido o entendimento do STJ –, convém envidar esforços na direção de uma interpretação segura do tipo penal, de modo a contribuir para que a *formulação da tese* resultante do julgamento em curso perante o STF atenda às exigências de *certeza e precisão* que orientam toda interpretação de norma penal incriminadora.

1 Na expressão de SCHÜNEMANN, Bernd. Direito Penal no Estado Democrático de Direito, in: SCHÜNEMANN, Bernd (TEIXEIRA, Adriano, org.), Direito Penal, racionalidade e dogmática, São Paulo, 2018, p. 21 e ss., p. 44 e ss.

II. Contexto, "mandado de precisão" e dilema político-criminal

1. A compreensão do *contexto* em que se insere o problema talvez auxilie na enunciação de parâmetros interpretativos. Embora esse entendimento já fosse pacífico na jurisprudência do STJ desde meados de 2018 – em precedente firmado pelo apertado *score* de seis votos contra quatro[2] –, pairavam sobre essa interpretação sérias dúvidas quanto à sua *constitucionalidade*. Afinal, essa novel criminalização estaria nas fronteiras do "sentido literal possível" dos termos legais e poderia, assim, entrar em confronto com o princípio da legalidade (art. 5o XXXIX CF)[3]. No início do julgamento do tema no Plenário do STF, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou que a convocação da audiência pública ocorreu porque ele próprio tinha dúvidas quanto à legitimidade constitucional da interpretação dada ao tipo penal pelo STJ. A oposição entre os votos dos Ministros Rogério Schietti (reconhecendo que os limites semânticos do tipo penal e também sua interpretação teleológica levavam ao reconhecimento da adequação típica da conduta de quem deixava de recolher aos cofres públicos no prazo legal ICMS próprio devidamente declarado) e Maria Thereza de Assis Moura (afirmando que a tese acusatória violava as regras constitucionais da *legalidade* e da *vedação à prisão por dívida*) bem demonstrava a falta de consenso sobre o tema. A despeito de incumbir ao STJ a uniformização da interpretação da lei penal, a seriedade das objeções constitucionais à decisão proferida pela 3ª Seção daquele Tribunal transferiu a última palavra sobre o tema para o Plenário do STF.

2. É inegável o já anunciado componente *criativo* presente na

2 A 3ª Seção do STJ, por seis votos a quatro, passou a entender que constitui crime fiscal a conduta consistente em deixar de recolher, no prazo legal, na qualidade de sujeito passivo de obrigação tributária, valor do tributo (ICMS) "cobrado" do adquirente da cadeia de consumo e que deveria recolher aos cofres públicos. V. STJ, HC 399109/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, j. em 22.08.2018.

3 A esse respeito, LEITE, Alaor. Interpretação, analogia e sentido literal possível: o exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários (ou: Réquiem a Nélson Hungria). In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (Orgs.). Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. Réné Ariel Dotti. Rio de Janeiro: LMJ. Mundo Jurídico, 2016, p. 250–281.

decisão que resultará do acolhimento pelo Plenário do STF do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso. A falta de clareza quanto à extensão da opção jurisprudencial de criminalizar a conduta de quem "cobra" tributo de alguém e não o repassa ao Estado só será, contudo, definitivamente superada caso a decisão do STF, além de confirmar a polêmica incidência do tipo penal, revele – em esmero prospectivo – os parâmetros que guiarão a atividade de magistrados e membros do Ministério Público de todo o país[4].

3. A opção jurisprudencial do STF em criminalizar conduta que majoritariamente era entendida como *atípica* deve ser acompanhada por um esforço para imprimir à nova interpretação da lei penal um grau suficiente de clareza e determinação do sentido concreto da norma penal incriminadora. Alterações substanciais da jurisprudência *in malam partem* podem sofrer – em alguns casos – não apenas o constrangimento da vedação à retroatividade[5], como também podem gerar a ocorrência de erros de proibição (art. 21 CP) ou erros de tipo (art. 20 CP)[6]. A rigor, diante dessa situação, incumbe à jurisprudência a realização integral do *mandado de determinação da norma penal*[7]. A Suprema Corte alemã, em relevante decisão, decidiu que o mandado de determinação não se dirige apenas ao legislador, no momento de formulação linguística dos tipos penais, mas também à jurisprudência, que tem o dever de contribuir com a precisão dos contornos do tipo penal, a partir da construção de uma jurisprudência íntegra e sólida – o que se designou por *mandado*

4 A relevante contribuição que a jurisprudência desempenha ao estabelecer claramente o sentido da norma penal incriminadora é amplamente reconhecida nos mais diversos quadrantes. A propósito, Donini já afirmou que, hoje em dia, não há "um operador prático (e tampouco teórico sério) que acredite 'conhecer o direito', sem 'conhecer a jurisprudência'": DONINI, Massimo. El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Peru: ARA Editores, 2010, p. 270.

5 V., a propósito, LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: Actas do colóquio – O direito penal e o tempo (31.10.2015). Coimbra: Instituto Jurídico, 2016, p. 43–88.

6 A esse respeito, em detalhes, LEITE, Alaor, Dúvida e erro sobre a proibição, 2a ed., São Paulo, 2014, p. 117 e ss.; cf. também ESTELLITA, Heloísa e DE PAULA JR., Aldo, in: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-uma-proposta-de-punicao-da-mera-inadimplencia-tributaria-10122019, acesso em 15 dez. 2019.

7 Nesse sentido, v., na literatura brasileira, SCHMIDT, Andrei Zenkner. O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 249.

de precisão (Präzisierungsgebot), corolário do princípio da legalidade[8]. Alterações jurisprudências da mais alta Corte do país exigem um comprometimento com o futuro interpretativo. A irrupção de novos entendimentos sem a oferta de parâmetros gera insuportável insegurança. Mais do que isso, estimula erros de tipo ou de proibição. Daí se revestir da mais alta importância a enunciação das teses prometidas para esta semana.

4. Nesse contexto emerge *dilema político-criminal* que deve ser levado em conta na oferta dos parâmetros interpretativos. A nova decisão do STF pendula entre a pronunciada necessidade de tutelar a arrecadação tributária, vergastada por altos índices de sonegação fiscal, e o perigo de criminalizar infortúnios ou decisões empresariais cotidianas, que integram os riscos negociais próprios da atividade econômica, produzindo um indesejável *efeito resfriador* de liberdades econômicas fundamentais dos pequenos, médios e grandes empresários. Na discussão em torno da crise financeira dos bancos, a jurisprudência alemã viu-se igualmente em face desse dilema ao interpretar o delito de infidelidade patrimonial, a Untreue do §266 do CP alemão: a interpretação desse delito não poderia conduzir a uma inviabilização completa dos chamados "negócios de risco", a rigor, componentes integrantes de uma economia pujante[9]. Para equilibrar esse difícil trapézio, é possível partir de uma premissa – intuída ou mesmo verbalizada por alguns Ministros do STF: a criminalização da *mera inadimplência tributária*, passível de ser considerada como um *fato isolado*, não parece corporificar o melhor caminho interpretativo.

III. O entendimento majoritário (provisório) do STF e as possiblidades atuais de interpretação norma penal incriminadora

1. Está posta a questão. O STF, ao enunciar as *teses*, deve contribuir para a precisão dos contornos dessa nova interpretação criminalizadora

8 Sobre o mandado de precisão ver LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial, op. cit., p. 43 e ss.

9 A esse respeito, LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa, in: Faria Costa et all. (Org.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Vol. I., Coimbra, p. 759 e ss.

– realizando o "mandado de precisão" –, com vistas a solucionar o dilema político-criminal acima anunciado. A esta altura, convém revelar os *impasses interpretativos* mais concretos lançados por essa nova interpretação. Afinal, se esses impasses não foram suficientes para demover o STF dessa inovação, parecem conferir ao intérprete alguns parâmetros mais objetivos para a interpretação futura do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 nos casos de não recolhimento de ICMS próprio. A descrição desses impasses – de resto, destacados no excelente artigo de Estellita e de Paula Jr., nesta coluna[10] – pavimentará o solo para a enunciação de alguns parâmetros abaixo (IV.)

2. Como é cediço, afastando-se de visão amplamente majoritária na doutrina, o STF entendeu que o valor do ICMS destacado na nota fiscal constitui parcela do patrimônio do consumidor *cobrada* pelo comerciante para a posterior *transferência* ao Estado, razão pela qual o *não repasse* desse valor aos cofres públicos consubstanciaria delito fiscal com características similares à *apropriação indébita.* Ao deixar de recolher o valor do tributo que teria sido embutido no preço da mercadoria, o vendedor estaria se apropriando indevidamente de valor *cobrado* do consumidor e pertencente ao Estado. Abandonou-se, assim, interpretação consolidada segundo a qual a conduta delitiva só poderia ser praticada pelo *substituto tributário*, que retém o imposto devido nas operações anteriores ou nas seguintes, em nome do contribuinte real[11]. A novidade dessa diretriz jurisprudencial que desponta no STF está em estender o tratamento jurídico-penal até então reservado às hipóteses de responsabilidade tributária por substituição ao caso típico de não recolhimento do ICMS próprio[12].

10 V. https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-uma-proposta-de-punicao-da-mera-inadimplencia-tributaria-10122019 , acesso em 15 dez. 2019.

11 A própria jurisprudência do STF, ao reconhecer, sob o regime da repercussão geral, a constitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, afirmou que "as condutas tipificadas na Lei 8.137/1991 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis" (ARE 999425, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02.03.2017).

12 V., a propósito dessa mudança jurisprudencial, STJ, HC 424.099/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 04/09/2018.

3. Os problemas associados à interpretação (analógica) do tipo penal proposta pela corrente majoritária do STF são bastante conhecidos. Mencionemos *três* desses problemas:

a) *Em primeiro lugar*, não é plausível que o legislador tenha se valido dos termos "descontado" e "cobrado" para se referir à mera repercussão *econômica* da tributação[13]. Afinal, toda a tributação incidente sobre a atividade econômica tende a ser, em alguma medida, transferida para o consumidor. Assim, o inadimplemento tributário (incidentes sobre impostos diretos ou indiretos) sempre poderia ser interpretado como mecanismo de apropriação delituosa de recursos *pagos* pelo consumidor ao *contribuinte*, mas não repassados aos cofres públicos[14].

b) *Em segundo lugar,* a compreensão de que o tributo *cobrado* e não *recolhido* a que faz menção art. 2º, II, da Lei 8.137/90 seria todo aquele tributo *embutido* no preço do produto – e, assim, *repassado* ao consumidor – conduziria à exigência correlativa de demonstrar, como requisitos para a realização típica, a possibilidade de *destacar* do valor global da mercadoria aquele montante específico relativo ao *tributo*, bem de provar que o valor corresponde ao tributo devido pelo contribuinte de direito foi efetivamente *repassado* ao contribuinte de fato, que então teria suportado esse *ônus financeiro*[15].

c) *Em terceiro lugar*, essa interpretação alargada do tipo penal – ao atribuir relevância jurídico-penal à condição de contribuinte (de fato)

13 A repercussão econômica, nesse contexto, tem relevância secundária e dependente da repercussão jurídica do tributo a partir da relação de substituição tributária previamente instaurada: "A regra, portanto, é que o substituto tributário assume os deveres do sujeito passivo para o recolhimento do tributo (no caso, o ICMS), e deve ter a possibilidade de repassar o seu ônus ao verdadeiro contribuinte, mediante a inclusão do valor do imposto no preço das mercadorias" (STJ, RMS 45.717/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 11/12/2018).

14 V., a propósito, DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes contra a ordem tributária. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 382-383.

15 V., nesse sentido, a advertência de Heloisa ESTELLITA e Aldo DE PAULA JR.: "Os obstáculos, quase intransponíveis, para a realização desse cálculo são conhecidos dos tributaristas. Some-se a eles a necessidade de se fazer prova de cada um desses elementos no bojo do processo penal": https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-stf-e-o-rhc-163-334-uma-proposta-de-punicao-da-mera-inadimplencia-tributaria-10122019, acesso em 15 dez. 2019.

do consumidor para fins de imputar o delito de *apropriação indébita tributária* ao vendedor – não se compatibiliza com a orientação jurisprudencial que nega ao contribuinte, em regra, a possibilidade de ajuizar ação de repetição de indébito tributário nos casos de recolhimento a maior de ICMS pelo contribuinte de direito[16] ou mesmo com a uniforme compreensão da jurisprudência no sentido de que o não pagamento do valor da mercadoria pelo comprador em nada altera a responsabilidade jurídica do contribuinte pelo recolhimento do imposto correspondente[17]. Além disso, a equiparação jurídica entre o *contribuinte de fato* e o *contribuinte de direito* para fins penais poderá trazer consequências ainda não previstas pelo próprio STF, tal como a possível ampliação do âmbito de incidência da norma penal para alcançar suposta *apropriação indébita tributária* de ISS, nos casos em que esse imposto se apresente como *tributo indireto*, cujo ônus financeiro pode ser repassado ao contribuinte de fato – como perceberam Bottini e Estellita[18]. O fundamento adotado pelo STF segundo o qual a mera *repercussão econômica do tributo* – cujo ônus financeiro pode ser suportado ou transferido a terceiro não contribuinte de direito – enseja a possibilidade de criminalização da conduta de não *repassar* ao Estado o valor equivalente ao *tributo* sempre que esse custo tenha sido de alguma forma transferido ao consumidor cria o risco de incidência da lei penal não só em relação ao ICMS e ao ISS (quando este se apresente como tributo indireto), mas também de qualquer tributo (direto ou indireto) cujo *ônus financeiro* possa ser transferido a outros agentes na cadeia produtiva ou econômica.

16 V., nesse sentido, STJ, REsp 1149424/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, j. em 28/04/2010.

17 V., por todos, STJ, AgRg no Ag 1343552/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. em 16/11/2010.

18 BOTITNI, Pierpaolo e ESTELLITA, Heloísa, in: https://www.conjur.com.br/2019-dez-16/bottini-estellita-tese-stf-icms-vale-outros-tributos ; v., a propósito, STJ, REsp 1131476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 09/12/2009.

4. As dificuldades que daqui decorrem são de complexa resolução. A difícil compreensão sobre o alcance da lei penal (art. 2º, II, da Lei 8.137/90) dependerá, como visto, de um estudo econométrico sobre a existência ou não de *efetiva transferência do custo* da incidência tributária para o *contribuinte de fato*, pressuposto empírico da suposta *apropriação* do valor correspondente pelo contribuinte de direito. Para agravar o quadro, a realização do tipo exigirá, na perspectiva engendrada pelo STF, não apenas a comprovação de que o não recolhimento do tributo está associado à transferência do seu custo financeiro ao contribuinte de fato, mas também a demonstração de um "*dolo de apropriação*" de difícil apreensão, especialmente porque demandaria avaliar a reprovabilidade da conduta omissiva do contribuinte à luz das possibilidades reais de priorização do pagamento da obrigação tributária em detrimento das demais obrigações cíveis e trabalhistas essenciais para a continuidade da atividade empresarial.

5. Essas *três principais dificuldades* que acompanham a orientação majoritária provisoriamente firmada pelo STF – falta de aderência estrita aos limites semânticos da lei penal, obstáculos pragmáticos à verificação empírica dos elementos da norma incriminadora e ausência de coerência com a jurisprudência firmada pelo STJ e pelo STF em temas tributários – não foram suficientes pra impedir a formação de maioria para criminalizar a conduta de deixar de recolher ICMS próprio no prazo legal. Tais dificuldades podem fornecer, contudo, as chaves para uma *proposta de interpretação mais compatível* com o princípio da legalidade e com a ideia, amplamente partilhada, de que o Direito Penal deve ser *a ultima ratio* de proteção de bens jurídicos.

6. Esse aspecto já foi, naturalmente, antevisto por alguns Ministros do STF. A ameaça de que a visão da maioria provisória do STF provoque a *criminalização generalizada* do simples inadimplemento do pagamento de ICMS próprio por parte dos comerciantes fez com que Ministros que integraram a corrente majoritária procurassem limitar os efeitos da opção criminalizadora por meio de imposição de cláusulas de restrição, ora baseadas na exigência de um tipo de "*dolo específico de apropriação*" e ora recorrendo ao argumento da necessidade de demonstração da certa *habitualidade* da conduta de não recolher ICMS próprio no prazo legal.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso acolhe, em alguma medida, essas duas formas de restrição, ao afirmar, de um lado, que se deve provar a "intenção de apropriação do valor do tributo a ser apurada a partir das circunstâncias objetivas factuais" e, de outro, que "o inadimplente eventual é totalmente diferente do devedor contumaz, que faz da inadimplência tributária seu modus operandi"[19]. De um modo ou de outro, busca-se evitar que a simples omissão isolada consistente em não repassar ao Estado o valor do ICMS cujo ônus financeiro tenha sido transferido ao consumidor configure automaticamente o delito de apropriação indébita tributária (art. 2º, II, da Lei 8.137/90). Enfim, quer-se fazer frente ao dilema político-criminal acima anunciado (II., 4.).

7. Embora apontem na direção correta, advertências acautelatórias como aquela feita pelo Ministro Luiz Fux – no sentido de que "a criminalização do ICMS declarado e não pago não pode ser aplicada de modo genérico" e de que "é preciso cautela, devendo ser considerado crime apenas os casos em que houver intenção de fraudar"[20] –, pelo seu *alto grau de generalidade*, não se mostram suficientes para evitar a instauração de grave insegurança quanto ao sentido e alcance da norma penal. É preciso palmilhar mais alguns passos, de modo a traduzir juridicamente tais preocupações em uma *proposta objetiva*, com base em sólidos argumentos técnicos, apta a impedir a criminalização da simples inadimplência tributária. Queremos crer que há consenso quanto aos efeitos perniciosos de um quadro de incerteza quanto aos limites dessa decisão. A dúvida paira sobre os critérios interpretativos que integrarão a tese a ser anunciada nesta quarta-feira, dia 18 de dezembro de 2019.

IV. Parâmetros interpretativos: configuração típica e exigência "procedimental"

1. Os parâmetros interpretativos que devem guiar o intérprete do futuro devem corresponder, em primeiro lugar, ao *objeto de proteção* da

19 V. https://www.conjur.com.br/2019-dez-14/criminalizacao-nao-pagamento-icms-exige-dolo-explica-fux, acesso em 16 dez. 2019.

20 V. https://www.conjur.com.br/2019-dez-14/criminalizacao-nao-pagamento-icms-exige-dolo-explica-fux, acesso em 16 dez. 2019.

norma do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, o que possibilitará, em segundo lugar, o estabelecimento de um procedimento para a verificação da tipicidade. Esses parâmetros devem ser compreendidos como uma interpretação restritiva dos elementos do tipo objetivo do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, com efeitos, naturalmente, para a determinação do objeto do dolo. A rigor, está-se em face de um par conceitual característico do Direito Penal econômico moderno – cujos contornos foram expostos pelo primeiro subscritor em trabalho específico[21] –, entre proteção de *bem jurídico e procedimentalização*. O sutil desafio é o de desenhar os contornos do tipo, de modo a respeitar o "mandado de precisão", sem inviabilizar a essência da atividade econômica. Comecemos com a proposta interpretativa mais *substancial*, referida ao bem *jurídico* protegido (2.), para num segundo momento estabelecer a *regra procedimental* de natureza complementar (3.).

2. O art. 2º, II, da Lei 8.137/90, segundo a novel interpretação do STF, quer proteger a *arrecadação tributária* também em face do não recolhimento do ICMS próprio. Com isso, o STF estabeleceu um novo método de agressão ao patrimônio (público). A avaliação a respeito de se esse novo método de agressão *cria um risco juridicamente desaprovado*[22] ao bem jurídico "arrecadação tributária" que, ademais, se realiza no resultado de lesão ao patrimônio sugere que a conduta do autor deva ser analisada de maneira *global*, e não isolada. Não há de ser qualquer mera inadimplência que ultrapassará o umbral da tipicidade objetiva. É preciso avançar nesse argumento:

> a) De fato, em alguns delitos, o legislador se vê forçado a exigir a presença dos chamados *elementos da valoração global do fato* – elementos do tipo descobertos por Roxin, em 1958[23] –, que permitem uma valoração mais ampla da conduta do autor, à luz de

21 LEITE, Alaor. Prozeduralisierung oder Rechtsgüterschutz bei der Untreue?, in: GA 2018, p. 580 e ss.

22 V. sobre o tema GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva, Rio de Janeiro, 2005, p. 21 e ss.

23 ROXIN, Claus. Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2a ed., Berlin, 1970 (1a ed.: 1958); no Brasil, ver a monografia de HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo, São Paulo, 2018.

todos os princípios da ordem jurídica. Exemplo clássico é o delito de constrangimento ilegal, a Nötigung do § 240 do CP alemão, em que se exige uma cláusula geral de "reprovabilidade" (§ 240 II), de modo a evitar que a criminalização isolada de restrições à liberdade alheia – comuns ao nosso modo de convivência – inviabilize a vida social. Quando o legislador não prevê essa elementar, cabe ao intérprete verificar a necessidade de estabelecer uma técnica de interpretação restritiva do tipo. Há, naturalmente, outras técnicas de restrição do tipo objetivo: para ficar com um exemplo, o Tribunal Federal alemão, o BGH, na aplicação no delito de infidelidade patrimonial, de modo a não criminalizar indevidamente os "negócios de risco", exigiu que o administrador do patrimônio cometesse uma "infração grave do dever de tutela do patrimônio alheio", não bastando uma infração "normal" ou "leve"[24].

b) Essa é a intuição veiculada por alguns Ministros, quando mencionam a necessidade de "habitualidade" ou "contumácia". A rigor, é preciso estabelecer uma cláusula interpretativa que evite a criminalização irrestrita da atividade econômica. Essa cláusula exigirá uma *avaliação ampla* do não recolhimento do ICMS próprio.

c) Essa avaliação ampla deve levar em conta o *comportamento anterior pré-delitivo* do autor. Afinal, há uma declaração prévia e espontânea do valor devido pelo próprio contribuinte, que contradiz qualquer propósito delitivo. Essa é a intuição por trás da exigência de "dolo" ou "intenção defraudatória", mencionada na discussão. A rigor, na apropriação indébita – em sua gênese, referida apenas a coisas alheias móveis, isto é, objetos corpóreos, e não ao patrimônio, objeto mais dinâmico – não se exige fraude, na medida em que o potencial autor já está legitimamente "dentro" do patrimônio ou propriedade alheios. A fraude, elemento nuclear do estelionato, é um método precisamente para se granjear acesso ao patrimônio alheio. O escroque não costuma declarar previamente à vítima uma fraude porvir. A ideia

24 LEITE, Alaor. Prozeduralisierung oder Rechtsgüterschutz bei der Untreue?, in: GA 2018, p. 580 e ss.; v. também LEITE, Alaor e TEIXEIRA, Adriano. "O principal delito econômico da moderna sociedade industrial": observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial, in: Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico 1 (2017), p. 15 ss.

de "dolo de fraude" parece decorrer de uma interpretação híbrida do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, e responde à necessidade de limitar o tipo. Essa limitação, contudo, deve ocorrer já no tipo objetivo, e não apenas no tipo subjetivo – a consequência é prática: a não realização do *tipo objetivo* impede de pronto o recebimento da denúncia, por estar ausente a "justa causa" (art. 395 II CPP).

d) A partir da finalidade de proteção da arrecadação tributária, somada à existência de um comportamento anterior pré-delitivo que contradiz qualquer "decisão posterior contra o bem jurídico"[25], é possível chegar a um *primeiro parâmetro interpretativo*: vige uma *presunção relativa* de que o não recolhimento do ICMS próprio é um *ato isolado* que não cria risco juridicamente desaprovado ao bem jurídico "arrecadação tributária" – ao menos não em sentido jurídico-penal, eis que uma infração fiscal está, evidentemente, verificada.

e) Essa presunção *estará reforçada* caso o autor atue em uma situação aproximada a uma causa de justificação ou de exculpação – o estado de necessidade do art. 24 CP, ou a "inexigibilidade de conduta diversa", aceita como excludente nos crimes omissivos[26] –, ou seja, em uma *situação de quase justificação ou exculpação*, como é o caso de penúria financeira ou de uma opção negocial ou mesmo legal – como a imposta pelo art. 186 CTN, que dá preferência aos créditos trabalhistas – de dívidas de outra natureza. Nesses casos, o ato isolado do empresário, documentado a partir de declaração própria prévia, encontra uma *explicação razoável reconhecida pela própria ordem jurídica*, que, se não justifica ou exculpa a sua conduta por completo, pode servir de parâmetro para a interpretação restritiva do tipo. A omissão de repasses isolados, documentado pelo próprio autor – que comunica a própria vítima –, fundada em explicação razoável – cujo parâmetro pode ser uma quase justificação ou exculpação –, *confirma* a presunção de que não se está diante de uma conduta perigosa ao

25 Critério de ROXIN/GRECO, Strafrecht AT I, 5a ed., 2020, München (no prelo).

26 Cf., em detalhes sobre o estado de necessidade e sobre a ideia inexigibilidade, a tese de doutorado do primeiro subscritor, LEITE, Alaor. Notstand und Strafe, Berlin, 2019; sobre a discussão no contexto da apropriação indébita previdenciária, QUANDT, Gustavo. A apropriação indébita previdenciária e a prisão por dívida, in: LOBATO/MARTINELLI/SOUZA SANTOS (orgs.), Comentários ao Direito Penal econômico brasileiro, Belo Horizonte, 2017, p. 465 e ss.

bem jurídico "arrecadação tributária".

f) A presunção estará, ao contrário, afastada quando se verificar que a estratégia de atuação do empresário integra um *modelo negocial* como um todo que se destina a defraudar o erário. Surge uma espécie de interpretação baseada no *autor*, e não no *fato,* mas que funciona como forma de *redução do alcance do tipo*, e é, por isso mesmo, legítima. Está-se em face da conhecida utilização restritiva dos chamados "tipos de autor", já proposta por Luís Greco para reduzir o alcance do delito de tráfico de entorpecentes[27]. A racionalidade por trás dessa exigência parece ser a de que, por vezes, o tipo penal quer alcançar *modelos ou padrões* de conduta que adquirem dignidade penal apenas se observados em conjunto, e não como atos isolados. Apenas a adoção desse modelo de conduta é que lesiona o bem jurídico protegido. É o que ocorre, por exemplo, com o delito de gestão temerária de instituição financeira (art. 4o, parágrafo único da L. 7.492/86): são necessários vários atos que componham gestão, e não atos temerários isolados, para colocar em risco o Sistema Financeiro Nacional – a propósito, o PL 312/16, em trâmite, propõe que se exija "habitualidade" já como elemento do tipo objetivo[28]. Nitidamente, a nova interpretação do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 quer alcançar aquele empresário que faz do não repasse uma *estratégia negocial global,* como se pode depreender da exigência de "contumácia" mencionada por alguns Ministros. A existência de indícios de que a omissão do repasse é parte de estratégia maior, de um modelo negocial, pode afastar a presunção relativa de que a conduta do empresário não cria risco juridicamente desaprovado ao bem jurídico.

g) É possível resumir *o primeiro parâmetro interpretativo,* de natureza *substancial*: vige uma presunção relativa de que a omissão do repasse de valores declarados previamente pelo próprio contribuinte constitui um ato isolado, que não cria risco juridicamente desaprovado

27 GRECO, Luís, Tipos de autor e Lei de Tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária, in: RBCCrim43 (2003), p. 226 e ss.

28 Cf. nesta coluna, LEITE, Alaor e TEIXEIRA, Adriano, Fundos de pensão e os novos crimes de gestão fraudulenta e temerária, in: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/fundos-de-pensao-e-os-novos-crimes-de-gestao-fraudulenta-e-temeraria-01072019.

ao bem jurídico "arrecadação tributária"; essa presunção será *reforçada*, caso o empresário esteja em situação de quase justificação ou exculpação, existindo explicação razoável para a omissão de recolhimento; a presunção será *afastada*, caso se verifique que o não repasse é parte integrante de um modelo ou de uma estratégia negocial mais ampla; neste último caso, o tipo penal do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 poderá, em tese, estar realizado.

3. O *segundo parâmetro interpretativo* é menos substancial, mais *procedimental*, e parece decorrer da própria estrutura argumentativa da maioria formada no STF, que elevou ao centro do debate a *repercussão econômica* do não repasse na formação do preço da mercadoria. Até aqui, o STJ tem afirmado que "o crime do art. 2°, II, da Lei n. 8.137/1990 é de natureza formal e prescinde da constituição definitiva do crédito tributário para sua configuração"[29]. A principal consequência desse entendimento é a de afastar a aplicação da Súmula Vinculante n. 24, segundo a qual "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo". Ocorre que se a premissa empírica sobre a qual se desenvolve o fundamento da criminalização da conduta é a circunstância fática de que o vendedor *transfere o ônus financeiro* do ICMS ao consumidor, mas não o repassa aos cofres públicos, então dever-se-ia apurar administrativamente tanto a efetiva realização da *transferência* do custo tributário como o valor efetivamente *retido* pelo empresário. Presunções não retêm vigência no Direito Penal[30]. Aliás, foi esse mesmo raciocínio que levou o STJ a uniformizar o entendimento de que "o crime tipificado no art. 168-A, do Código Penal possui natureza material e, dessa forma, consuma-se a partir da conclusão definitiva do procedimento administrativo de constituição do crédito tributário"[31]. Se a Súmula Vinculante n. 24 tem sido aplicada ao delito de apropriação indébita previdenciária pelo próprio

29 RHC 114.513/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j em 27/08/2019.

30 Assim, corretamente, BOTTINI, Pierpaolo e ESTELLITA, Heloísa, in: https://www.conjur.com.br/2019-dez-16/bottini-estellita-tese-stf-icms-vale-outros-tributos

31 REsp 1734799/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 23/08/2018.

STF[32] – situação em que é mais clara a caracterização da apropriação de valor *alheio* –, com maior razão deverá ter sua incidência reafirmada em relação ao delito de apropriação indébita tributária de impostos *próprios*. Esse dever administrativo de apuração prévia do débito tributário fica ainda mais evidente quando se reconhece que o ICMS é tributo não cumulativo e que o vendedor pode se valer de créditos tributários para não repassar diferenças de tributação ao órgãos de arrecadação tributária. Enfim, é preciso resguardar o contribuinte contra eventuais divergências interpretativas com o Fisco, que não devem ser tratadas como criminosas.

4. Se bem vemos as coisas, a interpretação *híbrida* do tipo penal que resulta dos votos de Ministros que compõem a corrente majoritária no STF – que sugere a necessidade de apuração de "habitualidade" da conduta omissiva ou ainda a constatação de um modo fraudulento de negócios voltado a impedir a arrecadação tributária de ICMS – resulta na aproximação entre o delito previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/90 e o delito de sonegação fiscal típico constante do art. 1º da mesma lei. Essa aproximação justifica a adoção do mesmo *rigor procedimental* e, portanto, legitima a incidência da Súmula Vinculante n. 24 aos casos de apropriação indébita tributária de impostos do próprio contribuinte. Essa providência não apenas permite o acertamento prévio, ainda na seara administrativa, das circunstâncias fáticas que caracterizam suposta *apropriação* de tributos cujo *ônus financeiro* tenha sido efetivamente transferido ao consumidor sem o respectivo *repasse* ao Estado, mas também permite que os casos isolados de mero atraso ou inadimplemento pontual não sejam automaticamente transformados em inquéritos policiais e ações penais. O contribuinte que, desde o início registrou adequadamente o valor devido a título de ICMS e prestou todas as declarações à autoridade tributária, poderá, sem se submeter ao sistema de justiça criminal, regularizar eventuais pagamentos isolados em atraso. Afinal, o tipo quer alcançar apenas o empresário que faz da omissão de repasse uma estratégia global de negócio. Somado ao fato de que essa cautela procedimental já é aplicada a delitos com semelhante configuração típica (como a apropriação indébita previdenciária), a exigência de

32 STF, AgRg no Inq n. 2.537/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 13/6/2008; a respeito desse delito cf. o valioso estudo de QUANDT, Gustavo. A apropriação indébita previdenciária e a prisão por dívida, in: op. cit., 457 e ss.

formalização de processo administrativo como condição para o início da persecução criminal constitui exigência de moderação da própria política criminal nesse setor em que o inadimplemento tributário pontual está inserido dentro do *risco tolerável* ao patrimônio público. Permitir que contribuintes de ICMS próprio possam saldar dívidas pontuais ainda no âmbito administrativo constitui medida necessária para evitar que o Direito Penal exerça função de *prima ratio* no sistema de arrecadação tributária dos Estados.

V. Balanço e vantagens da proposta

1. As teses aqui desenvolvidas – resignadas quanto à correção em si do novo posicionamento[33] – estiveram animadas sobretudo por *dois propósitos construtivos,* a saber:

a) A oferta de *parâmetros de interpretação objetivos*, tanto substanciais – o estabelecimento de uma presunção relativa quanto à criação de um risco para o bem jurídico (IV., 2.) – quanto procedimentais – a exigência de apuração administrativa prévia (IV., 3 e ss.) –, decorrentes de categorias consagradas na discussão jurídico-penal, de modo a garantir a segurança na futura interpretação do art. art. 2º, II, da Lei 8.137/90.

b) O justo equacionamento do *dilema político-criminal* identificado, entre a necessidade de arrecadação tributária e a imprudente criminalização irrestrita da atividade negocial a partir da fixação indistinta do labéu de criminoso a todo aquele que omita repasse de ICMS próprio previamente declarado. As regras de surgimento, reforço e afastamento da presunção relativa acima visam precisamente à resolução sólida desse dilema.

2. Os critérios desenvolvidos parecem atender a essas duas ordens de propósitos. As intuições que sobrevoam a discussão – "intenção defraudatória" e "habitualidade" – parecem ter encontrado tradução

33 Estellita e de Paula Jr., no já citado artigo, tentaram cumprir o louvável papel de "ciência preventiva", antes da formação da maioria no STF.

jurídica em critérios manejáveis pela prática judiciária, e que, se ainda não se encontram em seu formato ideal, ao menos desenham as fronteiras da interpretação legítima do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, gerando maior segurança jurídica. A notória alteração jurisprudencial, baseada em controvérsia ainda posta – as decisões foram todas tomadas por maioria, sugerem que uma eventual modulação de efeitos prospectivos das teses enunciadas seria aconselhável[34], até mesmo para evitar erros de tipo e de proibição. Afinal, até ontem, os próprios Tribunais digladiavam-se sobre a melhor interpretação do art. 2º, II, da Lei 8.137/90. Com maior razão, poderá o contribuinte alegar que desconhecia a ilicitude de seu comportamento.

3. Os autores que nos antecederam buscaram *prevenir* a Corte Suprema quanto aos impasses criados pelo precedente do STJ. Decidida a questão, alteram-se os papéis. Por vezes, cumpre à ciência – cujas reflexões não transitam em julgado – apenas *remediar.*

34 Cf. BOTTINI, Pierpaolo e ESTELLITA, Heloísa, in: https://www.conjur.com.br/2019-dez-16/bottini-estellita-tese-stf-icms-vale-outros-tributos .

II - DIREITO PROCESSUAL PENAL

Aspectos materiais do acordo para aplicação imediata de penas: breves comentários sobre o projeto de plea bargain

FELIPE DE-LORENZI

Uma das propostas do "Projeto de Lei Antricrime"[1], recentemente anunciado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e apresentado ao Congresso Nacional, é a inserção do art. 395-A no Código de Processo Penal, estabelecendo o acordo entre acusação e réu para a aplicação imediata de penas – por vezes chamado de *plea bargain*. O dispositivo, que amplia as possibilidades de negociação penal em nosso ordenamento[2], objetiva reduzir a duração do processo penal por meio da substituição da instrução pela confissão como base para a sentença condenatória. Com isso, busca dar uma resposta aos problemas da morosidade e sobrecarga da Justiça Criminal. Para contribuir ao debate que deve ocorrer sobre o tema nos próximos meses, apresento algumas considerações preliminares acerca do modelo proposto, tendo por base o conflito com fundamentos do direito penal[3].

Após a publicação deste texto, o chamado "Projeto de Lei Anticrime" foi, com diversas alterações, convertido na Lei 13.964, promulgada em 24 de dezembro de 2019. Dentre as modificações, esteve a supressão do dispositivo que inseria o art. 395-A ao CPP[4]. Apesar disso, a análise levada a cabo por este artigo é ainda válida, por duas razões: (i)

1 Dividido em três projetos: PLP 38/2019, PL 881/2019 e PL 882/2019. O acordo consta no último. Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso: 21.02.2019.

2 Na mesma linha, o projeto também prevê o "acordo de não persecução penal", para crimes de pena máxima não superior a 4 anos, inserindo o art. 28-A no CPP.

3 Para referências adicionais sobre posições expostas neste artigo, veja-se: DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 155, p. 293-337, maio 2019. Outra importante gama de questões deverá ser discutida com base nas categorias do direito processual penal, como a suficiência da confissão como suporte probatório para a condenação e a renúncia a recursos.

4 No que diz respeito a institutos de justiça negociada, na versão final da lei restou o art. 28-A do CPP, que consolidou no país o "acordo de não persecução".

porque as considerações normativas aqui avançadas, embora levem em conta a redação específica do dispositivo legal suprimido, possuem um nível de abstração que permite que sejam aplicadas de modo mais geral, a outras propostas de formulação de acordos sobre a sentença[5]; (ii) porque a retirada do dispositivo ao longo da tramitação no Congresso Nacional não significa que a discussão sobre a incorporação de mecanismos análogos ao *plea bargain* no Brasil esteja encerrada; pelo contrário, fala-se já na repristinação da proposta e discutem outros modelos[6].

1. Amplitude irrestrita da negociação

Um primeiro problema da proposta é a ausência de restrições em relação às espécies de crimes que podem ser objeto de acordo. A única ressalva a esse respeito é a de que "o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal" (§ 11). Esse dispositivo deixa a decisão acerca do acordo sob a exclusiva discricionariedade do Ministério Público em relação a crimes de maior gravidade – normalmente de ação penal pública. Desse modo, mesmo crimes contra a vida e outros – inclusive hediondos – cometidos com violência ou grave ameaça poderiam ser objeto de negociação. Alguém que tenha cometido homicídio qualificado, tortura ou extorsão mediante sequestro poderá negociar com o acusador e, se este considerar oportuno, ter a pena reduzida em até metade.

Tamanha amplitude para a proposição do acordo é inadmissível. No direito romano-germânico, o objeto do processo penal é tradicionalmente

5 Considerações normativas mais amplas sobre o tema dos acordos sobre a sentença podem ser encontradas em: DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

6 WETERMAN, Daniel. Moro e aliados tentam recuperar 'coração' do pacote anticrime no Congresso. O Estado de São Paulo, 21 de janeiro de 2020. Disponível: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,moro-e-aliados-tentam-recuperar-coracao-do-pacote-anticrime-no-congresso,70003166887>. Acesso em: 28.03.2020. Recentemente, a Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE também voltou a discutir modelos de plea bargain para o Brasil: PLEA Bargain é tema de painel no 2º dia do curso da Enfam sobre corrupção. Ajufe, 13 de março de 2020. Disponível: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/13442-ple-bargain-e-tema-de-painel-no-2-dia-do-curso-da-enfam-sobre-corrupcao>. Acesso: 28.03.2020.

indisponível para as partes. Isto ocorre, entre outras razões, porque o efeito reprobatório e preventivo do direito penal depende da credibilidade da proibição penal e da seriedade da ameaça de sanção. Assim, em relação aos bens jurídicos de maior valor (vida, integridade física, liberdade etc.) e aos ataques mais reprováveis (crimes dolosos, motivações torpes etc.), cujos crimes apresentam um maior desvalor e causam maiores repercussões sociais, a necessidade de punição não deve ser flexibilizada. Possibilitar uma negociação nesses casos debilitaria a credibilidade e a seriedade do direito penal. Por outro lado, em crimes de média e pequena gravidade, a negociação de uma redução de pena poderia ser admitida, desde que devidamente justificada.

Nesta linha, nos institutos de justiça consensual atualmente previstos em nosso ordenamento, a margem de discricionariedade concedida às partes é legalmente delimitada com base no desvalor do crime. A transação penal e a composição dos danos são restritas às contravenções e aos crimes com pena máxima não superior a 2 anos (art. 61 da Lei 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo é restrita aos crimes com pena mínima não superior a 1 ano (art. 89 da Lei 9.099/1995). A colaboração premiada é uma exceção, pois permite negociação de reduções de até 2/3 e mesmo isenção da pena em relação a crimes de maior gravidade, como a extorsão mediante sequestro (art. 159, § 4º, CP) e organizações criminosas ou terroristas (art. 4º, *caput* e § 2º, da Lei 12.850/2013). No entanto, nestes casos a mitigação é empregada como incentivo à proteção de interesses de enorme valor, como a vida ou a integridade física da vítima, e, conforme entendo, a aplicação dos benefícios deve ser produto da ponderação entre a gravidade do crime e a relevância da colaboração[7]. A proteção de interesses dessa dimensão não está em jogo no instituto do art. 395-A, cuja finalidade é exclusivamente imprimir maior celeridade e eficiência à justiça penal.

Portanto, a legitimidade do acordo depende de uma restrição do seu objeto com base no desvalor do crime, de modo a não afetar o efeito reprobatório e preventivo do direito penal. Para isso, pode-se adotar uma técnica semelhante à utilizada em outros institutos, tendo por base a

7 Cf. DE-LORENZI, op. cit. (nota 3).

pena cominada em abstrato[8], ou restringir explicitamente a possibilidade de negociação em relação a crimes dolosos que ofendam bens jurídicos como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, entre outros. As opções, ademais, não são excludentes.

2. Controle deficiente sobre o tipo penal objeto do acordo

Um segundo aspecto é a deficiência do controle da correspondência entre os fatos ocorridos e os tipos acordados. Importante a esse respeito é previsão de que a negociação poderá ocorrer somente após o recebimento da denúncia (art. 395-A, caput), o que permite um mínimo exame judicial prévio ao acordo, por meio da análise sobre a justa causa para a ação penal (art. 395, III, CPP), contribuindo ainda para evitar uma sobrecarga da acusação (*overcharging*)[9]. Para garantir esse controle e a vedação de acordos informais, deveria ser expressamente estabelecida na lei a nulidade absoluta do acordo realizado antes do recebimento da denúncia.

No entanto, os dispositivos são, de modo geral, insuficientes para prover um adequado controle sobre a correção dos tipos negociados. A única disposição direta a esse respeito é de que "o juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal" (§ 7º). O termo *manifestamente* é vago e deixa considerável margem para se admitem acordos sobre tipos distintos

8 Adotada no art. 283 do PLS nº 156/2009 (Projeto de CPP), que limita o acordo a crimes com pena máxima de até 8 anos. Sugerindo sua utilização: LOPES JR., Aury. Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? Conjur, 2019. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso: 02.03.2019.

9 Semelhante, porém mais confiante nos benefícios da incorporação do acordo: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais. CONAMP, 2019. Disponível: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2352-o-acordo-penal-plea-bargaining-e-outros-comentarios-iniciais.html>. Acesso: 20.02.2019. Sugerindo também controle da justa causa, mas com fortes críticas ao plea bargain: OLIVEIRA, Theodoro Balducci; D'AVILA, Fábio Roberto. 'Plea bargain' e o pior dos dois mundos. Estadão [online], São Paulo, 31.01.2019. Disponível: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/plea-bargain-e-o-pior-dos-dois-mundos/>. Acesso: 20.02.2019.

dos realmente ocorridos e até mesmo com sobrecarga da acusação (por exemplo, a imputação de crime de sonegação fiscal mediante falsificação documental cumulado com crime de falso), já que a sanção poderia ser desproporcional ou ilegal e as provas insuficientes, desde que não de forma "manifesta"[10]. Igualmente, a previsão de que na homologação deve ser verificada a *legalidade* do acordo (§ 6º) deixa ampla margem de interpretação sobre o que deve ser objeto de controle[11]. Em todo caso, certo é que não há vedação expressa da negociação acerca dos tipos penais.

Uma correta imputação dos tipos é essencial para finalidade de proteção dos bens jurídicos pelo direito penal. A prevenção de ofensas a bens jurídicos se dá por meio de normas, que impõem ou proíbem determinados comportamentos. A imposição da pena é sempre a reprovação pela infração de uma determinada norma de conduta[12], mostrando com isso a ilicitude do comportamento. Essa reprovação institucionalizada tem efeitos preventivos, reafirmando o valor do bem jurídico, a validade da norma como padrão de comportamento exigido e a seriedade da ameaça de pena. Quando se permite a alteração do tipo penal por meio do acordo, a norma de conduta se torna disponível, afetando-se assim o caráter inderrogável da proibição penal. O comportamento exigido se torna ambíguo, uma vez que a proibição fica condicionada a um acordo posterior ao crime. A norma penal já não afirma: "é proibido matar", mas "é proibido matar, desde que não se negocie no processo um mero dolo de lesão corporal" [13], restando enfraquecida sua força preventiva.

10 No Dicionário Michaelis, o adjetivo "manifesto" significa "1. Que se vê ou percebe com clareza; claro, evidente, óbvio (...) 2. Que não é passível de contestação; indiscutível, inegável." Disponível: <https://michaelis.uol.com.br>. Acesso: 09.02.2019.

11 Exemplo disso é a interpretação dada pelo STF ao controle de legalidade na homologação do acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013), segundo a qual apenas aspectos formais devem ser verificados. Cf. DE-LORENZI, op. cit. (nota 3).

12 Semelhante: GRECO, Luis. Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht. Berlim: Duncker und Humboldt, 2015, p. 274.

13 SCHÜNEMANN, Bernd. Strafrechtssystematisches Manifest, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, pp. 378-382, 2006, p. 379.

Portanto, a legitimidade do acordo pressupõe que seja expressamente proibida a negociação sobre os tipos penais imputados. Em adição, deve-se adotar mecanismos de controle efetivo sobre a imputação, restando a possibilidade das partes negociarem exclusivamente (e de modo limitado, cf. *item* 3) sobre a sanção.

3. Redução excessiva da pena

Um terceiro aspecto diz respeito à determinação da pena. A disposição de que a sanção privativa de liberdade requerida deve ser "aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal" (§ 1º, II) parece mais adequada a uma aplicação da pena proporcional ao fato do que as redações constantes em outros projetos sobre o acordo penal, que indicavam que a pena deveria ser aplicada no mínimo legal, com possibilidade de redução de até 1/3[14]. No entanto, é problemática a previsão de que "as penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos (...)" (§ 2º). Neste ponto, duas questões devem ser consideradas: a eficácia preventiva do direito penal (3.1) e a proteção da voluntariedade do réu (3.2).

3.1. Afetação da eficácia preventiva do direito penal

A determinação da pena deve ter como principal fator a gravidade do crime e a culpabilidade do infrator[15]. A culpabilidade deve ser o limite máximo da punição, o qual não pode ser excedido em nenhuma hipótese, por imposição do princípio da culpabilidade. O limite mínimo, por sua vez, deve ser dado pelas exigências preventivas do direito penal[16]. A imposição da pena, conforme já apontado (*item 2*), reafirma o valor

14 Cf. o art. 283 do PLS nº 156/2009 (Projeto de CPP) e o art. 105 do PLS nº 236/2012 (Projeto de CP).

15 TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 122 e ss.

16 ROXIN, Claus. Strafrecht – Allgemeiner Teil. v. 1. 4ª ed. Munique: Beck, 2006, p. 93.

do bem jurídico, a validade do imperativo de conduta e a seriedade da ameaça de punição. Para isso, é importante que a medida da pena não desvie de modo relevante do merecido conforme a gravidade do crime e a culpabilidade do autor.

Uma redução moderada da pena abaixo do merecido pode manter o efeito preventivo quando devidamente justificada. Portanto, deve-se discutir até que ponto é possível mitigar a punição para dar celeridade e eficiência à justiça penal. Em analogia com os argumentos *supra* (*item 1*), a redução nessa hipótese será mais facilmente justificável quanto menor o desvalor do crime – e em certos delitos mesmo uma redução mínima será inadmissível. Uma redução pela metade desequilibra a proporcionalidade ordinal[17] entre os crimes, podendo tornar a punição pelo roubo (de 4 a 10 anos de reclusão) maior do que a punição pelo homicídio simples (de 6 a 20 anos, que pode ser reduzida para 3 a 10 anos por meio do acordo). Com isso, a mensagem será a de que o roubo e o homicídio possuem o mesmo desvalor. Ademais, diferentemente de certas hipóteses de colaboração premiada, as finalidades buscadas pelo art. 395-A não são suficientes para fundamentar tamanho desequilíbrio na proporcionalidade do quadro de penas. As possibilidades de mitigação da punição nesse caso devem ser bastante mais moderadas para que sejam justificadas e mantenham a credibilidade e seriedade do direito penal.

3.2. Caráter coativo da redução drástica da pena

Um segundo e ainda mais importante aspecto diz respeito ao caráter coativo de uma redução demasiada da sanção. O acordo penal só será legítimo quando baseado na voluntariedade do réu, o que é reconhecido na exigência de que, para a homologação, o magistrado a verifique em audiência (§ 6º). No entanto, as possibilidades de alteração da pena previstas no § 2º permitem que a diferença entre as sanções em caso de acordo e aquelas aplicadas em caso de prosseguimento normal do processo seja tão grande que o réu acabe coagido a aceitar a proposta da acusação. Por exemplo, em crimes como o tráfico internacional de drogas

17 Sobre o conceito de "proporcionalidade ordinal", cf. VON HIRSCH, Andrew. Deserved criminal sentences: an overview. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2017, p. 55 e ss.

ou a lavagem de dinheiro majorada, o réu poderá ser obrigado a escolher entre confessar e receber uma pena de 3 anos ou prosseguir para a fase de instrução sob o risco de receber pena de 6 anos. Essa diferença poderia ter também efeitos sobre o regime e a substituição da sanção: no primeiro caso, o réu não reincidente poderá ter fixado o regime aberto e substituída a pena, por se tratar de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; no segundo caso, o regime será semiaberto e a pena não poderá ser substituída. Isso é agravado ao se possibilitar, independentemente dos parâmetros legais, a disposição acerca do regime e da aplicação de penas restritivas de direitos.

Tendo de escolher entre tamanha diferença sancionatória em caso de acordo e de opção pela produção de provas no processo, o réu é coagido escolher a primeira alternativa, tendo sua vontade viciada[18]. Este fato já é grave em relação a réus culpados, uma vez que o devido processo legal é um direito constitucional (art. 5º, LIV, CRFB). Contudo, as consequências são ainda piores para réus inocentes, que, por aversão ao risco de uma condenação injusta, poderão optar por uma confissão falsa e se submeter a uma pena não merecida. Uma tal situação é incompatível com o princípio da culpabilidade[19], que exige que apenas sejam punidos os culpados e no limite de suas culpabilidades. Portanto, as possibilidades de negociação precisam ser drasticamente restringidas, de modo a evitar a coação do réu. Essa é uma razão adicional para a proibição de negociação sobre o tipo penal (ao lado da exposta no *item 2*) e para uma redução do *quantum* de mitigação de pena admissível (ao lado da exposta no *item 3.1*). Além disso, é uma razão para proibir a disposição sobre a substituição da pena e a alteração do regime, que devem continuar tendo por base os parâmetros legais previstos no CP.

18 Da vasta literatura disponível, veja-se: McCOY, Candace. Plea bargaining as coercion: the trial penalty and plea bargaining reform. Criminal Law Quartely, v. 50, p. 1-41, 2005, p. 21 e ss. No Brasil: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 164 e ss.

19 Negando a possibilidade do mero consenso legitimar a punição onde permaneça válido o princípio da culpabilidade: GRECO, op. cit. (nota 9), p. 273.

4. Considerações finais

Esta breve análise mostra que a atual proposta de acordo para aplicação imediata de penas apresenta uma série de conflitos com os fundamentos do direito penal material. A discussão sobre a sobrecarga e a morosidade da Justiça Penal não pode ser ignorada, mas as respostas para essas deficiências precisam ser muito bem refletidas, para que não se causem maiores problemas do que aqueles que se busca resolver[20] – em especial, para que não se violem direitos e garantias individuais dos cidadãos. A melhor forma de se chegar a uma resposta efetiva é por meio de um amplo, honesto e propositivo debate sobre o tema entre acadêmicos, profissionais e os três poderes da República, em que sejam analisadas as experiências internacionais e os dados empíricos disponíveis.

Caso se conclua que o acordo penal deve ser de fato adotado, seguem algumas sugestões iniciais de alterações que julgo necessárias para que ele seja minimamente legítimo: (1) a restrição dos crimes passíveis de acordo com base em seu desvalor; (2) criação de meios para o controle efetivo sobre os tipos penais imputados; e (3) a redução das possibilidades negociação sobre pena para uma quantidade que (3.1) não afete a eficácia preventiva do direito penal e (3.2) não coaja o réu a aceitar o acordo.

20 Além dos aqui apontados, o aumento da superlotação carcerária, por exemplo. Assim, com críticas à possibilidade de negociação da pena privativa de liberdade: BOTTINO, Thiago. Risco de corpo estranho. O Globo [online], Rio de Janeiro, 29.01.2019. Disponível: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-risco-de-corpo-estranho-23409759>. Acesso: 21.02.2019.

O status processual do corréu delator

LUÍS GRECO
ALAOR LEITE

"I processi sono machine retrospettive"
Cordero, Procedura Penale, 8a ed., 2006, Milano, p. 575

I. A lacuna legislativa

1. A disciplina legal da colaboração premiada é detalhada e lacunosa. *Detalhada*, ao prever, por exemplo, rol de direitos do colaborador (art. 5o, L. 12.850/13*), determinando até mesmo um direito de "participar das audiências sem contato visual com os outros acusados", e ao regular a hipótese de retratação (art. 4o, § 10). *Lacunosa*, por entregar ao labor jurisprudencial questões de alta indagação, como a ordem processual das manifestações processuais. Por descuido ou prestidigitação, as lacunas costumam repercutir na *esfera jurídica do terceiro delatado*, a respeito de quem o figurino legal resguardou insondável silêncio. O Supremo Tribunal Federal (STF) preencheu parte da elipse legislativa no HC 127.483 – controvertido *leading case*, no qual nem sequer se mencionou a possibilidade de "modulação de efeitos", e ao qual retornaremos. É natural, de outro lado, que o Código de Processo Penal não regule a posição jurídica do delator corréu, cujos contornos ainda estão por definir[1]. Aqui, experimentamos virulenta manifestação de *law in action*, em que emerge uma espécie de "força normativa do fático", para usar a expressão do jurista alemão G. Jellinek[2]. A lei tampouco prevê a hipótese de promessa, em acordo de colaboração, de regime concreto de

1 A título de exemplo: por não julgar a questão madura o suficiente, optamos por não oferecer regulação específica para a colaboração premiada em nossa "Proposta Alternativa para a Parte Geral do Código Penal", apresentada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal em 2017 e posteriormente publicada em Greco/Horta/Leite/Teixeira/Quandt, Parte Geral do Código Penal, São Paulo, 2018, p. 125 e ss.

2 G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3a ed. (sétima reimpressão), Darmstadt, 1960, p. 337 e ss., utilizada, evidentemente, em outro contexto.

pena: *eppur si muove*[3]. Como a vida não espera o legislador, o plenário do STF está irrevogavelmente convocado a decidir a questão no HC 166.373, anteriormente posta no HC 157.627, julgado pela 2a Turma. Manifestações jurisprudenciais concretizadoras da marcha processual não são incomuns: há dez anos, o STF foi chamado a decidir sobre o direito à formulação de reperguntas a corréus, sobretudo em caso de defesas colidentes, no HC 94.016 – direito, ao final, garantido ao impetrante e estendido aos corréus, "ainda mais se algum dos acusados se beneficiou, quanto aos fatos objetos do procedimento penal, do favor legal da 'delação premiada'" (p. 51 do voto do Min. Celso de Mello).

2. É precisamente o *direito à última palavra* na fase de apresentação de alegações finais que figura na ordem do dia, o que produziu um caudal de manifestações doutrinárias, como as de – para mencionar algumas mais recentes – Badaró, Mudrovitsch/Carvalho, Lopes Jr./Paczek, Callegari/Linhares, Streck, Gonçalves/Lopes, Vilhena, Silva Jardim, Toron e outros[4]. A conformação mais concreta da posição jurídica do delator no processo em que é corréu ao lado do delatado deve levar em conta, portanto, a lei, naquilo em que ela é detalhada, a *jurisprudência do STF,* em seu mister integrador de lacunas, as *ideias estruturantes do processo*

3 Cf. o artigo de de-Lorenzi, A determinação da pena na colaboração premiada, RBCCrim 155 (2019), p. 293 e ss.; ver também Callegari/Linhares, Colaboração premiada, Porto Alegre, 2019, p. 120 e ss.

4 Badaró, O "colaborador premiado" como figura específica da persecução penal e a necessidade de um regime legal próprio: os problemas da instrução e a ordem de apresentação dos memoriais , in: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-colaborador-premiado-gustavo.pdf; Mudrovitsch/Carvalho, HC 166.373: uma nova posição jurídica para os "delatores" e "delatados", in: https://www.conjur.com.br/2019-set-25/opiniao-posicao-juridica-delatores-delatados; Lopes Jr./Paczek, Corréu delator tem que ser ouvido antes das testemunhas de defesa, in: https://www.conjur.com.br/2019-set-27/limite-penal-correu-delator-ouvido-antes-testemunhas-defesa; Callegari/Linhares, Delatados devem falar por último no processo penal, in: https://www.conjur.com.br/2019-set-02/opiniao-delatados-falar-ultimo-processo-penal; Streck, Garantia de falar por último é para todos, in: https://www.conjur.com.br/2019-set-28/streck-supremo-nao-restringir-garantia-falar-ultimo; Gonçalves/Lopes, Na Lava Jato, a ordem dos fatores altera o resultado, in: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/na-lava-jato-a-ordem-dos-fatores-altera-o-resultado-10092019; Vilhena Vieira, Sísifo e a lei, in: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2019/09/sisifo-e-a-lei.shtml; Silva Jardim, Réu delator funciona como espécie de assistente da acusação trazida pelo MP, in: https://www.conjur.com.br/2019-set-02/afranio-silva-jardim-reu-delator-atua-assistente-acusacao; Toron, A "lava jato" vive, mas dentro da lei, in: https://www.conjur.com.br/2019-set-03/alberto-zacharias-toron-lava-jato-vive-dentro-lei .

penal brasileiro, que edificam o sistema, e, por fim, a *vocação específica da colaboração premiada*, qual seja a de repercutir na esfera de terceiros eventualmente coautores ou partícipes[5].

II. O status processual do delator corréu e a ordem das manifestações na colaboração premiada orientada à condenação de terceiros

1. Entre as questões em aberto está a definição mais precisa do *status processual do corréu delator.* Não há regra expressa a esse respeito. Há apenas rumorosas, mas inconclusivas pistas na L. 12.850/13: o texto legal utiliza ora a expressão "depoimento" do colaborador (art. 4o, §14) – utilizada no contexto da disciplina da testemunha (art. 204 CPP) –, ora refere-se às "declarações" do colaborador (art. 4o, §7o) – utilizada para referir-se ao direito de representação (art. 39 CPP) –, retira-lhe o direito ao silêncio que assiste a todo imputado, condiciona o acordo à confissão e impõe o dever legal de dizer a verdade (art. 4o, § 14) – novamente, qual testemunha. De outro lado, seria despojado de sentido afirmar que o *delator corréu* será testemunha de acusação no processo em que figura no polo passivo da relação jurídico-processual, correndo risco de condenação. O delator não é, ainda assim, acusado "comum". Afinal, entre outras coisas, o acusado "comum", em nosso sistema processual, não entabula sigiloso[6] consórcio com o órgão de persecução em desfavor de terceiro, levado à homologação judicial – pelo mesmo juiz que proferirá a sentença quanto ao colaborador e ao terceiro delatado –, tudo, em regra, antes do oferecimento da denúncia[7]. O acusado "comum" é simplesmente surpreendido pelo órgão de persecução, não granjeia qualquer melhora em sua situação processual e, também por isso, possui direito a uma acusação precisa e determinada (art. 41 CPP) e ao silêncio – ao qual renuncia o delator. Tampouco aproxima-se sua posição à do assistente da acusação, sujeito processual representante do ofendido e a quem não

5 Sobre a classificação das colaborações premiadas a partir dos resultados visados, cf. o texto a seguir.

6 Até o recebimento da denúncia, segundo o art. 7o § 3o.

7 Embora possa haver colaboração posterior, art. 4o § 5o.

atine nenhum risco processual de condenação, para não mencionar a proibição expressa do art. 270 CPP[8].

2. Está posto o impasse: o colaborador não é testemunha, assistente da acusação e nem tampouco é acusado "comum". O delator é, simplesmente, isto: *delator.* A especificidade da figura do delator circunscreverá as fronteiras de sua posição jurídico-processual. Dessa definição decorrem, naturalmente, *consequências* relevantes, tais como a ordem das oitivas durante a instrução[9], da apresentação da resposta preliminar[10] e dos memoriais escritos – já que em contexto de organizações criminosas é difícil imaginar o seguimento da regra de apresentação de alegações finais orais (art. 403 CPP). Sobre a ordem de apresentação dos memoriais finais, atualmente, repousa máxima controvérsia.

3. A concessão da "última palavra" ao acusado não corporifica especificidade, mera formalidade ou capricho de nosso sistema processual. No CPP alemão, em seu § 258, pode-se ler expressamente, já em sua epígrafe: "direito de última palavra" (*Recht des letzten Wortes*). A finalidade dessa regra repousa, segundo Roxin/Schünemann, na possibilidade de o acusado "manifestar-se definitivamente sobre o conjunto do material processual[11] . A resposta à indagação sobre a ordem processual de apresentação de memoriais em casos de corréu delator, contudo, não pode ser dada com meros trespasses alfandegários: aqui, é preciso atender à vocação específica da colaboração premiada no direito brasileiro. Na Alemanha, por exemplo, distingue-se claramente entre a (pouco usada e mais restrita) colaboração premiada (*Kronzeugenregelung* prevista no § 46b do CP alemão) e o acordo no processo penal (*Absprache* previsto no § 257c do CPP alemão). Entre nós, a colaboração premiada, em sua conformação real, parece assumir forma inusitadamente híbrida.

8 "O co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público".

9 Cf. Lopes Jr./Paczek, Corréu delator tem que ser ouvido antes das testemunhas de defesa, in: https://www.conjur.com.br/2019-set-27/limite-penal-correu-delator-ouvido-antes-testemunhas-defesa .

10 Cf. Mudrovitsch/Carvalho, HC 166.373: uma nova posição jurídica para os "delatores" e "delatados", in: https://www.conjur.com.br/2019-set-25/opiniao-posicao-juridica-delatores-delatados.

11 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29a ed., München, 2017, p. 351.

4. A colaboração premiada, em nosso direito, é meio de obtenção de prova (art. 3o)[12] que visa a atingir alguns resultados elencados no art. 4o, que permitem uma distinção analítica entre *três formas* de colaboração premiada: a principal delas, a *colaboração destinada à condenação de terceiros por fatos passados*, prevista nos incisos I e II; a *colaboração preventiva,* destinada à evitação de fatos futuros, prevista nos incisos III e V; e, por fim, a *colaboração compensatória,* destinada à recuperação do produto ou do proveito das atividades criminosas, do inciso IV. Poder-se-ia, também, chamar a primeira de *colaboração repressiva ou retrospectiva,* porque referida a informações sobre um evento passado, qual seja, o fato que se atribui ao delatado, a segunda e a terceira de colaboração *prospectiva*, cujas informações se dirigem a alcançar efeitos futuros, ou de impedir crimes, ou de compensar danos. Convém elevar ao centro de discussão o problema da posição processual do corréu delator no caso mais comum, o da *colaboração premiada destinada à condenação de terceiros* – os delatados.

5. Esta forma de colaboração premiada é instituto naturalmente programado para *intervir na esfera de liberdade de terceiros.* Por definição e por vocação do instituto – e não por acidente, como em outras formas de encontro fortuito de provas –, há a figura do delatado. Na linguagem do direito privado, está-se em face de um contrato em desfavor de terceiro que visa a alargar o objeto da instrução – diferentemente do que ocorre com o acordo no processo penal, que visa a abreviá-la. Para garantir a eficiência da produção probatória, o entabulamento do acordo ocorre às costas do delatado. Não é apenas o delator, contudo, quem, atuando *sua sponte*, como pessoa privada, intervém na esfera de um terceiro. O delator atua em conjunto com o delegado de polícia, o Ministério Público (art. 4º § 6º) e o juiz (art. 4º §§ 6o, 7o), isto é, com agentes estatais, de modo que se trata de uma intervenção estatal na esfera do delatado.

6. Essa intervenção estatal assume forma qualificada quando ocorre o recebimento da denúncia em face do delatado, inaugurando uma *probabilidade de condenação*[13] – conceito mais adequado para concretizar

12 Cf. as considerações diferenciadas de Badaró (nota 4).

13 Por todos, no direito alemão, Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29ª ed., München, 2017, § 40 nm. 6 e s.; Greco, O inviolável e o intocável no direito processual penal: Considerações

a ideia de justa causa (art. 395 III CPP)[14], e que já encontra aceitação na jurisprudência do STF[15]. Precisamente aqui surge o ponto de inflexão, que decidirá o *locus* do delator no processo em que é corréu. Afinal, é, em tese, defensável a formação de consórcio entre delator, órgãos de persecução e juiz homologador às costas do delatado até o recebimento da denúncia, de modo a garantir a "eficiência da persecução", se assim se quiser. *Instaurada a chamada relação jurídico-processual*, contudo, o delatado não poderá mais ser surpreendido por nenhuma manifestação do delator, seja ela referente a fatos, seja ela eminentemente jurídica. O consórcio à sua revelia dissolve-se com o recebimento da denúncia. Tem-se agora um processo que se destina à formação de culpa de acusados.

7. A comparação com o corréu "comum" parece definir a questão. Há, naturalmente, *convergências*. Ambos, corréu "comum" e corréu delator, encontram-se sob *risco de condenação*, assim como o delatado e diversamente do que ocorre com a testemunha e o assistente da acusação. Em relação à credibilidade das declarações do corréu "comum", igualmente, sempre se endereçaram setas. O jurista alemão Mittermaier, em 1834, falava em "declarações suspeitas", que não mereciam "toda credibilidade"[16]. Em sua seminal investigação empírica sobre erros

introdutórias sobre o processo penal alemão, in: Wolter, O inviolável e o intocável no direito processual penal, Trad. Luís Greco, Alaor Leite e Eduardo Viana, Madri/São Paulo, 2018, p. 21 e ss. (p. 59); em Portugal, fala-se em "possibilidade razoável" de aplicação de pena (art. 283, n. 2 CPP português: "Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança"), o que segundo a doutrina ocorre "sempre que seja mais provável a condenação do que a absolvição do agente" (João Antunes, Direito Processual Penal, 2a ed., Coimbra, 2018, p. 90); ver também as considerações de Sousa Mendes, Lições de Direito Processual Penal, Coimbra, 2018, p. 75

14 Lopes Jr., Direito Processual Penal, 15a ed., 2018, p. 195 e ss., com comentários críticos; extensamente, com sutis diferenciações, Badaró, Processo Penal, 6ª ed., São Paulo, 2018, p. 173 e ss.

15 STF Inq. 3994, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, sobretudo na p. 34 e ss. do voto, em que se fala em "probabilidade de condenação"; da mesma forma em STF Inq. 3998, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, em que se pode ler na ementa: "O fumus commissi delicti, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria".

16 Mittermaier, Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozess, Darmstadt, 1834, p. 328 e ss., p. 331

judiciais, o processualista alemão Karl Peters indicou a necessidade de que a "credibilidade" do coautor que incrimina outro sujeito deva ser escrutinada e "necessita de uma conferência a partir de provas reais"[17]. Esse receio encontrou lugar no CPP italiano, em seu art. 192, 3o[18]. A mesma falta de credibilidade, como é cediço, é atestada em face das declarações do corréu delator, que clamam por "provas de corroboração"[19] para sustentarem a abertura de um processo ou o proferimento de sentença condenatória. A lei brasileira exige, para a sentença condenatória, provas que *transcendam as declarações de agente colaborador* (art. 4o, § 16). O conceito de "provas de corroboração", transportado do direito americano[20], representa, em nosso sistema, uma matização de um sistema "puro" de livre apreciação de provas (art. 155 CPP): o magistrado não pode se reportar na fundamentação de sua sentença apenas a declarações de fidedignidade relativa. Há boas razões para essa regra, cuja aplicação praeter legem se propõe, por exemplo, na discussão alemã[21] e também é exigida pelo Tribunal Supremo espanhol[22].

8. A *divergência fundamental* vem a seguir: não se trata, no caso do delator corréu, de realocação de culpa em terceiros para exonerar-se de

17 Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß, vol. II, Karlsruhe, 1972, p. 42; sobre os riscos do depoimento do coimputado ver idem, Strafprozeß, 4a ed., Heidelberg, 1985, p. 399 e ss. Há tempos o BGH, equivalente ao nosso STJ, considera a posição de coimputado incompatível com a de testemunha: BGHSt 10, 10 e s.

18 "Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità".

19 Ver, por todos, Vasconcelos, Colaboração premiada no Processo Penal, São Paulo, 2017, p. 217 e ss.

20 Há farta e esclarecedora literatura: cf. apenas Greer, The Modern Law Review 51 (1988), p. 121 e ss.; Cornette, Kentucky Law Journal 40 (1952), p. 417 e ss.; Saverda, Yale Law Review 100 (1990), p. 785 e ss.; Leubsborf, Indiana Law Review 51 (2018), p. 613 e ss., p. 615 e ss. No Brasil, Gomes/Rodrigues da Silva, Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação, p. 314 afirmam: "Em uma análise do direito comparado, nota-se que a Lei 12.850/13 em muito se aproximou do direito norte-americano (Estados Unidos da América)".

21 Ver referências em Frahm, Dia allgemeine Kronzeugenregelung, Berlin, 2014, p. 263, nota 601; ver também o artigo de Hoyer, JZ 1994, p. 233 e ss., p. 237; da mesma forma, Eisenberg, Beweisrecht der StPO, nm. 943, p. 368.

22 Gomes/Rodrigues da Silva, Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação, p. 347.

responsabilidade – o que pode ocorrer no caso de corréu "comum", mas não ocorre necessariamente –, mas de *cumprimento de acordo* entabulado com o órgão de persecução, de modo a gozar dos benefícios pactuados, o que se dará caso o delator logre convencer o magistrado de que sua colaboração foi eficaz – o mesmo magistrado, aliás, que homologara o acordo. A *diminuição do risco de condenação*, para o corréu delator, passa necessariamente pelo *aumento do risco de condenação* do corréu delatado – o que não ocorre com o corréu comum, que, além disso, ainda goza do direito ao silêncio a que renunciou o corréu delator. Parte essencial do convencimento de que a colaboração produziu os resultados visados pela lei (art. 4o caput e seu § 1o) ocorre precisamente nas *alegações ou memoriais finais, que documentam a versão definitiva do delator sobre a instrução probatória.* Naturalmente, não significa afirmar que a eficácia da colaboração dependa da efetiva condenação do delatado: está-se, aqui, no plano do *aumento do risco* de condenação – a condenação dependerá do convencimento do magistrado e está fora do controle do delator. O corréu delator, ao contrário do corréu delatado, já confessou, renunciou ao direito ao silêncio e submeteu-se ao dever de dizer a verdade: não se trata mais de processo de conhecimento eminentemente orientado à formação da sua culpa. A única condicionante repousa precisamente na necessidade de demonstração de eficácia da colaboração. Além disso, o corréu delator *consentiu* – o acordo apenas é homologado se estiver presente a "voluntariedade" (art. 4o, § 7o) – em sua condição processual, com riscos, benefícios e limitações – o que não ocorre com o delatado. Essa disparidade talvez explique o fato de se não encontrar habeas corpus de delatores questionando a ordem de apresentação de memoriais.

9. A posição específica do corréu delator pode ser evidenciada a partir de relevante distinção entre os aspectos interno e externo da colaboração premiada, que não raro se veem embaralhados, sobretudo em razão da conexão íntima que entre eles existe:

a) O aspecto *interno* da colaboração premiada diz apenas com as esferas jurídicas das "partes" negociantes, isso é, o colaborador e o Ministério Público, sob o controle homologatório do juiz. A pergunta, aqui, é pela eficácia da colaboração, ou seja, sua idoneidade para atingir os resultados listados nos incisos do art. 4o, de modo a garantir

ao colaborador o gozo dos benefícios acordados.

b) Essa questão deve ser distinguida do aspecto *externo* da colaboração, que diz com a *esfera jurídica do terceiro delatado*, isto é, diz com a qualidade probatória que deve estar presente para que se ingresse na esfera jurídica alheia – por exemplo, decretando medida cautelar, como afastamento da função, busca apreensão ou prisão preventiva, ou gerando o recebimento da denúncia ou a condenação, respeitado o art. 4o, § 16.

10. A *conexão existente entre os aspectos interno e externo* da colaboração premiada destinada à condenação de terceiros, isto é, a conexão entre necessidade de o corréu delator demonstrar em alegações finais a eficácia de sua colaboração, edificando sua versão definitiva sobre a instrução probatória, e o *aumento do risco de condenação* do delatado precisamente em razão dessa demonstração de eficácia, conduzem à conclusão de que ao corréu delatado deve ser garantido o direito de manifestar-se *após* a versão definitiva do corréu delator, cuja vocação é a de ingressar em sua esfera jurídica. Afinal, nunca se poderá excluir a hipótese de que o confronto com a versão definitiva do corréu delator possibilite ao delatado a chance de *influir na decisão* sobre a formação de sua culpa, ainda que minimamente – por exemplo, em assuntos ligados à determinação judicial da pena. Esse aumento de risco de condenação justifica a manifestação posterior do delatado.

11. Essa conexão entre *versão do corréu delator e aumento da probabilidade de condenação do corréu delatado* – essa espécie de "interesse processual direto" na condenação alheia, insuflado pela ordem jurídica e perseguido desde o início – é reconhecida pela lei, que parece enxergar o delator como *algoz* do delatado, ao reconhecer-lhe no art. 5o determinados direitos, como o de "ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes" (III), o de "participar das audiências sem contato visual com os outros acusados" (IV) e o de "cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados" (VI).

12. Ao lado desse *argumento central* sobre o *status* processual do corréu delator, emerge um *argumento adicional de coerência ou integridade jurisprudencial*. A *regra de compensação* que rege o processo

penal – uma de suas ideias estruturantes – é de inequívoca clareza: a ordem jurídica, que previu novo *mecanismo de intervenção estatal na esfera de direitos individuais, tem igualmente de prever um mecanismo processual de impugnação que possibilite ao terceiro o questionamento tempestivo da legalidade dessa intervenção.* A toda intervenção estatal deve corresponder um mecanismo processual compensatório. Uma vez que já o próprio termo de delação representa uma intervenção na esfera do delatado, a este tem de ser garantido o direito de questionar judicialmente já a legalidade do termo – vale dizer: a *origem* – e não apenas as consequências dele derivadas (prisão preventiva, medidas cautelares reais etc.).

13. A conhecida decisão do HC. 127.483 pelo Supremo Tribunal Federal deixou, contudo, assentada a inadmissibilidade de impugnação de acordos de colaboração premiada por terceiros delatados, que devem confrontar as declarações judicialmente em seus respectivos processos. O terceiro deve assistir impassível à produção probatória decorrente das declarações como meio de obtenção de prova, conduzida por agentes estatais e homologadas judicialmente, ganhando, assim, dignidade e tornando-se uma *intervenção estatal qualificada em sua esfera jurídica* – uma intervenção que não poderá ser impugnada com imediatez, negando-lhe um "direito ao confronto"[23], previsto, por exemplo, no art. 14, III, e) do Pacto Internacional sobre Direito Civis e Políticos (Dec. 592/1992)[24]. Nesse diploma, esse direito se refere a testemunhas, mas parece estar conectado ao dever legal de comparecer e de dizer a verdade sobre os fatos – dever que ao corréu delator também assiste (art. 4o § 14). Lesões (ou ameaças de) ao direito do delatado são, na origem, alijadas da apreciação judicial, em latente fricção com o art. 5º XXXV, CF: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O

23 Ver a monografia de Malan, Direito ao confronto, 2009; a esse respeito no contexto da colaboração premiada, ver Gomes/Rodrigues da Silva, Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação, p. 350 e ss., p. 352, que defendem que não há violação ao direito ao confronto em razão de que a colaboração premiada "é mero instrumento probatório e não prova, não valendo as informações do colaborador como provas".

24 Art. 14, III, e): "de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento ao interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação". Cf. Pereira, Delação premiada, Curitiba, p. 146 e ss.

delatado deve esperar.

14. A despeito da correção ou incorreção desse posicionamento, o argumento de coerência e integridade que daqui decorre é de estrutura simples e assume formato *escalonado:* se o terceiro afetado pelas declarações e por eventuais provas de corroboração deverá esperar a instauração de processo próprio em face si para que possa confrontar as provas, é imprescindível que se exija *alta qualidade probatória* para que essa segunda relação jurídico-processual *sequer venha a existir*. Caso ela venha a existir – caso a denúncia seja recebida em face do delator e do delatado –, parece ser óbvia a próxima decorrência lógica: se o delatado não pode confrontar com *imediatez* o termo de delação e os seus anexos em sua *origem,* deve poder contraditar a produção probatória em torno da formação de sua culpa por *último*, após *definitivamente desenhado o quadro forjado na instrução*. Se a versão definitiva do corréu delator, na colaboração destinada à condenação de terceiros, compõe-se sobretudo da demonstração de eficácia da colaboração processual para atingir os resultado elencados nos incisos I e II do art. 4o, então o direito à última palavra – cuja finalidade, acima definida, é a de possibilitar ao acusado que este se manifeste "definitivamente sobre o conjunto do material processual"[25] – deve ser garantido ao corréu delatado, cujas chances de condenação, em regra, aumentam após os memoriais do delator.

15. Aqui, ao lado dessa *decorrência processual lógica* da natureza da colaboração premiada, ingressa em cena o direito constitucional à ampla defesa – embora se deva evitar aqui qualquer hipostasiação de grandezas não anteriormente definidas, recaindo no "método da inversão" que se invectivou à "jurisprudência dos conceitos"[26]. A Constituição da República, ao qualificar a defesa de "ampla" (art. 5º LV, CF), dá a entender que não quer conferir ao direito um conteúdo reduzido, mas que deseja equilibrar a vacilante balança processual. Podemos apontar, neste mofino espaço, como conteúdo mínimo do direito de defesa, uma oportunidade de se manifestar sobre *questões de direito* e discutir e produzir prova sobre questões de fato. Se a manifestação do delator está vocacionada a

25 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, p. 351.

26 Cf. o estudo clássico de Heck, Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?, in: Ellscheid/Hassemer, Interessenjurisprudenz, Darmstadt, 1974, p. 41 e ss., p. 42 e s.

interferir na esfera jurídica do delatado, e se essa manifestação encontra seu ápice nos memoriais finais, em que se alegam *questões de fato* e de direito que melhorem a situação processual do alegante, parece integrar o conceito de ampla defesa o direito do delatado à *manifestação derradeira* na fase do art. 403 CPP.

16. Ecoa, aqui, o vaticínio que Hassemer, saudoso ex-Vice-Presidente da Corte Suprema alemã, lançou em 1986 sobre o valor probatório das colaborações: "A delação vai acabar por dificultar a descoberta da verdade no Processo Penal", exigindo uma ainda maior dilação probatória[27]. Meios "eficientes" de obtenção de prova, destinados a atender aos interesses da persecução criminal, exigem mecanismos compensatórios: não parece ser, sob nenhum ângulo, exagerado garantir àquele que esperou impassível que a intervenção em sua esfera jurídica gerasse probabilidade real de condenação que se manifeste *após* definitivamente desenhado o quadro processual a seu respeito. Afinal, o quadro processual do corréu delator está, desde o início, desenhado. Se a versão definitiva do corréu delator aumenta a probabilidade de condenação do corréu delatado – diminuindo o risco próprio de condenação, ainda existente –, como será o caso na colaboração destinada à condenação de terceiros (art. 4o I e II), parece lógico facultar ao corréu delatado a chance de se manifestar a respeito desse aumento de probabilidade de sua condenação. Doutro modo, será sonegado ao protagonista o acesso à redação final do roteiro da peça cujo ato derradeiro poderá ser a sua condenação.

III. Consequência processual: nulidade, "modulação de efeitos" e diferenciação entre delação retrospectiva e delação prospectiva

1. Resta o questionamento em torno da violação da ordem de manifestações processuais em casos de corréu delator nas colaborações que se destinam à condenação de terceiros. A chave para a determinação da *consequência processual* do desrespeito à ordem de manifestação,

27 Hassemer, StV 1986, p. 550 e ss., p. 552.

sobretudo (mas não só) na fase de alegações finais, parece estar menos no controvertido conceito de "prejuízo"[28], e mais em sua concretização, ou seja, no conceito de *influência na decisão da causa*, disposto no art. 566 CPP: "Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa". A verdadeira indagação passa a ser a seguinte: a inversão da ordem de manifestação *influiu* na decisão prolatada? Essa influência – ou a possibilidade de influência – poderá ser determinada a partir de uma comparação entre a sentença proferida e os memoriais finais do corréu delator.

2. No caso de delator corréu em colaboração destinada à condenação de terceiros, isto é, de *delação retrospectiva ou repressiva*, a resposta será, em regra, *positiva*, por algumas razões:

a) Os memoriais do delator representam a sua *versão definitiva* sobre a instrução probatória finda, cuja função, desde a sua perspectiva, é a de demonstrar a eficácia de sua colaboração, de modo a granjear *melhora em sua situação processual*, o que será decidido pelo magistrado e não precisa coincidir com a condenação do delatado.

b) Essa demonstração passa necessariamente pela construção de uma *cadeia argumentativa* entre as suas declarações e as provas de corroboração, no sentido de conduzir à responsabilização do delatado: se suas declarações não tiverem sido eficazes no sentido de produzir os resultados previstos em lei, ele não gozará dos benefícios; se forem dolosamente falsas, poderá ter realizado o tipo penal do art. 19.

c) A versão definitiva do delator, que visa a demonstrar a eficácia de sua colaboração, em regra, *aumenta o risco de condenação do delatado* – um conceito conhecido do direito penal material, relevante no contexto da determinação do nexo de imputação –, que deve poder contestar essa versão definitiva em sua inteireza. Esse *aumento do risco* é suficiente para admitir a influência na decisão da causa (art. 566 CPP). Da perspectiva do delator, a diminuição do risco de não gozar dos benefícios pactuados está irreversivelmente conectada ao aumento do risco de condenação do delatado. Para ficar com um

28 Cf. Lopes Jr./Paczek (nota 4).

exemplo de direito comparado, afirma-se na jurisprudência alemã que a "não concessão da última palavra" significará a violação a regras jurídicas e fundamentará a Revision (§ 337 CPP alemão) – o recurso especial alemão – quando "a decisão basear-se ou fizer referência a esse aspecto", o que poderá ser excluído apenas em casos excepcionais. A regra, portanto, será a cassação da decisão proferida sem a concessão do direito à última palavra em sede de Revision[29].

d) Essa influência *não* ocorrerá principalmente nos casos em que a sentença condenatória em face do delatado estiver baseada em *fundamentos completamente independentes* das declarações ofertadas pelo colaborador – vale dizer: as provas posteriores não guardam qualquer conexão com as declarações do colaborador. Nesse caso, é preciso advertir a respeito do istmo existente entre eficácia da colaboração do delator, na colaboração retrospectiva, e aumento de risco de condenação do delatado. Afinal, em muitos casos a negação do "prejuízo" ao delatado implicará na negação dos benefícios previstos no art. 4o nos casos dos incisos I e II para o delator: *a ausência de nulidade da inversão da ordem seria normalmente acompanhada, assim, da não concessão dos benefícios ao corréu delator,* no caso de colaboração premiada destinada à condenação de terceiro. Na colaboração retrospectiva, se a colaboração não chegou a sequer aumentar o risco de condenação do delatado, parece natural dizer que ela não foi eficaz. Não será sempre assim, contudo: é possível pensar na hipótese de absolvição do delatado por motivos jurídicos alheios às declarações do delator – o delatado não era funcionário público no sentido dos arts. 317 e 327 CP, ou atuou em erro de proibição inevitável (art. 21 CP) –, caso em que a concessão dos benefícios poderá conviver com a ausência de condenação do delatado. Como se vê, há uma tendência – que pode ser afastada, como na hipótese abaixo mencionada – de decretação de nulidade na colaboração retrospectiva, orientada à condenação de terceiros, o que não ocorrerá nas *colaborações prospectivas* e compensatórias dos demais incisos (acima II., 4.). Essa *independência* deve, em todo caso, ser avaliada

29 No original: „Die Nichterteilung des letzten Wortes begründet nicht ausnahmslos die Revision, sondern nur dann, wenn und soweit das Urteil darauf beruht. Dies kann indes nur in besonderen Ausnahmefällen ausgeschlossen werden" (BGH– 3 StR 185/14 = BeckRS 2014, 15076).

a partir do escrutínio dos fundamentos expostos em cada sentença proferida após o desrespeito à ordem de manifestações.

e) Outro caso de eventual não decretação de nulidade seria aquele em que o delator se limita a repetir conteúdo já de conhecimento do delatado, sobre o qual ele já teve ampla oportunidade de manifestar-se, sem proceder a qualquer acréscimo de fato ou de direito em suas alegações finais. Esse caso pode, em tese, ocorrer também na colaboração destinada à condenação de terceiros, embora seja mais natural verificar a hipótese contrária, na medida em que as alegações finais representam a única chance de o corréu delator entoar a sua versão definitiva sobre a *instrução finda*, de modo a *demonstrar ex post* a eficácia de sua contribuição processual e garantir o reconhecimento em sentença dos benefícios pactuados.

3. Diversa será a situação nas delações que chamamos de *prospectivas*, isto, é a *colaboração preventiva*, destinada à evitação de fatos futuros, prevista nos incisos III e V do art. 4º caput L. 12.850/13; e a colaboração compensatória, destinada à recuperação do produto ou do proveito das atividades criminosas, prevista no inciso IV. Essas formas de colaboração não tendem, diversamente da colaboração retrospectiva, a um aumento do risco de condenação do delatado, mas à produção de efeitos de todo independentes dessa condenação. Assim, o fato de que o delatado não possa, antes de sua sentença condenatória, manifestar-se a respeito das alegações finais de quem oferece informação que ajudou a salvar a vítima, por exemplo, não aumenta diretamente o risco de condenação.

4. Por fim, observe-se que a realidade é mais complexa que a teoria. Haverá delações que visam a obter vários dos efeitos mencionados no art. 4º, caput, e que poderão ser, a um só tempo, retrospectivas e prospectivas. Nessas situações, valem as regras da delação retrospectiva, que acima descrevemos (item 2.).

5. A menção a uma suposta "modulação temporal de efeitos" – que nada tem a ver com a discussão sobre a necessidade arguição tempestiva da nulidade – em habeas corpus individual que visa a

concretizar o direito à ampla defesa (art. 5º LV, CF), acima delineado mais detalhadamente, parece ser completamente fora de lugar – não se verificou o mesmo esmero em face de decisão de negar aos delatados o direito ao questionamento do termo de delação e de seus anexos em sua origem. O problema não é de "modulação", mas de verificação, no caso concreto, da existência de *influência na decisão da causa* (art. 566 CPP), ou seja, se houve ou não aumento do risco de condenação com a apresentação dos memoriais do corréu delator. A rigor, nem se poderia tratar de *prospective overruling* com vigência ex nunc em sentido técnico, que visa a guiar o comportamento dos cidadãos no futuro[30]: a decisão diz respeito à determinação concreta de regras processuais dirigidas aos agentes do Estado e que, se violadas, por definição, devem ser aplicadas retroativamente. O processo visa a decidir um caso passado: "os processos são máquinas retrospectivas"[31]. Se o STF considera a manifestação derradeira do corréu delatado uma decorrência do direito à ampla defesa, então terá havido apenas o reconhecimento de um direito desde sempre existente – e não criação de regra –, apenas não garantido pelos tribunais[32]. De todo modo, garantida a ordem de manifestações, não haverá, desde a perspectiva dos órgãos de persecução, o que temer: o derradeiro ato processual – a sentença – será de um juiz imparcial, que decidirá com base no conjunto dos fatos demonstrados na instrução sobre a eficácia da colaboração e sobre a formação da culpa do delatado. Por fim, ainda que se quisesse problematizar a questão da retroatividade, essa interpretação judicial produziria inequivocamente efeitos favoráveis ao réu. Nem os interesses da persecução, nem o corréu delator sofrem nenhum abalo com essa interpretação. Ou sofreria o corréu delator, que consentiu em figurar nessa posição de modo a granjear benefícios, algum prejuízo?

IV. Conclusão

30 Cf. Leite, Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial, in Renzikowski/Godinho/Leite/Moura, O Direito Penal e o tempo, Coimbra, 2016, p. 43 e ss.

31 Cordero, Procedura Penale, 8a ed., 2006, Milano, p. 575.

32 Cf. Streck (nota 14).

Em resumo: o *direito à última palavra*, no contexto da colaboração premiada orientada à condenação de terceiros, pode ser definido como *o direito do corréu delatado de se manifestar sobre toda movimentação processual – seja ela referida a questões de fato ou de direito – direcionada a aumentar a probabilidade de sua condenação.* O delator não é testemunha, assistente da acusação ou corréu "comum": é delator. Os memoriais do corréu delator na colaboração destinada à condenação de terceiros (art. 4o I e II) – a que chamamos de *colaboração retrospectiva* –, por estarem vocacionados à demonstração *ex post* de cumprimento de um acordo pretérito destinado a intervir na esfera do delatado e por serem a versão definitiva do delator sobre a instrução finda, inequivocamente *aumentam* a *probabilidade de condenação do delatado* – embora não precisem com ela conviver necessariamente, como visto. A inversão da ordem *influirá,* em regra, na decisão da causa (art. 566 CPP), ressalvados os casos acima mencionados. Aqui, é o caso de melhor definir o conceito de "influência", o que se tentou fazer com o critério do aumento do risco de condenação, que deve ser analisado topicamente. A última palavra deve ser do corréu delatado, não por "excesso formalístico", mas por decorrência lógica de seu status processual. Afinal, o "jurista sobrevive, pois, sem fórmulas lógicas, mas não sem lógica"[33].

33 Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2a ed., Göttingen, 2011, p. 19.

Constrição patrimonial no direito penal brasileiro: Sentido e limites do "confisco por equivalência" e do "sequestro subsidiário"

ADRIANO TEIXEIRA
FELIPE GONÇALVES

I. Introdução

Nos dias atuais, é raro que a intervenção do Estado nos direitos fundamentais do investigado ou acusado se dê apenas sob forma de restrição de liberdade. Sobretudo no contexto da criminalidade patrimonial ou econômica, o infrator se verá, na maioria esmagadora dos casos, confrontado uma intervenção em seu patrimônio, seja durante ou ao final do processo. Não raro, o vigor da atuação do Estado na recuperação de ativos provenientes de crime causa um impacto nos atingidos (investigados, réus e até mesmo terceiros) comparável ou até maior que a própria pena.

É claro que a perda dos instrumentos e dos produtos do crime para o Estado - medida legítima, malgrado a discussão acerca de sua natureza jurídica[1] e do procedimento adequado para executá-la - não é fenômeno que se possa chamar de novidade. Não obstante, sob o mantra "o crime não compensa" (ou melhor: não deve compensar), os mecanismos de constrição patrimonial no processo penal têm se expandido na lei e, sobretudo, na prática[2]. Alguns enxergam inaugurada uma "terceira via do direito penal"[3], em constante alargamento.

1 Assado, Tiago Cintra. A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro. Tese de Doutorado USP, 2014, p. 20.

2 Em 2002, em referência ao direito penal da Common Law, Peter Aldridge já apontava para o protagonismo da recuperação de ativos no âmbito do sistema criminal: "both confiscation and forfeiture are moving from the wings of the criminal justice system to centre stage" (Aldridge, Peter. Smuggling, Confiscation and Forfeiture, em: The Modern Law Review 65 (2002), p. 782. Um panorama em Manes, Vittorio. The Last Imperative of Criminal Policy: Nullum Crimen Sine Confiscatione, em: European Criminal Law Review 6, 2016, p. 144 e ss.

3 "Dritte Spur des Strafrechts", cf. apenas Saliger, Frank. Grundfragen der Vermögensabschöpfung, em: Zeitschrift für das gesamte Strafrechtswissenschaft, (ZStW) 2017, p. 995 (996).

De lege ferenda, discute-se, por exemplo a adoção do "confisco alargado" e do "confisco não baseado numa condenação"[4], na esteira das recentes reformas legislativas ocorridas na Europa, cujos principais países, de um modo ou de outro, introduziram referidos institutos nos seus ordenamentos jurídicos[5]; ou até mesmo dos Estados Unidos, que contam com instrumentos mais ágeis (e também mais intrusivos em determinados casos), de natureza civil, desacoplados da rígida sistemática processual penal[6].

Todavia, no Brasil, já *de lege lata,* é possível verificar essa expansão. Para além das especiais regulações no Decreto-Lei 3.240/1941 (art. 4º) e na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998, art. 7º, I, modificada pela Lei 12.683/2012), um dos exemplos dessa tendência foi a edição Lei 12.694/2012, que acrescentou dois parágrafos ao art. 91, do Código Penal. O §1º fez introduzir em nosso ordenamento o "confisco por equivalência", determinando que "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"; e o § 2º o "sequestro subsidiário", segundo o qual "na hipótese do § 1º , as medidas

4 Rios, Rodrigo Sánchez/Pujol, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro, RBBCCrim 118, 2016, p. 123 e ss; Lucchesi, Guilherme Brenner. Confisco alargado: análise das medidas para a recuperação de bens de origem ilícita na experiência comparada americana, em: Leite/Teixeira (org), Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos politicos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito, São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 415 e ss.

5 Cf. alguns representantes da já inabarcável literatura a respeito 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"), em: Leite/Teixeira (org), Crime e Política: Corrupção, financiamento irregular de partidos politicos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito, São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 398 e ss.; Panzavolta, Michele. Confiscation and the Concept of Punishment: Can there be a confiscation without a conviction?, em: Ligeti/Simonato (org.), Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2017, p. 30-31; extensamente Boucht, Johan. The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds, Oxford/Portland: Bloomsbury, 2017.

6 Cf. apenas Cassella, Stefan. The American Perspective on Recovering Criminal Proceeds in Criminal and Non-Conviction Based Proceedings, em: Ligeti/Simonato (org.), Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2017, p. 255 e ss; crítico a esse modelo Caeiro, op. cit., p. 383 e ss.

assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda". A inovação também segue o padrão internacional, bastando mencionar os exemplos de Portugal (art. 110, IV CP), Espanha (art. 127, III CP) e Alemanha (§ 73c StGB), que regulam, em essência, os mesmos institutos.

O §1º do art. 91 é uma norma de direito material que busca conferir mais efetividade ao tradicional "confisco" dos produtos ou proveitos do crime, na hipótese de não localização dos respectivos bens e valores provenientes da infração penal. Por sua vez, o § 2º é norma de direito processual, que permite a constrição cautelar de parte do patrimônio (lícito) do investigado ou acusado equivalente às vantagens do crime – corpo estranho, portanto ao Código Penal, seria mais adequado se previsto no Código de Processo Penal.

Essas mudanças operadas pela Lei 12.694/2012 são bastante sensíveis, porquanto permitem que o Estado acesse, cautelar ou definitivamente, *bens lícitos* do imputado[7] e, no caso do § 2º, de forma antecipada, cautelarmente. Em virtude disso, embora tenha vocação de sequestro, tendente a assegurar a perda das vantagens do crime, o § 2º adquire cores de arresto (destinado à reparação do dano à vítima)[8]. Essa confusão entre os institutos, que não faz outra coisa senão borrar e expandir os limites de ambos, é reforçada na práxis judicial, uma vez que frequentemente se maneja genérica "ação de *indisponibilidade* de bens e ativos financeiros"[9], não tipificada nos diplomas jurídico-*penais*

7 Manes, op. cit., p. 154; Badaró, Gustavo Henrique. Processo Penal, 6ª Ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018, p. 1168 s.

8 Pacelli. Eugênio. Curso de Processo Penal, 22ª Ed., Atlas: São Paulo, 2018, p. 325: "Sequestro, portanto, é a retenção da coisa litigiosa, por ordem judicial, quando presente dúvida acerca de sua propriedade ou origem; arresto, de outro lado, é a retenção de quaisquer bens, para fins de garantia de solvabilidade do devedor"; de forma similar em relação à hipoteca, destinado à responsabilização civil do infrator, ver p. 329. No mesmo sentido Lopes Júnior, Aury. Direito Processual Penal, 15ª Ed., Saraiva: São Paulo, 2018, p. 714, 718 e ss.

9 Cf. por exemplo, TJ-DF MS 0717040-55.2018.8.07.0000, Des. Jesuino Rissato, 25/09/2018: "A inicial de "Indisponibilidade de Bens e Ativos Financeiros" acolhida pela autoridade a quo visou declaradamente ao confisco do produto ou proveito dos crimes e reparação mínima do dano coletivo material e moral causado pelas infrações penais, apontando como fundamento legal o art. 91, I e §§ 1º e 2º, do CP c/c artigos 125, 136, 137, 140 e 144-A, todos do CPP."

brasileiros.

Para além do uso atécnico dos instrumentos de constrição patrimonial do CP e do CPP, na prática verificam-se dois problemas fundamentais concernentes aos limites e pressupostos do confisco por equivalência e do sequestro subsidiário: a (in)observância do requisito da subsidiariedade (adiante II); e a constrição do patrimônio de terceiros, sobretudo de pessoa jurídica (adiante III). Esses problemas são acompanhados por uma superficial regulação dos meios de impugnação (adiante IV).

II. Subsidiariedade como requisito fundamental do confisco por equivalência e do sequestro subsidiário

O requisito da subsidiariedade se extrai claramente do final do texto do § 1º do art. 91: "Poderá ser decretada.....quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior". A mesma exigência vale para o § 2º, pois é acessório do § 1º ("na hipótese do §1º..."). Isso significa que, antes de decretado o confisco ou o sequestro do valor equivalente, deve ocorrer a *real* busca dos bens que forem produto ou proveito do crime, quando isso for possível. Apenas na hipótese de essa busca se revelar infrutífera ou impossível de ser realizada é que se deve proceder à constrição do valor equivalente. O sequestro, instrumento cautelar do confisco, portanto, nunca pode ser manejado como medida inaugural.[10]

Além disso, para a constrição do valor equivalente, é logicamente necessário indicar e estimar valor do produto ou proveito do crime[11], o que nem sempre será tarefa fácil no caso concreto. Por exemplo, em caso de contratos obtidos por um arranjo de corrupção, o valor a ser confiscado ou sequestrado não pode equivaler ao valor de todo o contrato, mas, somente ao valor correspondente aos lucros, mormente quando o objeto

10 Badaró. op. cit., p. 1169; da mesma no direito alemão conforme o § 73c StGB, a respeito cf. Eser, Albin/Schuster, Frank Peter, em: Schönke/Schröder (org.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30ª ed., C.H Beck: Munique, 2019, Nm. 3.

11 Badaró. op. cit., p. 1169.

do contrato foi efetivamente realizado ou o serviço realmente prestado[12]. Em outros casos, essa aferição mostra-se mais complexa, como nos crimes de cartel, em que o magistrado, em tese, deve proceder a um controvertido cálculo envolvendo a diferença entre os ganhos obtidos com o cartel e os hipotéticos ganhos que seriam auferidos em uma situação de plena concorrência[13]. Igualmente difícil é estabelecer o produto do crime nos crimes tributários, em que do delito não exsurge propriamente nenhum produto, senão uma diminuição do patrimônio do agente em favor do Fisco.[14]

Ademais, é necessário perquirir os *motivos* pelos quais não é possível decretar a perda dos bens ou valores ilícitos. A constrição de bens lícitos só deveria ser permitida quando o sujeito, de alguma forma, der causa à não localização dos produtos ou vantagens do crime. Quando os motivos que o impossibilitam não são imputáveis ao investigado ou acusado, o confisco ou o sequestro (repita-se: de bens lícitos) passa a ter natureza sancionatória, de pena[15], pois, nessa hipótese, não se trata mais de impedir que o agente se beneficie do crime ou de remover uma situação

12 Nesse sentido Mongillo, Vincenzo. Confisca (per equivalente) e risparmi di espessa: dall´incerto statuto alla violazione dei principi, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2015 p. 727.

13 "Vale ressaltar, desde já, que um dos maiores obstáculos ao sucesso de ações que buscam reparação pelo prejuízo sofrido está na comprovação e na mensuração desse prejuízo. O princípio geral é que indenizações desse tipo devam reposicionar as vítimas do cartel à situação em que elas estariam na ausência de sua atuação. A quantificação do prejuízo sofrido depende da mensuração da diferença entre a situação observada no cenário concreto, isto é, no cenário em que observamos a presença de cartel e a situação observada em um cenário hipotético, que se apresentaria na ausência de um acordo anticoncorrencial" (Manual Advocacia da Concorrência - Cálculo de danos em cartéis: Guia Prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda. Brasília: maio de 2018, p. 51).

14 Cf. Tosi, Mariana Tumbiolo. Crimes tributários como antecedentes no delito de lavagem de dinheiro: a questão do produto do crime, In: Estellita/Feldens/Wunderlich (org.), Direito Penal Econômico e Empresarial. Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito SP, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 64 e ss.

15 Nesse sentido Blanco Cordero, Isidoro. El decomiso en el código penal y la transposición de la directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea, em: Arzamendi/Barranco/Cordero (coord.), Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea, Aranzadi: Espanha, 2017, p. 22.

patrimonial ilegítima[16]. Por isso, propõe-se a aplicação do confisco por equivalência apenas quando as circunstâncias que impossibilitam o confisco direto dos bens ilícitos sejam imputáveis, dolosa ou culposamente, ao sujeito.[17]

III. Constrição de bens de terceiros – pessoa jurídica

Um tema delicado no âmbito da perda de bens no processo penal diz respeito à constrição de bens (confisco ou sequestro) que estiverem na posse de terceiros, sobretudo quando esse terceiro é pessoa jurídica de algum modo ligada ao acusado ou investigado ou ao crime.[18]

O confisco dos bens ou valores de terceiros não é regulado expressamente no CP brasileiro, diferentemente, por exemplo, do CP alemão, que no § 73b regula as hipóteses e os requisitos pelos quais se pode determinar a perda de bens ou valores na posse de pessoas distintas dos autores e partícipes do delito. O tema no Brasil é apenas parcialmente regulado no CPP, no art. 130, II, que trata dos embargos de terceiros no âmbito do sequestro ("O seqüestro poderá ainda ser embargado: pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé"). Vê-se, portanto, que o

16 Cf. Rodrigues, Hélio Rigor. O confisco das vantagens do crime: entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados – A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco, em: Ferreira, Maria Raquel Desterro/Cardoso, Elina Lopes/Correia, João Conde (coord.). O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/EU e da lei que a transpôs, Lisboa: Imprensa Nacional, 2018, p. 39: "O fundamento subjacente a toda a teoria do confisco das vantagens é simples. O seu objetivo é garantir a restituição/remoção integral do benefício gerado pela prática do facto ilícito típico. Esta modalidade de confisco visa, no essencial, colocar o agente precisamente na situação em que estaria se o crime não tivesse sido cometido"

17 Blanco Cordero, cit., p. 23, com demais referências.

18 A respeito, da perspectiva do direito alemão, Ceffinato, Tobias. Vermögensabschöpfung gegenüber juristischen Personen, in: ZWH 2018, p. 161 e ss. Segundo o Hélio Rodrigues, "a proteção dos terceiros de boa-fé constitui o mais relevante limite ao confisco, pelo que a definição do conceito de 'terceiro' e do conceito de 'boa-fé' assume importância preponderante" (Rodrigues, op. cit., p. 68). Cf. também Blanco Cordero, Isidoro Blanco. Modern Forms of Confiscation and Protections of Third Parties, em: Ligeti/Simonato (org.), Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2017, p. 141: „Nedless to say, the deprivation of innocent persons´assets affects their fundamental rights, especially the right to property".

regramento do confisco e do sequestro de terceiros é lacunar e seu teor se apreende apenas negativamente, ou seja, sabe-se apenas quando eles *não são* cabíveis: quando o terceiro adquiriu os bens de boa-fé.

Embora não previsto expressamente, o terceiro sobre o qual pode recair o confisco e o sequestro não precisa ser pessoa natural, pode ser pessoa jurídica[19]. De fato, o bloqueio de bens da pessoa jurídica ligada ao autor do crime faz parte do dia-a-dia forense no Brasil.

Nossos tribunais, à míngua de regulação expressa, postulam requisitos mínimos para tanto: (i) o autor do crime deve ter agido a favor da PJ[20] ou praticado o delito "por meio dela"[21], impondo-se a verificação da "presença de indícios veementes de que tenha sido utilizada para a prática de delitos"[22]; (ii) a PJ deve ter sido utilizada "para fins de ocultação dos bens provenientes de ilícitos"[23], como "instrumento do crime"[24] ou "como mero manto formal, com o intuito de dificultar apurações das

19 Assim, em referência ao direito europeu, Blanco Cordero, Modern Forms...cit., p. 150.

20 Nesse sentido Saad, Marta. Sequestro de bens no processo penal: análise da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Superiores, em: Malan, Diogo/Mirza, Flávio (org.). 70 anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanço e perspectiva de reforma, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p p. 275, em arrimo em decisões do STJ e do TRF 3. Em particular, recentemente decidiu a Quinta Turma do STJ que, existindo "indícios suficientes de que as pessoas jurídicas teriam se beneficiado direto e economicamente com tais práticas delitivas, mostra-se plenamente possível a constrição de seus bens" (STJ, AgRg no REsp 1.712.934/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/02/2019). Cf. também, no direito alemão, Achenbach, Hans. Sanktionen gegen Unternehmen, em: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Org.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4ª ed., C. F Müller: Heidelberg, 2015, p. 21 e ss., 25 (com registro da jurisprudência do Tribunal Federal - BGH).

21 STJ, AgRg no REsp 1.712.934/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/02/2019; no mesmo sentido TRF 5, Apelação Criminal 2008.81.02.001196-4, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, Terceira Turma, julgamento em 31/05/2012.

22 STJ, AgRg no REsp 1.712.934/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/02/2019.

23 STJ, AgInt no AREsp 1110340/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017. No mesmo sentido: STJ, RMS 29854/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/10/2015

24 STJ, RMS 60.818/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/08/2019. No mesmo sentido STJ AgRg no REsp 1637352/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018; TRF 3ª Região, Apelação Criminal nº 0015472-15.2014.4.03.6181/SP, Rel. Desembargador Federal José Lunardelli, 11ª Turma, julgado em 24/05/2016.

autoridades estatais, ou eventuais reparações"[25].

Contudo, esses requisitos, embora importantes, são insuficientes, pois, em determinadas hipóteses, inexiste qualquer liame de imputação entre o crime que gerou os produtos ou as vantagens e a pessoa jurídica. Por exemplo, no cometimento de crimes por empregados da empresa, sem qualquer tipo de poder diretivo ou de representação e sem o consentimento da direção[26]. Nesse caso, a constrição de bens da empresa significa impor-lhe verdadeira sanção, sob a base de uma responsabilidade objetiva. Importa, em outras palavras, plasmar na prática uma responsabilidade penal da pessoa jurídica pela porta de trás, sem previsão legal[27], e destituída dos requisitos mínimos que comumente lhe são exigidos[28].

O quadro é sensivelmente mais grave na hipótese do confisco por *equivalência* e do sequestro subsidiário contra terceiros. Exceto nos casos em que o infrator transfere valores a terceiro, recebe-os de má-fé e quando esses valores misturam-se de modo irrecuperável no patrimônio do terceiro, a constrição do valor equivalente afigura-se ilegítima, porquanto se trata da constrição de bens lícitos de um indivíduo ou pessoa jurídica à qual o crime nem sequer é imputável[29]. Além desse óbice de natureza dogmática -- e, por que não dizer constitucional, uma vez que se trata de uma intervenção direta (e ilegítima) no direito de propriedade (art. 5º, XII, CF) --, sobretudo o sequestro subsidiário (nomen juris da "ação de indisponibilidade" ou "de bloqueio") de bens ou valores de terceiros esbarra na lei, que prevê apenas a constrição dos bens do próprio imputado. A redação do art. 91, § 2º não deixa dúvidas quanto a isso:

25 TRF 3ª Região, MS nº. 358945/SP, Autos 0022773-92.2015.4.03.0000, Relator Des. Federal José Lunardelli, Quarta Seção, julgado em 15/09/2016.

26 Cf. AgRg no REsp 1712934/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019: "[...] É irrelevante a estrutura societária ou o fato de os crimes estarem sendo imputados apenas aos empregados da empresa, uma vez que, conforme já assentado na decisão agravada, o delito noticiado é vinculado à atividade da pessoa jurídica, sendo praticado por meio dela. [...]."

27 Cf. Ceffinato, op. cit., p. 163 e s.

28 Cf. Estellita, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil. Revista de Estudos Criminais 75, 2019, p. 59 e ss.

29 Blanco Cordero, cit., p. 23.

"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."[30] Na prática, contudo, são frequentes "ações de indisponibilidade" de bens em alusão ao art. 91, § 2º CP, o que deve ser urgentemente revisto.

IV. Direito de defesa - Meios de impugnação

Também importa destacar que a parca disciplina normativa das medidas cautelares patrimoniais impacta de forma significativa o efetivo exercício do direito de defesa, sobretudo em casos envolvendo constrição por equivalência ou de bens de terceiros. Os artigos 125 a 144-A do CPP, que regulam as "medidas assecuratórias" no processo penal, pouco dizem sobre os meios de impugnação cabíveis contra tais medidas, o que traz desafios concretos para o manejo do direito de defesa dos indivíduos atingidos.

O art. 129 do CPP prevê hipótese genérica de embargos de terceiro estranho ao processo, sem qualquer especificação. Já o Art. 130 do CPP prevê que o sequestro poderá 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". Ou seja, a lei processual penal apenas disciplina expressamente as hipóteses de embargos do investigado, para defesa da licitude dos bens, o que se mostra inócuo nos casos de constrição de valores equivalentes, e de terceiros, apenas com especificação da defesa da aquisição de boa-fé.

O desamparo normativo impõe o desafio às defesas que têm de decidir se encaminharão a questão pela via da *reconsideração, do levantamento ou da liberação de valores*, direcionados aos juízos responsáveis pelas constrições, sem que haja clareza sobre os fundamentos que podem ser aduzidos nessas modalidades atípicas de impugnação ou

30 À mesma conclusão à respeito da Diretiva 2014/42/EU chega Blanco Cordero (Moderns Forms...cit, p. 146: "According to the wording of the Directive (´proceeds transferred by a suspected or accused person to third parties´), it seems that value confiscation applies only to the suspected or accused person; it cannot be invoked to recover any property from a third party".

sobre os limites admissíveis para a própria instrução dos pedidos.

Some-se a isso o entendimento dos tribunais no sentido de que as decisões que decretam medidas cautelares patrimoniais possuem força definitiva e encerram processo de natureza acautelatória, sendo o recurso cabível para sua impugnação o de apelação, com fundamento no Art. 593, II, do CPP[31]. A impugnação da decisão de constrição cautelar por meio de apelação, sem efeito suspensivo, traz consigo os problemas da morosidade da tramitação de recursos nos Tribunais[32] e dos limites à dilação probatória em sede recursal, o que tende a aumentar a lesividade dos efeitos decorrentes do bloqueio de bens a que é submetida a pessoa – física ou jurídica, investigada ou estranha ao processo[33].

31 Nesse sentido: "A decisão judicial que determina o sequestro de bens deve ser atacada por meio de apelação" (STJ, AgRg no RMS 54404/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07/02/2019).

32 De acordo com informações divulgadas pelo CNJ no Relatório Justiça em Números 2018, o tempo médio para prolação de acórdãos nos Tribunais de Justiça Estaduais é de 8 meses e nos Tribunais Regionais Federais de 1 ano e 11 meses. Cf.: https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2018-2408218compressed.pdf.

33 Excepcionalmente, em vista do disposto no Art. 5º, II, da Lei nº. 12.016/09, os tribunais têm também admitido a impetração de mandado de segurança contra ato judicial teratológico, flagrantemente ilegal ou praticado em abuso de poder, impugnável por recurso próprio desprovido de efeito suspensivo: "[...] 1. A jurisprudência da Suprema Corte é firme no sentido de ser inadmissível a impetração de mandado de segurança contra ato revestido de conteúdo jurisdicional. Incide, na espécie, a Súmula STF nº 267. 2. O mandado de segurança somente se revelaria cabível se no ato judicial houvesse teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante, o que não se verifica na espécie" (STF, AgRg em MS 31.831/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julgado em 17/10/13). No caso da apelação contra decisão de constrição cautelar penal, o recurso não possui efeito suspensivo, o que, a priori, justificaria a impetração de segurança. Não há consenso nos tribunais sobre os contornos do provimento jurisdicional que pode ser obtido em casos de mandados de segurança contra ato judicial que decreta constrição cautelar de bens em processo penal. Há decisões que reconhecem a possibilidade de concessão da segurança para atribuição de efeito suspensivo a recurso de apelação tempestivamente interposto (p.ex.: TRF 3, MS 330918, Juiz Convocado Marcio Mesquita, e-DJF3 28/05/2014), mas também há decisões reconhecendo que eventual efeito suspensivo no apelo possuiria "caráter satisfativo, implicando na antecipação da tutela recursal, exaurindo o provimento desejado na apelação já interposta", de modo que o MS só poderia atacar teratologia, abuso de poder ou manifesta ilegalidade na decisão impugnada, passível de reforma em relação a esses pontos (TJDFT, MS 2008.00.2.003269-0, Rel. Des. Cesar Loyola, Câmara Criminal, julgado em 02/06/08).

V. Balanço

A crescente utilização de instrumentos de constrição patrimonial no processo penal demanda mais atenção dos atores envolvidos (Tribunais, Ministério Público, Defesa) e, sobretudo, da ciência jurídico-penal, que, especialmente no Brasil, pouco se debruça sobre as variadas nuances dessa temática. Atualmente, a falta de interesse por esse tema por parte dos penalistas (em sentido amplo) não pode se justificar pelo suposto caráter acessório das medidas ablativas, que não importam *stricto sensu* em restrição da liberdade do agente. Em muitos casos, o bloqueio e/ou o confisco dos bens impactam sobremaneira a vida normal dos acusados ou investigados, de modo comparável à pena.

Obviamente, não se deve negar a importância, do ponto de vista político-criminal e civilizatório, da recuperação de ativos. No entanto, devemos atentar para seus limites, para que, nas palavras de Caeiro, "a robustez do sistema de confisco seja medida não só pela sua eficácia na recuperação dos ativos, mas também pela solidez teórica da construção e pela efetividade com que protege os direitos dos visados. Sem essa dimensão, a vertigem pode transformar a robustez em tirania".[34]

34 Caeiro, Pedro. O confisco numa perspectiva de política criminal europeia, em: Ferreira, Maria Raquel Desterro/Cardoso, Elina Lopes/Correia, João Conde (coord.). O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/EU e da lei que a transpôs, Lisboa: Imprensa Nacional, 2018, p. 38.

A busca estatal por informações digitais e as intervenções em direitos fundamentais no processo penal

ORLANDINO GLEIZER

O direito processual penal, na busca de seus fins, intervém na esfera de direitos de uma série de pessoas. Essas intervenções colocam problemas que vão muito além do processo, que atinem já ao direito constitucional. Tomarei como ponto de partida uma matéria jornalística deste periódico, de 27 de maio de 2019 (https://www.jota.info/especiais/juizes-ordenam-quebra-coletiva-de-sigilo-de-dados-com-base-em-localizacao-27052019), com base na qual desenvolverei uma reflexão sobre medidas processuais-penais de investigação interventivas em direitos fundamentais[1].

Após breves considerações iniciais (I), tecerei comentários específicos sobre os quatro casos mencionados na reportagem (II) e, quando possível[2], às respectivas decisões. Os casos tratados serão: o caso Prosegur, o caso Santa Fé do Sul, o caso Catanduva e o caso Marielle Franco[3]. Por fim, apresentarei algumas observações a respeito do atual ordenamento jurídico brasileiro em relação a medidas de investigação interventivas em direitos fundamentais na era da Digitalização (III).

Em razão do limite espacial decorrente do estilo estabelecido para esta coluna, o artigo será dividido em duas partes, que serão publicadas em série. Na primeira publicação, apresentarei as considerações iniciais e a análise do primeiro e do segundo caso, a saber, o caso Prosegur e o caso Santa Fé do Sul. Na próxima publicação, seguirei na análise dos

1 Alexandre LEORATTI/Kalleo COURA, Juízes ordenam quebra coletiva de sigilo de dados com base em localização, Brasil: Jota, última atualização 27.5.2019, acessado em 15.6.2019, disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/especiais/juizes-ordenam-quebra-coletiva-de-sigilo-de-dados-com-base-em-localizacao-27052019.

2 A decisão do 4º caso, a saber, o caso Marielle Franco, não pode ser analisada devido ao sigilo dos autos da investigação. Por isso, tomarei o cuidado de estabelecer apenas hipoteticamente os fatos de que temos ciência pela mídia, a fim de apresentar as possíveis críticas que deles derivariam.

3 A fim de manter o texto conciso, os casos serão relatados de maneira superficial. Para a compreensão de outros detalhes, sugere-se a leitura da matéria jornalística indicada.

casos Catanduva e Marielle Franco e apresentarei as demais observações já anunciadas.

I) Breves considerações a respeito das medidas processuais-penais interventivas em direitos fundamentais

Em nossa literatura processual penal, é recorrente o uso das terminologias "medidas cautelares" ou "medidas de coerção" ou "medidas de obtenção de provas", para designar instrumentos jurídicos à disposição da investigação e da acusação antes e durante a ação penal, como prisões processuais, interceptação de telecomunicações (telefônicas e telemáticas), levantamento de dados pessoais, busca e apreensão de objetos, sequestro e arresto etc. No entanto, essas classificações podem desviar nossas atenções do que que realmente importa. Se uma medida *acautela* um objeto, isso significa que seus efeitos se esgotam nesse objeto: no caso, a ação penal (de conhecimento). No entanto, os efeitos de uma busca e apreensão, de uma prisão preventiva ou temporária ou de uma interceptação de telecomunicação também são sentidos diretamente pelo indivíduo afetado. Ademais, é estranho exigir de uma pessoa ainda presumida inocente que tolere uma restrição de sua liberdade a favor de uma ação penal. Chamá-las de *coercitivas* resolve uma parte desse problema, ao apontar para o fato de que seus efeitos recaem sobre alguém, mas também cria outro, porque muitas dessas mesmas medidas, como a interceptação de telecomunicações, não coagem de forma alguma o indivíduo afetado, já que são realizadas, em regra, sem força física e sem o seu conhecimento. Um rearranjo que cuide de distinguir das medidas cautelares ou coercitivas aquelas que visam somente a obter provas não ajuda muito. Ainda seria possível afirmar que elas acautelam a prova e, portanto, o processo[4]. Além disso, toda essa classificação se funda apenas na dimensão processual das medidas, que, em que pese não estar completamente desprovida de utilidade, praticamente não contribui para qualquer análise dogmática e ainda deixa velada uma dimensão que aqui desejo destacar: a constitucional. Esses termos mascaram os efeitos interventivos dessas medidas em direitos fundamentais e, por

4 Como o faz LOPES Aury, Direito Processual Penal, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 508.

consequência, causam uma forte desconexão destas com a dogmática do direito constitucional.[5]

Raramente[6], por exemplo, emprega-se, no processo penal, o termo técnico de direito constitucional: "intervenção". É verdade que, quando quaisquer dessas medidas são discutidas, mencionam-se violações a direitos fundamentais ou individuais, a liberdades públicas ou a liberdades constitucionais. Essa linguagem, no entanto, é empregada quase sempre sem rigor dogmático, e na maior parte das vezes apenas para denotar uma incompatibilidade com alguma posição subjetiva de algum dispositivo constitucional (p.ex., "o indivíduo tem direito a isso, logo, se essa solução parece por algum motivo afetar isso, ela é uma violação"). Esquece-se, assim, que direitos fundamentais *podem* sofrer intervenções – tecnicamente: ações estatais de afetação do âmbito de proteção de um direito fundamental – justificadas, ou seja, que não representam violações. E, por conseguinte, não se leva em conta a moderna teoria dos direitos fundamentais, que ainda não foi recepcionada nem pelo direito constitucional, muito menos pelo direito processual penal brasileiro. O que se percebe é, no máximo, um rudimentar mimetismo de conceitos constitucionais: a subsidiariedade (necessidade) e adequação (idoneidade) não podem nos levar muito longe quando pautadas apenas por critérios processuais, sem uma anterior precisão do âmbito de proteção do direito fundamental afetado e de suas peculiaridades, e o mesmo se pode dizer sobre a análise de proporcionalidade, cujos limites são, por ele, integralmente ditados. O que importa nessas ações estatais é a interferência na esfera do indivíduo. Essas considerações devem ser feitas, obviamente, da perspectiva dos direitos fundamentais em questão, já que deles advêm o parâmetro de legitimidade para a afetação da esfera individual no Estado de Direito. A proporcionalidade, por exemplo, é

5 No mesmo sentido, GRECO Luís, Introdução, in: WOLTER Jürgen, O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal, 1 ed., São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 60 ss.

6 Uma exceção pode ser encontrada em FILHO Antonio Magalhães Gomes, Título IX: Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, in: FILHO Antonio Magalhães Gomes/Toron Alberto Zacharias/BADARÓ Gustavo Henrique (Orgs.), Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 540 ss

uma relação entre a ação do Estado e os efeitos sobre o indivíduo: de um lado está o tamanho da intervenção na esfera individual e, do outro, a finalidade, a idoneidade, a necessidade e a adequação da medida para a produção do resultado pretendido. Ou seja, a questão é saber se a finalidade da intervenção está em uma relação equilibrada com os danos sofridos pelo titular do direito. A subsidiariedade e a adequação, assim como todos os elementos dessa análise, também devem ser verificados em relação ao direito fundamental afetado, pois essa primeira barreira se impõe a qualquer ação estatal que afete a esfera protegida do indivíduo. A ausência de uma precisa estrutura lógico-dogmática de análise das intervenções em direitos fundamentais dificulta sobremaneira a reflexão dos aplicadores do direito e o próprio debate, que, sem essa estrutura, fica relegado a frases de efeito e argumentos desmontados.

Direitos fundamentais são direitos do indivíduo, constitucionalmente positivados ou reconhecidos, dirigidos, primeiramente, contra o próprio Estado (direitos de defesa ou de proteção)[7]. E é evidente que nem todos[8] esses direitos, como costumeiramente ouvimos, podem ser absolutos. Por outro lado, tão evidente quanto é o fato de que, se lhes cabe alguma função, há uma série de requisitos impostos para justificar uma intervenção. Por exemplo, o direito fundamental à liberdade física (art. 5° *caput* CF) – que deve significar uma liberdade de movimentação corporal, de ir aonde ou sair de onde se quer – pode sofrer intervenções (segundo o devido processo legal – art. 5° LIV CF): é o caso da pena de prisão ou de prisões processuais. Mas sua função de defesa impõe ao Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) o dever de realizar tal intervenção, pelo menos, com fundamento em lei (reserva legal, art. 5º II e CF) e de forma proporcional.

7 No processo penal, seus demais efeitos (como deveres de proteção e direitos de participação) ficam em um segundo plano. A respeito, cf. GRECO (nr. 5), p. 35 ss.; DIMOULIS Dimitri/MARTINS Leonardo, Teoria dos Direitos Fundamentais, 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 50 ss.

8 Essa afirmação costuma negligenciar, muitas vezes, o fato de que alguns direitos fundamentais são, sim, absolutos, por não permitirem qualquer intervenção em seu âmbito de proteção, como o direito de não ser torturado (art. 5º III CF). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal: HC 70.389/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.6.1994. Na literatura científica e com mesma posição, cf. SARLET Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais em Espécie, in: SARLET Ingo Wolfgang/MARINONI Luiz Guilherme/MITIDIERO Daniel, Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 436 ss., com demais considerações.

Com isso, alcançamos os dois pressupostos mais básicos de justificação de *qualquer* intervenção em direito fundamental: autorização legal e proporcionalidade. Autorização legal não significa proporcionalidade e proporcionalidade não significa autorização legal; assim como uma não substitui a outra[9]. *Em relação aos poderes executivo* (investigador e acusador) *e judiciário,* os direitos fundamentais demandam uma atuação, além de proporcional, nos estritos limites da autorização democrática: é a sociedade que escolhe o que o Estado pode ou não fazer. É daí que surge, na dogmática dos direitos fundamentais, o conceito de normas autorizativas (art. 5º II CF) – por meio das quais o representante do povo autoriza determinadas intervenções em direitos fundamentais – em contraponto a normas de competência[10]. A ideia dessa distinção é a de que normas autorizativas não podem ser derivadas de normas de competência. Vou tomar emprestado, aqui, o exemplo oferecido por Luís Greco[11] e adaptá-lo ao meu argumento: se três estudantes que dividem

9 Essa equivocada ideia vem encontrando eco em nossa literatura científica, apesar de desacompanhada de razões que a sustentem. Cf., p.ex., CABETTE Eduardo Luiz Santos, Interceptação telefônica, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50, que dá efeitos errôneos e extremamente perigosos à ideia de "relatividade" do direito fundamental. O mesmo raciocínio pode ser encontrado em VASCONCELOS Clever Rodolfo, Interceptação Telefônica, São Paulo: Atlas, 2011, p. 38, que chega até mesmo a afirmar que a proporcionalidade, "concilia[ndo] o direito formal com o material", confere mais liberdade para o julgador em relação ao legislador, sem violação à separação dos poderes. No seu melhor, tomado como argumento a favor de uma política-criminal em que o juiz tenha maior liberdade de se adaptar ao caso concreto, levar-nos-ia à situação de que a lei não importa. O que insinua uma correlação com nossa sensação atual de anomia. Quando a proporcionalidade dobrar a esquina errada, a gente se segura em quê? Não se sabe em que tipo de ideia se baseiam tais leituras da proporcionalidade, mas o que defendem não corresponde, nem de longe, à teoria dos direitos fundamentais como conhecida nem no Brasil nem no exterior e, da forma como sustentada, não teria qualquer capacidade crítica, por chancelar qualquer decisão judicial. O âmbito das discussões, o famoso Parlamento, esgota suas funções ao fixar os limites que nos defendem. É necessário discutir a importância disso? Talvez tenhamos de criar então o movimento de um ur-constitucionalismo, para vencermos pelo novo aquilo que já sabemos de velhos. Ou seja, no sentido mais puro de reacionário, mover a catraca da história para outra direção, pegando a segunda saída para a estrada da virtude jurídica, cuja primeira perdemos em algum momento que agora não importa. Lei é, em primeiro lugar, o que nos protege.

10 Normas de competência distribuem as atribuições do Estado entre suas instituições: por exemplo, a esse compete investigar, àquele, acusar, ao outro, julgar. Normas autorizativas dão, por outro lado, o direito destas instituições de intervir nesse ou naquele específico direito individual, para o cumprimento desta ou daquela tarefa que lhe compete. A respeito, cf. GRECO (nr. 5), p. 36 ss.

11 GRECO (nr. 5), p. 38

um apartamento decidem que um limpa, outro cozinha e um terceiro faz compras, isso não dá ao primeiro o direito de entrar no quarto dos outros dois durante a madrugada para realizar a limpeza. Se esse direito é necessário para a realização da tarefa, ele demanda, evidentemente, uma autorização expressa dos ocupantes de cada quarto. Sem essa autorização, o primeiro poderá reclamar da impossibilidade de realizar a tarefa como estabelecida, mas decidir se o mais importante para os demais é ter o quarto sujo ou a privacidade invadida durante a madrugada não pode caber a ele. Já *na direção do poder legislativo*, os direitos fundamentais constroem as barreiras da forma e da proporcionalidade. A ideia é que o legislador poderá autorizar intervenções naquele âmbito da vida humana, a princípio, protegido pelo direito fundamental, mas elas não podem atingir um determinado núcleo absoluto (conteúdo essencial), devem ser claras, ter a abrangência bem delineada, perseguir um fim constitucionalmente legítimo e ainda ser necessárias e adequadas para a persecução desse fim. Até hoje, essas foram as principais barreiras de proporcionalidade desenvolvidas pela ciência constitucional de tradição romano-germânica. Assim, sem fundamento em lei ou de forma desproporcional, uma intervenção em direito fundamental não está justificada e é, portanto, uma *violação* a esse direito.

Com isso, pode-se alcançar outra conclusão extremamente importante para a análise posterior: cada específica intervenção demanda uma análise individualizada, que comece por identificar em qual direito fundamental ela está adentrando e quais são as barreiras de proporcionalidade que esse direito impõe. Em primeiro lugar, uma intervenção, enquanto ação estatal de suspensão total ou parcial de direitos protegidos, só pode ser vista como tal, caso se saiba qual direito assegurado estaria, eventualmente, sendo afetado. Um exemplo concreto: se o direito fundamental ao sigilo das telecomunicações (art. 5º XII CF) protege apenas a confiança do indivíduo na utilização de meios de telecomunicação – a fim de que possa utilizá-los sem receio e assim desenvolver normalmente sua personalidade – e não a confiança dos indivíduos entre si, a escuta telefônica (quando um dos interlocutores entrega o conteúdo)[12] não

12 Exemplificando: interlocutor B grava em sigilo o diálogo que trava com A, ou coloca a chamada em modo de viva-voz, a fim de que os investigadores a escutem. Sobre a discussão, cf. WOLTER Jürgen/GRECO Luís, in: WOLTER Jürgen (Org.), Systematischer Kommentar

afeta esse direito[13]. Da mesma forma, os resquícios digitais oriundos de processos de telecomunicação já encerrados também estariam protegidos por esse direito, mas aqueles que, ao término do processo, estão sob total proteção do indivíduo não estariam protegidos por um direito que protege a confiança no uso de meios de telecomunicação, mas por algum que proteja um aspecto mais geral da personalidade do indivíduo – algo como uma *autodeterminação informacional*[14] (Art. 2º II, Lei 13709/2018)[15]. Isso ocorreria, por exemplo, com os dados armazenados nos dispositivos, cuja eliminabilidade definitiva esteja sob o controle do indivíduo. Afinal, com o encerramento do processo de telecomunicação, as informações dele oriundas sob completo domínio do indivíduo (como as eliminàveis mensagens armazenadas no dispositivo) não diferem em nada de outras de qualquer natureza. Por isso, o direito fundamental que garante a liberdade de decisão do indivíduo sobre o tratamento de suas informações pessoais é proteção suficiente para esses dados, que já não estão sob os mesmos altos riscos decorrentes da distância comum à telecomunicação. Por consequência, tratando-se de outro direito fundamental, haverá a necessidade de norma autorizativa específica e de observância de outros parâmetros de proporcionalidade. Cada direito fundamental se relaciona a um elemento da vida humana, de conformação própria e necessidades protetivas específicas, que impõe, portanto, distintos limites ao legislador; alguns estabelecem, por exemplo, que uma intervenção só pode ser autorizada para determinados fins (reserva legal qualificada), enquanto outros sequer estabelecem tais reservas, impondo ainda maior rigor e cautela ao legislador[16]; além disso, os pertinentes limites de

zur Strafprozessordnung I, Vol. 2, 5ª ed., Carl Heymanns: Köln, § 100a, nm. 16m, com outras referências.

13 Em sentido diverso, o Supremo Tribunal Federal, cf. AP 307-3/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, Ementário STF n. 1.804-11. Para uma breve síntese das posições vencedoras e vencidas no caso, cf. MORAES Alexandre, Direitos Humanos Fundamentais, 11ª ed., Atlas: São Paulo, 2016, p. 197 ss.

14 Cf., principalmente, a decisão do censo (Volkszählungsurteil) do Tribunal Constitucional Alemão, em BVerfGE 65, 1. Na literatura, cf. GRECO (nr. 5), p. 41 ss., com outras referências.

15 Esse direito, já reconhecido em nossa ordem jurídica, pode encontrar seu fundamento na leitura conjunta dos direitos fundamentais ao sigilo de dados (art. 5º XII CF) e à vida privada (art. 5º X CF). Cf, por todos, BGHSt 39, 335 = NStZ 1994, 292 (com comentários de Jürgen Welp).

16 Entender que direitos fundamentais não submetidos a reserva de lei (qualificada) são mais robustos é aparentemente inquestionável, mas entender que seriam, nesse sentido, absolutos, é

proporcionalidade a serem respeitados dependem das características do objeto protegido pelo direito fundamental em questão.

Com base nessas ideias, desejo endereçar, agora, os casos apontados na matéria jornalística à qual me referi no início.

II) Casos analisados

A seguir serão analisados os casos Prosegur (a) e Santa Fé do Sul (b).

a) O caso Prosegur

Em 2016, executou-se assalto à empresa de segurança e transporte de valores Prosegur na cidade de Ribeirão Preto. Os criminosos estouraram transformadores de luz, deixando todo um bairro sem energia, e com isso abriram o cofre da empresa, levando mais de 50 milhões de reais. Na fuga, ainda mataram um dos policiais que os perseguiam.

Durante a investigação do caso[17], o juízo da 5ª Vara Criminal de Ribeirão Preto deferiu pedido da investigação para levantamento de variados dados[18] individuais guardados por pessoas de direito

insustentável. Se a manifestação não-anônima do pensamento for um direito absoluto, não apenas os crimes contra a honra como também o pagamento por danos morais ao ofendido seriam ilegítimos. No mesmo sentido, GRECO (nr. 5), p. 36 ss. Sobre as reservas legais, cf. SARLET (nr. 7), p. 391 ss.; MENDES Gilmar Ferreira, Limitações dos Direitos Fundamentais, in: MENDES Gilmar Ferreira/BRANCO Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 200 ss.

17 Processo n. 0019986-18.2016.8.26.0506, 5ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, São Paulo, decisão de 14.6.2016, da juíza Ilona Faggione (https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/05/c87cf39ff0d15ab5fe89841468d57d35.pdf). A decisão, contudo, foi posteriormente reconsiderada pela própria magistrada, após manifestação da empresa Google, que limitou as informações originalmente requeridas às empresas Google, Apple e Microsoft a dados cadastrais, localizações salvas no Google Maps e histórico de localização e deslocamento nos últimos 30 dias. Mesmo essas diligências foram, ao final, suspensas pelo STJ (TP 292/SP), enquanto analisa o mérito do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 54133/SP, interposto pelo Google contra acórdão da 4ª Câmara Criminal do TJSP. O TJSP, contudo, já estabeleceu limitação geográfica e ressalvou que as senhas dos serviços utilizados só poderiam ser quebradas após a perfeita identificação dos alvos da investigação.

18 Os dados são: a) dados cadastrais das contas (de e-mail vinculada), nome e outros endereços

privado (Google, Apple e Microsoft), dados esses que indicariam pessoas presentes em um determinado raio de uma área suspeita. A decisão se preocupa em oferecer um fundamento legal para o que faz, que é enxergado no art. 2º da Lei 9.296/96 (Lei de Interceptação de Telecomunicações – LIT).

Ocorre que esse caminho não convence, uma vez que a mencionada lei, definitivamente, não se aplica ao caso. A LIT autoriza e regula a *interceptação* (portanto, de algo corrente), para fins de persecução penal, do *fluxo* de telecomunicações (art. 1º parágrafo único). Ou seja, ela pressupõe um processo de telecomunicação em curso. E, portanto, autoriza intervenção em apenas um dos objetos protegidos (fluxo da comunicação) do direito fundamental ao sigilo das comunicações (art. 5º XII CF) – que protege, em primeira linha, a confiança no uso de meios de telecomunicação[19], e não o tratamento destinado

---

de e-mail vinculados aos respectivos IMEIs acima mencionados; b) atividade das respectivas conta nos últimos '30' dias, com logs de acesso, IPs, data e hora dos acessos (logins); c) marca e modelo do aparelho telefônico vinculado ao IMEI em referência; d) número telefônico do dispositivo vinculado ao referido IMEI; e) envio, em mídia, do conteúdo do Google Fotos, ou seja, das fotos armazenadas nos últimos '30' dias, com os respectivos metadados (exif); f) Relação dos locais salvos no Google Maps; g) o histórico de localização e deslocamento nos últimos '30' dias (location history); h) as consultas (pesquisas) realizadas pelo usuário do dispositivo nos últimos '30' dias (histórico de pesquisa), e; i) os endereços físicos registrados pelo usuário e vinculados à sua respectiva conta de e-mail; j) todos os dados captados pelo servidor desses usuários relacionados à plataforma passwords.qooqle.com.

19 Em sentido semelhante, o STF (RE 418.416-8/SC, j. em 10/05/2006), que restringe a proteção do art. 5º XII CF ao fluxo, e não ao conteúdo, da comunicação, embora em certa contradição com julgado anterior (AP 307-3/DF, cf. nr. 12). Essa posição é parcialmente correta. A necessidade de proteção especial de uma telecomunicação (que, com os avanços tecnológicos desde 1988, precisa ser lida no lugar de comunicação telefônica no art. 5º XII CF) reside na distância entre os comunicantes, que não podem proteger suas informações da mesma forma que em uma comunicação presencial. Essa proteção – importante para gerar confiança na utilização de meios de telecomunicação e, assim, permitir o livre desenvolvimento da personalidade individual – não pode, contudo, se estender apenas à garantia de não interceptação do fluxo da telecomunicação, pois a desproteção de dados inevitavelmente produzidos durante o processo de telecomunicação também abalaria a confiança na utilização dos meios e afetaria, por isso, o livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, o direito ao sigilo das telecomunicações precisa proteger, antes, a confiança na utilização de meios de telecomunicação e, com isso, todos os dados que, após o encerramento da comunicação, não possam ser eficazmente protegidos pelo próprio indivíduo (como metadados armazenados pelas prestadoras de serviço). Dados que estão sob a total proteção do indivíduo, que podem ser definitivamente eliminados por ele, mesmo quando oriundos de um processo de telecomunicação, não se diferenciam de outras informações privadas, se, por sua

a qualquer natureza de dados sob a guarda do indivíduo[20], mesmo quando proveniente de um processo de telecomunicação (analógico ou telemático)[21].

A LIT não contém autorização para acesso a dados (telemáticos) *armazenados* em dispositivos digitais. Dados telemáticos não são necessariamente provenientes de um processo de telecomunicação, que pressupõe uma troca de informações entre ao menos duas *pessoas naturais* (*communis*) à distância (*tele*)[22]; o acesso a dados pela internet não se dá obrigatoriamente por troca de conteúdo entre duas pessoas naturais, sendo possível que se dê entre uma pessoa e um sistema informático; digitar um endereço virtual, como "www.a.com", estabelece uma conexão com o servidor endereçado, que confere acesso a seus dados e informações. Esses dados podem ser descritos como telemáticos, porque a conexão se estabelece com o uso de ao menos um sistema telefônico (tele) e dois informáticos (mática). Mas não há uma só palavra na LIT que autorize intervenções em mídias digitais, apreensão de fotos, sequer acesso a dados cadastrais, a histórico de localização, a dados de tráfego, modelos de aparelho telefônico, históricos de pesquisa na internet, endereços residenciais e dados de acesso (como senhas ou nomes de usuário). E não apenas não há como não deveria haver. Afinal, nenhuma dessas informações privadas – à exceção dos dados de tráfego, e questionavelmente dos dados cadastrais do indivíduo de posse de prestadores de serviços de telecomunicação – nem sequer se baseia em processos de telecomunicação outrora ocorridos. Não cabe, além do mais, falar em aplicação analógica, porque intervenção em direitos fundamentais,

natureza, forem definitivamente eliminâveis ou estejam suficientemente protegidos. Portanto, dados oriundos de uma telecomunicação encerrada só deveriam estar protegidos pelos mais altos pressupostos de intervenção do art. 5º XII CF enquanto não estivessem completamente sob domínio fático do indivíduo.

20 Uma exceção deve ser feita em relação aos dados de tráfego (ou metadados) que também sejam acessíveis pelos prestadores de serviço, cf. nr. 18.

21 Em sentido semelhante, o STF em: RE 418.416-SC, j. em 10.5.2006.

22 A respeito, cf. WOLTER Jürgen/GRECO Luís em SK-StPO I, 5. Ed, 2015, p. 167, nm. 31a, com outras referências. No mesmo sentido, ROXIN Klaus/SCHÜNEMANN Bernd, Strafverfahrensrecht, 28. ed, 2014, p. 290, nm. 5.

como vimos, exige fundamento em lei (art. 5º II CF), o que, em princípio, afastaria a possibilidade de analogia.

A medida só estará, portanto, justificada, se for possível aduzir outro dispositivo legal que a fundamente. Passemos em revista possíveis dispositivos.

As medidas autorizadas na decisão são, pela natureza e circunstâncias, extremamente invasivas (com potencial de atingir vários inocentes e de permitir a formação de perfil completo dos afetados) e, por isso, não poderiam também estar fundadas em alguma cláusula geral de investigação (art. 6º, 47, 156 CPP), menos ainda em regras de competência: de uma competência não surge qualquer autorização.

Outra possibilidade que vem à mente é a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet – MCI), que contém norma autorizativa para o levantamento de dados de conexão[23] e de acesso a aplicações de internet[24] (art. 22). Este dispositivo também exige, do magistrado, a observância de critérios de subsidiariedade. A verificação de subsidiariedade, nesse caso, exige a demonstração, pelo menos, da impossibilidade de escalonamento das intervenções: em outras palavras, por que executar todas essas intervenções ao mesmo tempo – e contra um número indiscriminado de indivíduos (a maior parte, sem dúvida, inocente) – e não à medida que métodos investigativos menos interventivos fossem individualizando os investigados? O MCI também não autoriza acesso a mídias digitais de quem quer seja. Do fato de que um magistrado possa exigir de empresas privadas os dados de conexão à internet e de acesso a aplicações de um cliente não surge, de forma alguma, uma autorização para a empresa coletar outros dados (muito mais) íntimos do cliente. Apenas a autorização de

23 Art. 5º VI Lei 12965/2014: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados. No caso em questão, nenhum dos itens da nota 17.

24 Art. 5º VIII Lei 12965/2014: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP. No caso em questão, itens b e c da nota 17.

levantamento de dados cadastrais[25] teria fundamento legal no Marco Civil da Internet (art. 10 § 3º).

Além do mais, o espaço digital na "nuvem" (por exemplo, o Google Fotos) está fisicamente alocado em um sistema computacional de terceiro não investigado no crime. E nem a LIT nem o MCI criam dever a terceiro de cooperação para o fornecimento de dados de conteúdo, desvinculados de processos de comunicação, sob sua guarda.[26] A título de registro, normas que autorizam a coleta e o armazenamento de dados de tráfego não contêm uma autorização implícita para o acesso a esses dados, porque o desvio de finalidade é uma intervenção adicional[27]. Além disso, não é legítimo autorizar intervenções em direitos fundamentais implícitas, elas precisam ser claras e determinadas.

Em relação ao levamento da localização geográfica, a específica norma autorizativa (art. 13-B CPP) não apenas entrou em vigor após a decisão proferida, como, em princípio, não autorizaria tal medida para a investigação dos delitos em questão.

Ainda é importante dizer que nem mesmo a Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas – LOC) autoriza o acesso remoto e oculto a dados do investigado. É verdade que uma busca e apreensão, e posterior leitura, dos hardwares do investigado encontraria fundamento nos arts. 240 ss. CPP[28]. No entanto, a busca e apreensão é caracterizada pela publicidade, o que permite oposição e defesa judicial por parte do afetado, e se dirige a objetos corpóreos (especificidade). Portanto, a invasão remota e oculta na privada esfera

25 Itens a e i da nota 17.

26 Os dados de conteúdo requisitados não têm natureza de dados de comunicação (art. 10 2º MCI). Ademais, se o art. 10 2º MCI deve ser entendido como genuína norma autorizativa – hipótese que uma abordagem mais exigente parece afastar –, é questionável sua compatibilidade com o imperativo de determinação (Bestimmtheitsgebot). Uma crítica, no entanto, que deixarei apenas mencionada.

27 GRECO (nr. 5), p. 45.

28 Cf. RE 418.416-SC, STF, j. em 10.5.2006. Com razão o STF, ao entender que a norma autorizativa de busca e apreensão permite o vasculhamento digital de dispositivos informáticos apreendidos. No entanto, a busca e apreensão não autoriza métodos ocultos de vasculhamento.

virtual do indivíduo representa uma intervenção mais severa e de natureza distinta.

Por fim, constata-se uma afirmação do prolator da decisão que salta demasiadamente aos olhos: "a lei não estabelece previamente quais são os crimes ou situações em que será legítima e constitucionalmente sustentável a interceptação das comunicações telefônicas, deixando, pois, ao julgador, na análise do caso concreto, ponderar os valores dos bens jurídicos envolvidos para o deferimento ou indeferimento da medida". Essa sentença aponta para duas questões importantes. Em primeiro lugar, a LIT, sim, estabelece os crimes que legitimam a medida (art. 2º III LIT), mesmo que, infelizmente, de forma muito ampla: crimes com pena de reclusão. O critério utilizado pelo legislador merece muitas críticas, a começar pelo fato de que, por uma habitual falta de sistematicidade de nossas leis penais, também há previsão de reclusão como pena para crimes não graves (p.ex., o furto simples do art. 155 CP), o que denota certa desproporcionalidade. E o catálogo de fatos é, inclusive, um dos pressupostos da medida! Em segundo lugar, o julgador, repita-se, encontra-se limitado pela autorização expressa do legislador. A verificação dos pressupostos (como a ponderação dos valores envolvidos) pelo cotejo do caso concreto – o que, em direito, se chama de suporte fático – não se confunde com o estabelecimento dos crimes passíveis de autorizar a medida interventiva. Ao juiz não é permitido ultrapassar os limites estabelecidos pelo legislador para afetação do âmbito de proteção de um direito fundamental.

Em conclusão: as medidas interventivas tomadas no caso Prosegur foram, à falta de uma base legal, ilícitas. Elas não são apenas intervenção, mas lesão a direito fundamental.

b) O caso Santa Fé do Sul

O segundo caso mencionado na matéria em questão, envolvendo furtos de caminhões em Santa Fé do Sul – SP, uma ordem judicial dirigida a terceiros não investigados (Google, Apple e Waze), de entrega de dados de localização (registros de Estações Rádio Base)[29]

29 Registros de Estação Rádio Base não são dados de tráfego, ou metadados, pois não pressupõem

armazenados nos servidores das empresas, em uma investigação de crimes de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo.[30] Ao contrário da decisão anterior, a presente sequer menciona um fundamento legal para essa intervenção, o que não é de se espantar, pois não há no ordenamento jurídico brasileiro norma que a autorize. Dados de localização só podem ser requeridos para a investigação da localização atual de investigados por vítimas de crimes em curso e relacionados ao tráfico de pessoas (art. 13-B CPP). Qualquer mínima necessidade de confrontação de tais pressupostos pelo magistrado revelaria o óbvio: a ausência de fundamento legal para a medida. Da leitura da decisão, suspeita-se que, na visão do magistrado, do fato de nenhum direito fundamental ser absoluto, decorreria uma autorização geral para qualquer intervenção pretendida, desde que para assegurar outros valores constitucionais. Essa consideração seria correta, no máximo, da perspectiva do legislador: enquanto o legislador está limitado, a princípio, apenas pela constituição, o juiz está limitado ao que lhe é autorizado por lei. No entanto, nem mesmo o legislador, como vimos, possui tamanha liberdade, pois também está sujeito aos severos limites da proporcionalidade. Ainda que da perspectiva do legislador, não pareceria razoável autorizar tal medida para a investigação de delitos de furto (qualificado) ou de forma indiscriminada em relação aos possíveis afetados, atingindo, dessa forma, um número possivelmente grande de insuspeitos. A verdade é que, na forma como argumenta o magistrado, o fato de um direito não ser absoluto é o mesmo que dizer que ele nem sequer existe.

A seguir serão analisados os casos Catanduva (c) e Marielle Franco (d).[31]

c) O caso Catanduva

---

a ocorrência de um processo de telecomunicação, ou seja, são gerados automaticamente, mesmo que o indivíduo não inicie uma telecomunicação.

30 Processo n. 0001378-90.2018.8.26.0541, 3ª Vara da Comarca de Santa Fé do Sul, São Paulo, decisão de 1.8.2018, do juiz Rafael Almeida Moreira de Souza (https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/05/02b2076941bccc9440bb5dfc8a7a2da3.pdf).

31 A fim de manter o texto conciso, os casos serão relatados de maneira superficial. Para a compreensão de outros detalhes, sugere-se a leitura da matéria jornalística indicada.

Essas últimas considerações sobre a necessidade de fundamento legal para intervenções em direitos fundamentais (desenvolvidas nos dois casos analisados anteriormente) também lançam luz sobre um caso da 1ª Vara Criminal de Catanduva, no qual se autorizou o levantamento de dados de localização (registros de ERB)[32] para investigação de delitos de homicídio (que também não consta do rol taxativo do art. 13-B CPP)[33]. Nesse caso, chama atenção, especialmente, o fato de o juiz autorizar tal medida com base em uma interpretação da LIT "*a contrario sensu*". Se por meio dessa expressão o magistrado se referia ao fato de que a LIT não proíbe expressamente o levantamento de tais dados, essa pode ser considerada, entre todas as ora analisadas, a decisão com fundamento mais perigoso. Intervenções em direitos fundamentais, é preciso que fique claro, exigem fundamento em lei. A inexistência de autorização legal já significa a ilegitimidade da medida. A LIT tem escopo bem definido: autorização de interceptação de fluxo de telecomunicações. E, aqui, o magistrado também autoriza tais medidas interventivas sem individualização dos possíveis alvos, criando a possibilidade de afetação de inocentes insuspeitos.

É, de fato, assustador, notar que nem os pressupostos mais básicos de uma intervenção em direito fundamental vêm sendo levados a sério. Intervenções sem fundamento legal são a antítese do Estado de Direito, por qualquer perspectiva que se adote. Mas, além disso, a autorização de intervenção sobre terceiros não-envolvidos é também uma clara demonstração de arbitrariedade. É evidente que circunstâncias especiais podem exigir uma inevitável afetação da esfera de terceiros livres de qualquer suspeita, mas essa possibilidade não só deve também estar autorizada e suficientemente limitada por lei (o que não se verifica em nenhuma das normas autorizativas que analisamos), como demanda uma rigorosa demonstração de necessidade. Em nenhuma das três decisões analisadas, menciona-se o fato de que terceiros poderiam ser atingidos, quanto mais uma

32 Cf. nr. 28.

33 Processo n. 0003771-51.2018.8.26.0132, 1ª Vara da Comarca de Catanduva, São Paulo, decisão de 16.5.2018, do juiz Antonio Carlos Pinheiro de Freitas (https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/05/207597f5019cffafeaed5b2c4a7eee99.pdf).

tentativa de fundamentação dessa necessidade. Nenhuma das citadas normas do processo penal brasileiro autoriza que, em determinadas circunstâncias, terceiros possam ser afetados, e nem sempre se tomam precauções para reduzir ao máximo esse risco. Direitos fundamentais já impõem altos obstáculos a intervenções dirigidas contra investigados. Mas da perspectiva de não-investigados, o Estado estará sempre obrigado a apresentar razões muito mais fortes para tal intervenção. Essa prática, ao que tudo indica, corriqueira, se não rechaçada eficazmente pelo Supremo Tribunal Federal, a quem cabe, em última instância, a proteção dos direitos fundamentais, poderia, inclusive, servir de argumento para a afirmação de uma proteção deficiente.

d) O caso Marielle Franco

Na investigação do homicídio da ex-vereadora do Rio de Janeiro Marielle Franco, à Polícia Civil deu-se, ao que parece[34], autorização judicial, dentre outras coisas, para acesso remoto e oculto a dispositivos informáticos de investigados ou de terceiros (nuvens - hardware de armazenamento digital à distância). Nesses espaços digitais, é possível obter toda sorte de dados pessoais, como fotos, anotações particulares, segredos empresariais, histórico de buscas etc. Essa medida de infiltração online (no direito alemão: *Online-Durchsuchung*, § 100b StPO)[35], que, na era da digitalização, é necessária para a coleta de provas de delitos em formato digital, precisa ser submetida a exame minucioso da ciência, dos tribunais e do Congresso Nacional. Essa medida não está legalmente autorizada em nosso atual ordenamento jurídico.

A infiltração online não pressupõe a realização de telecomunicação, não se assemelha ao processo de interceptação de telecomunicações,

34 Em virtude do sigilo dos autos do inquérito policial n. 0011285-21.2019.8.19.0001 (de competência do juízo da 4ª Vara Criminal da Capital do Estado do Rio de Janeiro), não é possível ter acesso à decisão e, portanto, a descrição aqui apresentada deve ser tomada como hipotética.

35 Sobre a medida processual penal de infiltração online, cf. GRECO Luís/GLEIZER Orlandino, A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã, in: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 5 n. 3, out/2019, no prelo.

seja em natureza ou em procedimento, e atinge de forma mais intensa, precisa e devassadora a esfera íntima e a autonomia do indivíduo, na dimensão da *autodeterminação informacional*: o direito ao controle sobre o tratamento dos próprios dados. Isso porque ela permite a formação de perfil completo do investigado e volta-se a qualquer época de sua vida e não apenas aos dados produzidos contemporaneamente à investigação. Além disso, porque tem a capacidade de atingir informações que o indivíduo nunca decidiu submeter aos riscos de uma transferência à distância e/ou compartilhar com alguém. E porque sua forma de execução não facilita uma prévia identificação de dados do núcleo da esfera privada – o conteúdo essencial do direito fundamental, seu espaço *intocável*[36]. Além disso, muitos outros limites precisam ser legalmente estabelecidos em relação a esse método de investigação, para tornar a medida proporcionalmente compatível com os direitos fundamentais nos quais intervém. Por exemplo, infiltrando-se remota e ocultamente em um computador, pode o investigador ligar a webcam e assistir o que faz o investigado em seu quarto (vigilância online) – o que se assemelharia a uma escuta ambiental? Pode-se ordenar a obtenção de capturas de telas (*print-screen*) a cada curto intervalo de tempo, a fim de identificar tudo quanto o investigado faz em seu dispositivo? Tudo isso significa expandir a intrusão estatal também a informações que dificilmente serão necessárias para a elucidação dos fatos.

Os inevitáveis rastros que nossa vivência digital deixa em sistemas informáticos permitem uma construção completa de nosso perfil e muitas vezes possibilitam saber mais sobre o acusado do que ele próprio se recorda, obter informações que sequer um dia mereceram sua atenção e até mesmo que não lhe pertençam, senão a um terceiro. Além disso, é praticamente impossível, *ex ante,* direcionar a tomada de conhecimento de forma a evitar a coleta de informações pertencentes à esfera mais íntima do indivíduo, o núcleo da vida privada (*Kernbereich privater Lebensgestaltung*)[37], que seria a parte

36 Sobre um conceito de intocabilidade na teoria dos direitos fundamentais que permita a construção de espaços absolutos de proteção, cf. GRECO (nr. 5) p. 32 ss., com outras referências.

37 Sobre esse conceito, proveniente da teoria das esferas de Hubmann, cf. GRECO (nr. 5), p.

intocável (conteúdo essencial) do direito fundamental à intimidade do art. 5º X CF – por exemplo, vídeos e fotos íntimas eventualmente salvas na nuvem, registros de pesquisas online a respeito de problemas de saúde ou diálogos com advogados de defesa.

Não fosse o bastante, muitas vezes a infiltração online requer, tecnicamente, a criação de acessos ocultos aos dispositivos informáticos (*backdoor*), que os torna vulneráveis a ataques de terceiros não autorizados. Caso esse acesso remoto e oculto demande a instalação de *malwares* (cavalo de troia) no sistema, será necessário analisar também a intervenção à *integridade* do sistema informático[38]. Na era da digitalização[39], a necessidade de uma proteção efetiva da integridade e confidencialidade dos sistemas informáticos levou à construção, pelo Tribunal Constitucional alemão, do direito fundamental à garantia de confidencialidade e integridade de sistemas informáticos particulares, concretizado a partir do direito geral de personalidade, em sua componente de autodeterminação informacional (BVerfGE 120, 274). O tribunal argumenta que, diante de nossa atual dependência por sistemas informáticos, que só aumenta, seria necessário conceber um direito fundamental específico para a proteção do uso de sistemas informáticos, de modo que o indivíduo pudesse utilizá-los sem receio constante e, com isso, desenvolver livremente sua personalidade. Esse direito passou, portanto, a proteger os sistemas informáticos individuais, exigindo específicos pressupostos de proporcionalidade para uma intervenção. Um dos efeitos mais importantes dessa decisão foi a exigência de pressupostos mais rigorosos à infiltração online do que aqueles estabelecidos para a vigilância de telecomunicações.

34.

38 Cf. o artigo de VACIAGO Giuseppe/RAMALHO David Silva, Online searches and online surveillance: the use of trojans and other types of malware as means of obtaining evidence in criminal proceedings. Digital evidence and eletronic signature Law Review, 13 (2016), p. 88-96. Também LOPES JR. Aury/MENDES Carlos Hélder, "Vírus espião" como meio de investigação: a infiltração por softwares, acessível em (14.6.2019): https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/limite-penal-virus-espiao-meio-investigacao-infiltracao-softwares?fbclid=IwAR37uc1DrHHI79WNXfSsD5UyFIx1JL23Rc4L1y_PuSLybPdyFb3-TkDUnI4.

39 Sobre o fenômeno da digitalização, cf. KLAUS Thomas/MIERKE Annika, Szenarien einer digitalen Welt – heute und morgen: Wie die digitale Transformation unser Leben verändert, München: Henser, 2017.

Se, por exemplo, a autorização de intervenção do direito ao sigilo das telecomunicações é limitada à finalidade de investigação de alguns crimes (catálogo de fatos) *graves*, a intervenção no direito à integridade e confidencialidade dos sistemas informáticos só se justifica para a investigação de crimes *gravíssimos*. O potencial prejuízo de uma infiltração online para o afetado é muito superior ao de uma interceptação de telecomunicação.

Portanto, a infiltração online não representa uma intervenção apenas no direito ao sigilo das telecomunicações (art. 5º XII CF) – que protege tão somente a confiança no uso de meios de telecomunicação, e não a confiança na guarda de dados ou no uso de sistemas informáticos. O acesso a e-mails armazenados após o recebimento (ou seja, não mais em trânsito), pela mesma razão, não está, segundo a opinião majoritária da ciência, autorizado por aquela que autoriza a vigilância de telecomunicações. O armazenamento de dados não é um processo de telecomunicação.

Em resumo, atualmente, a tarefa mais importante da ciência jurídica brasileira e do Supremo Tribunal Federal, em relação à infiltração online, parece ser a de definir em qual(is) direito(s) fundamental(is) ela intervém. Em seguida, será necessário traçar limites, dele(s) advindos, aos poderes públicos. Nossa Constituição Federal conhece um amplo direito fundamental ao sigilo dos dados (art. 5º XII CF)[40]. Como se pode ver, esse direito goza de maior proteção do que o sigilo das telecomunicações (comunicações telefônicas), já que não está submetido a qualquer reserva de lei. Seria ele suficiente para essa proteção? Ou deveríamos, a exemplo da Alemanha, concretizar um direito fundamental à autodeterminação informacional (já reconhecido no art. 2º II, Lei 13709/2018), cujo âmbito de proteção abranja também a integridade dos sistemas informáticos? Na era em que nossos dados se tornam digitais – descritos em formato de dígitos 0-1 – e atingem maior nível de vulnerabilidade, assegurar os sistemas

40 Art. 5º XII CF: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso [comunicações telefônicas], por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

informáticos individuais contra os exercentes do poder estatal é de extrema importância e demanda a atuação direta do Poder Judiciário (Tribunal Constitucional) em virtude do imperativo de proteção suficiente dos direitos fundamentais em jogo.

Por fim, cabe apenas registrar que, no caso Marielle Franco, a intervenção na esfera de terceiros atingiu números extraordinários (318 pessoas com fluxo de telecomunicação interceptado e 670 contas de usuários de internet analisadas)[41], a indicar que não apenas a ideia de reserva legal mas também a de proporcionalidade parece ainda não ter sido verdadeiramente compreendida por nós.

Em conclusão: tampouco essa medida poderia ter sido autorizada, pelo simples fato de que não há lei que a preveja, e ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa – no caso, a suportar tornar-se objeto da curiosidade estatal – senão em virtude de lei (art. 5 II CF).

III) Algumas observações sobre medidas de investigação de informações digitais interventivas em direitos fundamentais em relação ao atual ordenamento jurídico brasileiro

A dogmática da intervenção em direitos fundamentais, quando aplicada aos casos acima analisados, tem a capacidade de demonstrar, pelo menos, dois graves equívocos que vêm se repetindo em decisões judicias brasileiras: a) decretação de medidas interventivas sem fundamento em lei e b) afetação da esfera de terceiros não-investigados. Dedicarei algumas poucas palavras conclusivas a respeito desses dois fenômenos.

a) Ausência de fundamento legal

Como já dito, qualquer intervenção em direito fundamental demanda autorização por lei (art. 5º II CF) – componente formal da restrição. Essa autorização precisa ser expressa. De uma competência (para investigar) não se extrai qualquer autorização (para intervir).

41 Os números foram extraídos da seguinte matéria jornalística e, portanto, não devem ser tomados como fidedignos: https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2019/03/13/como-os-celulares-ajudaram-a-achar-o-assassino-de-marielle-franco.htm

Na ausência de normas autorizativas, o magistrado se encontra, infelizmente, de mãos atadas. Por isso, é importante que a ciência jurídica brasileira comece a revelar lacunas de normas autorizativas de intervenção e que o legislador trate de saná-las. Em relação a medidas de investigação de dados digitais, pode-se adiantar que falta autorização para o acesso a dados de tráfego (ou metadados) de telecomunicação e de localização geográfica. A LIT não autoriza o levantamento desses dados. Caso a interceptação do fluxo de telecomunicação, em razão de criptografias de ponta-a-ponta, demande infiltração no dispositivo do indivíduo, para interceptação na fonte (*Quellen-TKÜ*), essa intervenção não está autorizada, já que a LIT autoriza intervenção no direito ao sigilo das comunicações e a interceptação na fonte intervém também na integridade do sistema informático, transformando-o em aparelho de escuta, mesmo que com isso apenas telecomunicações sejam monitoradas e gravadas. O mesmo ocorre em relação à chamada infiltração online, na qual se pratica acesso remoto e oculto a dispositivos informáticos, às vezes com redução da integridade dos mesmos (instalação de *malwares*)[42], para levantamento de dados armazenados e/ou vigilância constante do investigado. Essa medida não guarda semelhança com a interceptação de fluxo de telecomunicações. Também é importante ressaltar que a autorização das normas do art. 7º II e III MCI, para o que se poderia chamar de levantamento oculto de dados oriundos de processo de telecomunicação findo e em curso, respectivamente, ainda precisa ser estabelecido por lei (art. 10 § 2º MCI). Essas normas, obviamente, não podem ser tidas por legítimas autorizações de intervenção em direitos fundamentais, já que intervenções tão severas à autodeterminação informacional dos indivíduos estariam limitadas, nesse caso, por (quase) nenhum pressuposto[43]. Por fim, o art. 22 MCI autoriza a coleta de registros de conexão e de acesso a aplicações da internet, no

42 Há, na prática, possibilidade técnica de acesso a sistemas por infiltração "por dentro", com o uso de cavalos de troia, e "por fora", com uma utilização desautorizada de senha. A esse respeito, cf. AERNECKE Eva, Der Schutz elektronischer Daten im Verfassungsrecht, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.

43 A norma autoriza intervenção sem exigência de verificação de subsidiariedade, de lastro probatório mínimo, de participação em específicos delitos (catálogo de fatos) e de possíveis afetados.

entanto, também negligenciando muitas necessárias considerações de proporcionalidade.

A título de nota, as normas autorizativas no processo penal brasileiro não se preocupam com a proteção dos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais. Não há na LIT, por exemplo, determinações de suspensão da interceptação de fluxo de comunicações caso o acusado inicie uma comunicação que, certamente, não pode ser objeto de conhecimento por parte dos investigadores (como uma chamada para seu advogado). De forma ideal, também seria aconselhável que todas as medidas processuais-penais interventivas estivessem reguladas no Código de Processo Penal, conferindo transparência e maior sistematicidade ao tema.

b) Afetação da esfera de terceiros não-envolvidos

Em relação à afetação da esfera de terceiros não-envolvidos, a prática brasileira dos tribunais faz soar todos os alarmes da teoria dos direitos fundamentais. É importante que nós indivíduos tenhamos a segurança de que, não praticando um crime, não teremos nossa esfera invadida, e sim nossos direitos garantidos. Uma exceção proporcional poderia ser feita para casos em que terceiros auxiliam o investigado, recebendo mensagens em seu nome ou franqueado a ele o uso de seus dispositivos telefônicos/informáticos. No entanto, terceiros não-investigados, que sequer conhecem os investigados, não podem sofrer intervenções sob os mesmos pressupostos aplicáveis a investigados em um processo cuja legitimidade é, em regra, limitada aos seus sujeitos. A pergunta que fica é se esses indivíduos estão, ao menos, sendo, posteriormente, informados sobre a coleta de seus dados, já que continuam tendo o direito fundamental a saber o uso que o Estado tem feito desses dados (autodeterminação informacional). É também de extrema importância que esses dados estejam sob máxima proteção e sejam eliminados tão logo se tornem desnecessários para a investigação. Ou estariam os juízes e promotores brasileiros (aqui, indivíduos) também de acordo com o levantamento de seus dados sem o preenchimento dos pressupostos legais? Não parece minimamente razoável aceitar que sejamos devassados a fim de que

a polícia consiga encontrar provas delitivas contra outros. Não há, de fato, um caminho proporcional?

IV) Conclusão

Está na hora de voltarmos nossas atenções a um aspecto tradicionalmente negligenciado em relação a medidas processuais: as intervenções que elas representam na esfera individual protegida pelos direitos fundamentais. Voltando nossos olhares a essa dimensão constitucional do processo penal, fica evidente o fato de que as ideias de reserva legal e de proporcionalidade não foram corretamente recepcionadas pelo todo da prática jurídica. Também fica clara a falta de preocupação dos aplicadores do direito em definir um preciso âmbito de proteção a cada um dos direitos fundamentais e analisar cada específica intervenção com base no direito afetado concretamente pela medida. Cabe aos tribunais estabelecer limites sérios à ação interventiva do Estado. Intervenções não autorizadas por lei não podem ser implementadas com base em princípios de qualquer ordem (art. 5º II CF). Além disso, a ideia de proporcionalidade estabelece muitos limites que, como vimos, são ou desconhecidos ou negligenciados na prática.

Breves comentários sobre a execução da pena no direito alemão

ORLANDINO GLEIZER
GUILHERME GÓES

I. Introdução

A questão da constitucionalidade da execução provisória de pena, após idas e vindas, volta à pauta do Supremo Tribunal Federal (ADCs 43, 44 e 54) nesta quinta-feira, 17 de outubro de 2019. Livrando-se dos adornos, ela parece colocar em disputa, de forma muito simplificada, dois importantes argumentos, um de estatura deontológica e outro de ordem consequencialista: o direito fundamental à presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º LVII) e uma maior capacidade de funcionamento da justiça penal. Cada uma dessas duas dimensões recebe contra-argumentos de várias ordens. Em relação à primeira, tenta-se driblar a força cogente de argumentos deontológicos por meio de interpretações sobre o significado de "trânsito em julgado". Em relação à segunda, que leva em conta o valor "efetividade", é muito comum vermos comparações com outras ordens jurídicas, que executariam a pena de forma mais célere que o Brasil e, portanto, seriam "mais efetivas" que a nossa. Entre os exemplos, cita-se muito a Alemanha. Portanto, entendemos conveniente esclarecer o que se passa no direito alemão.

Para esclarecer o momento do início da execução da pena no direito alemão – que se dá apenas após o trânsito em julgado (§ 449 StPO)[1] – entendemos fundamental, em primeiro lugar, apresentar o sistema de competência jurisdicional material para julgamento de casos penais (II). Em seguida, é preciso entender o sistema recursal (III). Por fim, dedicaremos algumas palavras ao trânsito em julgado do direito alemão (IV) e teceremos breves comentários comparativos (V).

1 Sobre o tema, cf. Paeffgen/Greco. SK-Kommentar StPO, § 449. Köln: Carl Heymanns Verlag, 9. ed., 2019/2020, no prelo, nm. 1 ss.

Ao leitor mais exigente, é importante deixar claro que, pela brevidade do tempo em decorrência da subtaneidade da colocação do tema em pauta, as linhas a seguir não serão dedicadas a uma análise crítica da matéria, senão apenas a uma descrição de sua situação no direito alemão.

II. Competência material para julgamento de casos penais no direito alemão

A organização judiciária em matéria penal na Alemanha está estruturada, basicamente, em quatro espécies de tribunais, para as quais teremos que arriscar arbitrariamente alguma tradução simplificadora: Tribunal Local [*Amtsgericht*], Tribunal Estadual [*Landgericht*], Tribunal Superior Estadual [*Oberlandesgericht*] e o Tribunal Federativo [*BGH Bundesgerichtshof*]. Os três primeiros têm competência originária. Os três últimos têm competência recursal. O critério fixador da competência material originária, ou seja, para julgamento dos fatos em primeira instância, é a pena (*conferir quadro sinóptico ao final, para melhor compreensão do arranjo*)

a. O Tribunal Local (Amtsgericht – cf. §§ 24 ss. GVG)

O Tribunal Local é materialmente competente para o julgamento em primeira instância de casos em que não haja expectativa de que o acusado receba mais de quatro anos de pena restritiva de liberdade ou seja internado em hospital psiquiátrico como medida de segurança. Mesmo nestes casos, a competência ainda pode ser do Tribunal Estadual ou da Tribunal Superior Estadual, se a lei assim estabelecer (§ 24 Abs. 1 nr. 2 GVG) ou se o Ministério Público, por particularidades do caso concreto (proteção da vítima-testemunha ou relevância dos fatos), apresentar a denúncia ao Tribunal Estadual (§ 24 Abs. 1 nr. 3 GVG).

O Tribunal Local é composto por juízos singulares – que julgam sozinhos – e por colegiados [*Schöffengerichte*]. O direito alemão confia a *minoria* dos casos penais ao julgamento de um juiz singular.

Somente o julgamento de fatos penais com pena de prisão de até dois anos ou processados via ação penal privada são confiados a apenas um julgador (§ 25 GVG). À medida em que aumentam as penas potenciais, parece crescer também a desconfiança do legislador alemão em relação aos juízes. Fatos penais com penas de prisão de até quatro anos são julgados, também em primeira instância, por um colegiado, formado por um juiz togado [*Berufsrichter*] e dois juízes leigos [*Schöffenrichter*] (§§ 28 ss. GVG).

b. O Tribunal Estadual (§§ 74 ss. GVG)

O Tribunal Estadual, como antecipado, tem competência material originária e recursal. As câmaras que o compõem podem ser pequenas, formadas por um juiz togado e dois juízes leigos, ou grandes, formadas por três (ou dois – § 76 II, III e IV GVG) juízes togados e dois juízes leigos.

Em primeira instância, ele é competente para o julgamento de todos os crimes que não sejam de competência do Tribunal Local ou da Tribunal Superior Estadual (§ 74 Abs. 1 1 GVG), além de outros fatos penais que gerem expectativa de condenação a penas privativas de liberdade de mais de quatro anos ou de internação em hospital psiquiátrico ou que, por aquelas razões que comentamos acima, levem o Ministério Público a eleger sua competência (§ 74 Abs. 1 2 GVG). O Tribunal Estadual julga a maior parte dos crimes ocorridos na Alemanha. É possível mencionar – ressaltando serem apenas poucos exemplos no amplo universo dos crimes de sua competência – crimes com resultado morte (§ 74 Abs. 2 GVG), contra o estado democrático de direito (§ 74a Abs. 1 2 GVG), econômicos (§ 74c GVG) etc.

Em exercício recursal, o Tribunal Estadual decide os recursos de apelação contra a sentença condenatória do Tribunal Local (§ 312 GVG). Sobre o recurso de apelação, dedicaremos algumas linhas abaixo (cf. infra III a).

c. O Tribunal Superior Estadual (§ 115 ss. GVG)

Em sede de competência originária, resta aos Tribunais Superiores Estaduais uma gama muito específica de situações. Em suma, cabe a eles julgar originariamente processos de crimes, entre outros (§§ 120 Abs. 1, 120b e 122 GVG), como de traição contra a federação (§ 120 Abs. 1, 2 GVG), traição contra estados da federação (§ 120 Abs. 1 2 GVG), coação de órgãos constitucionais (§ 120 Abs. 1 5 GVG) e crimes previstos no código penal internacional (§ 120 Abs. 1 8 GVG). Há também a previsão de julgamento de casos assumidos pelo Procurador-Geral da Federação (§ 120 Abs. 2 GVG). Nessas situações, os julgamentos podem contar com a participação de três ou cinco juízes (§ 122 Abs. 2 GVG).

O Tribunal Superior Estadual, em exercício de competência recursal, julga os recursos especiais interpostos contra decisão do juiz singular que não tiver sido objeto de apelação e contra acórdãos resultantes das apelações julgadas pelo Tribunal Estadual, e também as revisões interpostas contra acórdãos dos julgamentos proferidos em sede de primeira instância pelo Tribunal Estadual, quando o recurso especial tratar exclusivamente de violações de normas jurídicas veiculadas em leis estaduais (§ 121 GVG). Como regra geral, esses julgamentos ocorrem na presença de três juízes (§ 122 Abs. 1 GVG).

d. O Tribunal Federativo – BGH (§§ 135 I, 139 GVG)

O *Bundesgerichtshof*, que se assemelha ao nosso Superior Tribunal de Justiça, não tem competência originária em matéria penal, apenas recursal. A ele compete o julgamento do recurso especial interposto contra sentença condenatória proferida em primeira instância pelo Tribunal Superior Estadual. A ele também compete, residualmente, o julgamento do recurso especial interposto contra sentença condenatória proferida, em primeira instância, pelo Tribunal Estadual (que, em regra, é de competência do Tribunal Superior Estadual), caso o recurso especial também questione violação de lei federal na decisão recorrida.

e. Uma observação (crucial)

Como já deve estar claro, o Tribunal Constitucional alemão (*Budesverfassungsgericht*) não integra a organização judiciária em matéria penal. E isso por uma razão simples: o Tribunal Constitucional alemão é um tribunal *constitucional*, e não penal. Ele não tem competência originária e nem recursal em casos penais. Eventuais inconstitucionalidades em processos penais, a exemplo de violações de direitos fundamentais, podem ser objeto de ação autônoma, como a Reclamação Constitucional [*Verfassungsbeschwerde* – p.ex., Art. 93 Abs. 1 4ª GG], que, por não se tratar de recurso, não tem efeito suspensivo. Portanto, no processo penal alemão, o trânsito em julgado (formal) se dá, em geral, após o julgamento do recurso especial, por quem quer que seja competente para o seu julgamento, que em regra cabe ao Tribunal Federativo (BGH). Após o recurso especial, que, na maior parte dos casos relevantes, é o único recurso à disposição da defesa para contestar uma sentença condenatória, a decisão transita em julgado.

III. O sistema recursal alemão em matéria penal

O sistema recursal penal alemão é mais simples do que o brasileiro. Contra sentenças penais condenatórias do Tribunal Local cabe recurso de apelação [Berufung], que reabre a discussão a respeito da verdade dos fatos (ampla cognição) e suspende o trânsito em julgado, que, posteriormente,[2] pode ser objeto de recurso especial [*Revision*] para uma Tribunal Superior Estadual, cujo efeito devolutivo só se estende a questões de direito. Nos demais casos, cujo julgamento já em primeira instância fica a cargo de, ao menos, quatro julgadores (câmara pequena do Tribunal Estadual ou Tribunal Superior Estadual), não há recurso que devolva o julgamento da matéria fática. O recurso especial só devolve o julgamento de questões de direito. Isso leva alguns a falar em uma pura

2 Também há hipóteses em que, cabendo apelação, pode-se interpor diretamente, em supressão de instância, o recurso especial [Sprungrevision - § 335 StPO], para discutir apenas questões jurídicas.

instância de direito [*reine Rechtsinstanz*][3].

a. A apelação

A apelação [*Berufung*] prevista no § 312 StPO assemelha-se muito ao instituto homônimo previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Cabível contra as decisões dos Tribunais Locais, essa apelação permite uma reanálise tanto das questões de direito como das questões de fato, garantindo assim uma devolução ampla ao Tribunal Estadual. Em virtude do princípio da oralidade [*Mündlichkeitsgrundsatz*] do processo penal alemão, que estabelece que a sentença só pode considerar provas reproduzidas oralmente durante a audiência de instrução e julgamento (§ 261 StPO), em regra, todo o processo será repetido durante o julgamento da apelação, que não se limita apenas à análise da fundamentação da decisão de apelada.[4] Nesse momento, é permitida a produção de novas provas e adição de novos fatos relevantes ao caso; como exemplificam *Roxin/Schünemann*, nessa fase, é possível considerar processualmente a morte de uma vítima que até o julgamento ocorrido no juízo a quo estava apenas lesionada[5]. A interposição desse recurso suspende o trânsito em julgado (§ 316 Abs.1 StPO).

IV. O recurso especial

A *Revision* do direito alemão (§ 333 StPO) se assemelha ao nosso recurso especial[6], pois visa a discutir apenas violações legais (§ 337 StPO), que ocorrem, segundo o legislador (Abs. 2), caso uma norma jurídica não

3 Karl, Claudia. Die Bedeutung der Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage in der strafprozessualen Revision. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2016, p. 27 ss., que também aborda a complicada distinção entre questões de fato e de direito (p. 19 ss.), e apresenta outras referências.

4 Cf. Greco, Luís. Introdução, in: Wolter, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 67.

5 Roxi/Schünemann. Strafverfahrensrecht. München: Beck, 29. Ed., 2017, p. 466.

6 Razão pela qual decidimos traduzir como recurso especial, a fim de não gerar a falsa impressão de que a Revision alemã, a exemplo da nossa revisão criminal de influência francesa, serviria para atacar a coisa julgada.

seja (corretamente) aplicada ao caso. A verdade dos fatos, a valoração das provas e a dosimetria da pena, em princípio, não são revisáveis por recurso especial, a não ser que sejam impactadas indiretamente por questões de direito. Portanto, o recurso especial não tem efeito devolutivo amplo, mas restrito (a questões de direito)[7]. Por outro lado, enquanto recurso, ele também impede o trânsito em julgado da sentença penal recorrida (§ 343 StPO).

V. Conclusão intermediária

A nível recursal, o processo penal alemão se afigura mais simples do que o brasileiro e não conhece um instrumento análogo aos nossos embargos infringentes (art. 609 p.u. CPP) ou ainda algum *recurso* que tenha por objeto violações constitucionais, a exemplo do nosso recurso extraordinário. Violações constitucionais podem ser objeto de Reclamação Constitucional, uma ação autônoma apresentada ao Tribunal Constitucional alemão, que não tem natureza de recurso e, portanto, não goza de efeito devolutivo ou suspensivo (cf. Art. 93 Abs. 1 4a GG). Além do mais, decisões interlocutórias também podem ser objeto de um *agravo* [*Beschwerde* - § 304 ss StPO], mas nossa explicação anterior se restringe às decisões de mérito, ou seja, as sentenças penais. Além do mais, não cabem agravos contra decisões do Superior Tribunal de Justiça alemão (§ 304 Abs. 4 StPO), de modo que uma vez julgado o recurso especial, opera-se, a princípio, o trânsito em julgado.

Cabe ressaltar também que, em relação às sentenças ainda recorríveis, seja em apelação ou em recurso especial, não há que se falar em trânsito em julgado e, consequentemente, muito menos em execução *provisória* da pena. É possível, contudo, executar sentenças ainda formalmente recorríveis apenas quanto aos fatos já transitados em julgado (trânsito em julgado parcial) porque não houve recurso com relação a eles o que, em tese, seria possível também em nosso ordenamento jurídico. Assim, nos resta, por fim, retornar à pergunta inicial: afinal, quando se inicia a execução da pena na Alemanha?

7 Karl, Claudia. (nr. 2), p. 19.

VI. O início da execução da pena na Alemanha

No direito alemão, a pena só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (§ 449 StPO). Não se aceita execução provisória de pena na Alemanha[8], também por força do princípio constitucional da presunção de inocência (cf. BVerfGE 19, 342; 74, 358; 133, 168), embora, lá, seja ele apenas um derivado do princípio do estado de direito, enquanto, entre nós, segue afirmado rigidamente pela Constituição Federal (art. 5º LVII).

O conceito de trânsito em julgado pode ser entendido de uma perspectiva formal ou material, cada uma com diferentes efeitos[9]. O trânsito em julgado formal significa a incontestabilidade de uma decisão dentro de um mesmo processo (efeito de exaurimento)[10], enquanto o material significa que aquele complexo de fatos julgados não pode ser rediscutido em outro processo (efeito de bloqueio – *Sperrwirkung*)[11]. Para o início da execução da pena, o que interessa é o trânsito formal. Assim como no direito brasileiro, é apenas a partir da última decisão irrecorrível ou do esgotamento do prazo para apresentação do recurso cabível que se pode falar em um trânsito em julgado formal e, consequentemente, em culpa formada e pena definitiva no direito alemão.

É importante atentar para o fato de que *não é verdade, portanto, que, na Alemanha, o julgamento por uma segunda instância autoriza a execução (provisória) de pena.* O que se verifica, contudo, é que, em alguns casos, só há previsão legal de interposição de um único recurso em relação à sentença condenatória e, portanto, nestes casos, o trânsito em julgado ocorre após o julgamento por uma segunda instância. Ou seja, de novo, a pena só é executável após o trânsito em julgado.

8 Cf., por todos, Schmidt/Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, München: Beck, 62. ed., p. 1760.

9 Sobre as perspectivas do trânsito em julgado, cf. Greco, Luís. Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 328 ss.

10 Roxin/Schünemann (nr. 4), p. 444.

11 Roxin/Schünemann (nr. 4), p. 444.

VII. Últimos comentários comparativos

Observa-se, portanto, que o processo penal alemão, assim como o brasileiro, possui recursos relativos à análise de fatos e outros restritos à análise de direito. Quanto ao julgamento dos fatos, o processo penal alemão o confia sempre a pelo menos três juízes, seja em julgamento originário ou recursal, o que, no processo penal brasileiro, só é alcançado em sede recursal (quando são julgados por colegiados em segundo grau de jurisdição). Já em relação ao julgamento do direito, o processo penal alemão possibilita, na maior parte dos casos, que sua análise seja realizada por pelo menos oito juízes, situação semelhante ao que pode ocorrer no processo brasileiro nos casos em que haja interposição de recurso especial ou extraordinário. Além disso, observa-se que, no ordenamento alemão, nos casos em que o julgamento dos fatos em primeira instância compete a um juiz singular, existe a previsão de um recurso de efeito devolutivo amplo (que permite a reabertura da discussão sobre a verdade fática) e a de um recurso de efeito devolutivo restrito (que só permite a discussão de questões de direito), muito semelhante ao que ocorre no processo penal brasileiro com a apelação e os recursos especial ou extraordinário. A partir dessa análise, conclui-se que, para fins de um estudo comparado, ao se afirmar a possibilidade de prisão na Alemanha após uma sentença de segunda instância, estar-se-á a propagar uma "verdade aparente". A "verdade real" é a que nos pode ser menos agradável: o ordenamento jurídico alemão não permite a execução de pena de pessoas ainda consideradas inocentes, ou seja, antes que se opere o trânsito em julgado formal em relação aos fatos que ensejam a pena que se deseja executar.

Por fim, também nos parece uma boa oportunidade para abordar uma pretensa solução que se vê ventilar, volta e meia, entre entrevistas e discursos de ministros do Supremo Tribunal Federal. Embora a configuração do processo alemão que acabamos de apresentar possa indicar ser uma uma boa ideia (e acreditamos ser) estabelecer o trânsito em julgado a partir da decisão em sede de recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, transformando o recurso extraordinário em uma ação constitucional autônoma, essa ideia só pode ser executada pelo legislador e demandaria uma total reconfiguração do sistema recursal do processo penal brasileiro, inclusive de dispositivos constitucionais (p.ex., art. 102

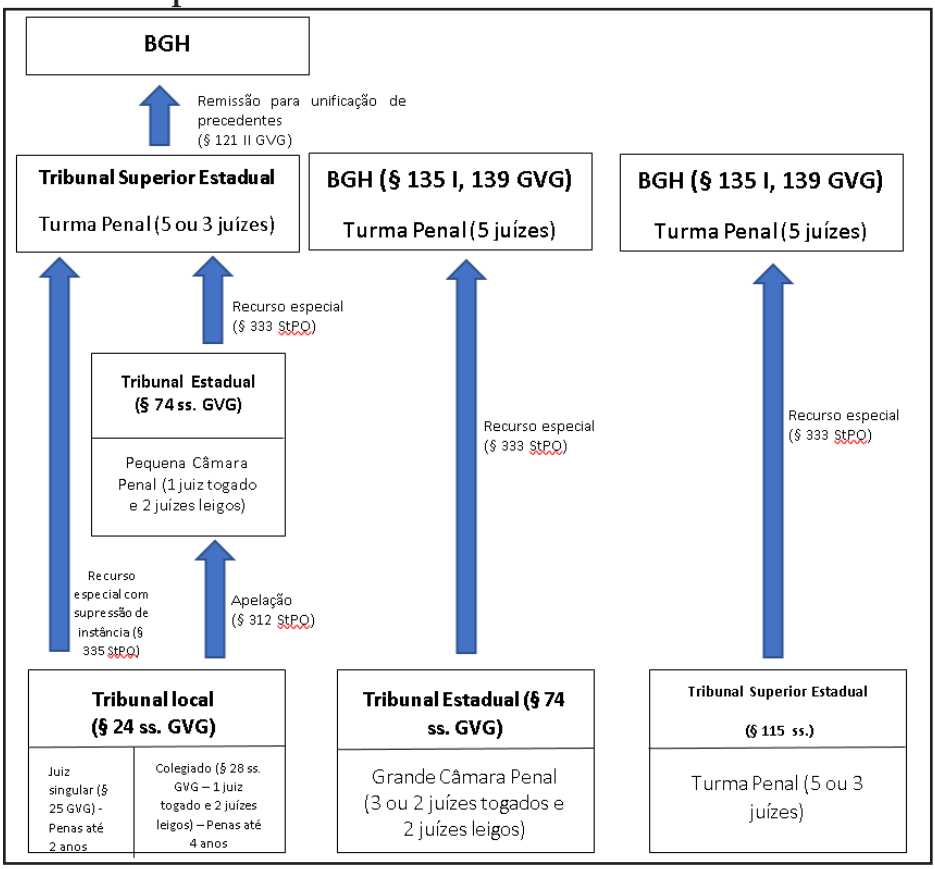
III e § 3º CF).

O argumento central da discussão resume-se na execução provisória de penas. Todavia, executar algo provisoriamente pressupõe a possibilidade do restabelecimento da situação que se pretende modificar provisoriamente. Tratando-se de liberdade e de afirmação de culpabilidade em decorrência da pena, que não têm preço ou equivalência econômica, estando no plano da dignidade[12], fica claro o equívoco que tal execução provisória representa. Permitir execução enquanto ainda se processam recursos especial e extraordinário é, em última análise, tratar estes recursos como se fossem revisão criminal. No entanto, aquele que tem direito à revisão é um injustiçado. Quanto a ele, o que resta fazer é, infelizmente, desculpar-se pelo erro e restabelecer-lhe a liberdade e a inocência. Caso a ele ainda seja dado direito a esperar o julgamento de recursos, determinam o constituinte e o legislador ordinário (art. 5º LVII CF; art. 283 CPP) a prevenção do mal no lugar do remédio: ainda se pode evitar apontá-lo como culpado e não lhe subtrair a liberdade.

Talvez, paliativamente, também pudesse ser do interesse do legislador estabelecer um novo marco interruptivo da prescrição para afastar riscos de prescrição: a interposição de recursos especiais e extraordinários. Ou talvez não. De qualquer forma, a lei que se tem é a lei que se aplica. Porque, se for para aplicar apenas leis que nos parecem interessantes, não será possível ser juiz nem em Berlim.

12 Kant, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Portugal, Lisboa: Edições 70, 1986, p. 77.

VIII. Quadro sinóptico: organização judiciária e sistema recursal em matéria penal



ISBN: 978-65-995927-0-6

