

# Sumário

## Apresentação

<b>REVISTA ATUAÇÃO: da superação aos novos desafios</b> Amélia Regina da Silva	I-II
---	------

## Artigos

<b>A CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO PARA FINS DE PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL</b> Chrystopher Augusto Danielski	1-16
<b>O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA QUANDO NÃO ALEGADA NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI</b> Paulo Henrique Lorenzetti da Silva	17-34
<b>A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO COMPLEMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> Iara Klock Campos	35-56
<b>A OBRIGAÇÃO DE REPARAR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS IMPOSTA POR SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA</b> Lucas dos Santos Machado	57-81
<b>O ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA E O LIMITE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO</b> Felipe Brüggemann	82-100
<b>AS INOVAÇÕES JURISPRUDENCIAIS ADVINDAS DO DANO MORAL COLETIVO: uma análise sobre sua aplicação no direito brasileiro</b> Alexandre Penzo Betti Neto	101-126
<b>JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: a divergência doutrinária quanto aos efeitos da Lei n. 9.099/95 no processo penal brasileiro</b> Karla Bárdio Meirelles	127-144
<b>MULTA PESSOAL AO AGENTE POLÍTICO: uma possibilidade de efetividade ao instituto da ação civil pública</b> Marcio Vieira	145-164
<b>A IMPORTÂNCIA DA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS PARA O EFETIVO COMBATE À LAVAGEM DE CAPITAIS E À CORRUPÇÃO: A colaboração premiada como instrumento de localização dos ativos</b> Ariane Bulla Jaquier	165-182

<b>AUTORIA POR CONVICÇÃO: uma releitura da culpabilidade no paradigma garantista da intervenção penal mínima</b> José Luiz de Moura Faleiros	<b>183-211</b>
<b>PANDEMIA E PRISÃO DOMICILIAR: perpetuando o Estado de Coisas Inconstitucional</b> Bianca Garcia Neri, Jaqueline Vasconcellos de Miranda Carvalho	<b>212-227</b>
<b>A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS FIRMADA NA TESE 129 DA REPERCUSSÃO GERAL: uma crítica e uma proposta</b> Jorge Paulo Damante Pereira	<b>228-244</b>

## REVISTA ATUAÇÃO: DA SUPERAÇÃO AOS NOVOS DESAFIOS

ATUAÇÃO: FROM OVERCOMING TO THE NEW CHALLENGES

É com alegria e gratidão que a equipe editorial da Revista Atuação apresenta o trigésimo terceiro número de seu décimo quinto volume, consolidando mais uma vez a importância da Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, dirigida à publicação de artigos científicos inéditos na área do Direito e com acesso público e gratuito.

A atual publicação conta com a seleção de doze artigos de diversos temas contemporâneos, sendo que oito deles são produções de alunos egressos do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional deste Ministério Público de Santa Catarina, credenciado como Escola de Governo, no âmbito estadual, desde o ano de 2015.

Desses oito autores, sete são novos Promotores de Justiça, que ingressaram na Instituição pelo 39º Concurso, integrando a Turma II do Curso, e na sua maioria concluintes em 2018, cumprindo o requisito de sua formação com a apresentação do trabalho de conclusão de curso para a obtenção do título de Especialista na Carreira do Ministério Público.

Em um ano tão atípico como foi 2020, a reunião desses artigos nesta Revista pretende, além de promover o despertar para a produção acadêmica e científica dos novos integrantes, também renovar o olhar institucional sobre as atuais temáticas em discussão, a partir de novas perspectivas e conhecimentos pulsantes dos colegas recém ingressos.

Somando-se ainda à inestimável e sólida contribuição dos demais autores dessa obra, essa publicação torna-se, com certeza, mais um valioso manancial de difusão do conhecimento sobre as funções institucionais do Ministério Público.

Experimentem uma proveitosa leitura.

**Amélia Regina da Silva**  
*Promotora de Justiça*  
*Editora-responsável*

***Pareceristas que atuaram no volume 15, número 33, de dezembro de 2020***

*Prof. Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT)*

*Prof. Dr. Diego Prezzi Santos (Instituto Catuaí de Ensino Superior – ICES)*

*Prof. Esp. Fabrício Pinto Weiblen (Ministério Público de Santa Catarina – MPSC)*

*Prof. Dr. Hamilton Gonçalves Ferraz (Universidade Estácio de Sá – UNESA)*

*Profa. Dra. Michelle Barbosa de Brito (Ministério Público do Pará – MPPA)*

# A CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO PARA FINS DE PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL

THE CONSTITUTIONALITY OF COMPULSORY EXTRACTION OF  
GENETIC MATERIAL TO BE USED AS EVIDENCE IN CRIMINAL  
PROSECUTION

**Chrystopher Augusto Danielski**

*Especialista na Carreira do Ministério Público*

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**RESUMO:** Nos feitos de natureza penal, é comum que a autoridade policial venha a se deparar com vestígios biológicos capazes de apontar a autoria do delito. A título exemplificativo, podem-se citar sêmen em crimes sexuais, células do agressor sob as unhas da vítima ou mesmo sangue do delinquente ao tentar se evadir pela vidraça de uma moradia. Contudo, diante de um alargamento interpretativo, extremado do princípio da presunção de inocência, há grande dificuldade em se proceder ao cotejo entre eventual material genético encontrado e a pessoa do investigado, tudo sob a justificativa da proteção que lhe é dada em não produzir prova contra si, revestindo-o com um escudo de impunidade. Em tal cenário, busca-se estabelecer diferenciação entre a produção de prova autoincriminatória e a tolerância de prova, esta última, entende-se, contornada pelos limites constitucionais.

**Palavras-chave:** Princípio da presunção de não culpabilidade. Extração compulsória de material genético para fins penais. Tolerância de prova.

**ABSTRACT:** In criminal proceedings, it is common for the police authority to come across biological traces that may point to the offender. As an example, one can mention semen in sexual crimes, aggressor cells under the victim's nails or even the offender's blood when trying to escape through a window. However, in view of an interpretative widening and exacerbation of the principle of presumption of innocence, there is great difficulty in comparing any genetic material found and the suspect, due to the protection given to one so as not to produce evidence against oneself, which covers one with an impunity shield. In such a scenario, we seek to distinguish the production of self-incriminating evidence and the tolerance of evidence, the latter being understood as circumvented by constitutional limits.

**Keywords:** Principle of presumption of innocence. Compulsory extraction of genetic material for criminal ends. Tolerance of evidence.

Enviado em: 24-04-2018

Aceito em: 17-05-2018

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de não culpabilidade (outrora tratado como presunção de inocência) estabelece uma das balizas à interpretação penal e processual penal, de forma a figurar como instrumento de defesa de qualquer acusado frente ao direito de punir do Estado. Em evolução derivativa do princípio supracitado, tem-se o direito à não autoincriminação (princípio *nemo tenetur se detegere*) e o direito ao silêncio.

Contudo, a interpretação hodierna emprestada ao citado princípio constitucional – e suas derivações – foi engradecida de tal maneira a transvestir o que foi imaginado como instrumento de equilíbrio jurídico-penal entre Estado e acusado em blindagem jurídica a qualquer participação deste na formação probatória.

Há fortes dificuldades em se proceder ao cotejo entre eventual material genético encontrado e a pessoa do investigado, tudo sob a justificativa da proteção que lhe é dada em não produzir prova contra si, revestindo-o com um escudo de impunidade.

A título exemplificativo, podem-se citar o cotejo entre o material genético e o sêmen em crimes sexuais, as células do agressor sobre as unhas da vítima, sangue ao tentar se evadir pela vidraça de uma moradia, testes de alcoolemia e tomada de padrão de escrita. No ponto da proposta do presente estudo, busca-se estabelecer os limites interpretativos do princípio em mesa para fins de identificação do indivíduo frente ao fato ilícito investigado, propondo-se traçar um marco entre o direito à não autoincriminação e a mera tolerância de prova.

## 2 DA PARTICIPAÇÃO PASSIVA DO INVESTIGADO NA PRODUÇÃO DA PROVA CRIMINAL: DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRODUÇÃO DE PROVA E TOLERÂNCIA DE PROVA

O princípio da presunção de não culpabilidade encontra espaço constitucional junto ao art. 5º, LVII, da Constituição da República, cuja redação determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em igual caminho, o direito ao silêncio, em sede constitucional, em consequência natural ao *nemo tenetur se deteger*, apresenta-se na Constituição da

República no art. 5º, LXIII ao determinar que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais, o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Contudo, de forma ainda mais relevante para a conclusão que almeja o presente artigo, referido direito a não ser compelido a produzir prova que lhe seja prejudicial encontra amparo no bloco de constitucionalidade pátrio, mais especificamente na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), donde se extrai:

**Artigo 8. Garantias judiciais.**

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. **Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.** Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. **direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;** e

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (CIDH, 1969, grifo nosso).

Com sustentáculo em tais dispositivos de *status* constitucional, o outrora simples direito de permanecer calado tomou proporções inimagináveis na juris-

prudência e na doutrina brasileira, conforme conhecidas teses acerca da impossibilidade de submissão compulsória do investigado a qualquer meio de produção probatória que demande sua coparticipação (teste de alcoolemia, exames de DNA, fornecimento de imagens para fins de identificação, tomada de escrita para fins de exame grafotécnico etc.), excepcionando-se – por enquanto – o reconhecimento pessoal (art. 6º, VI, art. 226, ambos do Código Penal).

Todavia, conforme se passa a explorar, a retirada de material genético por meios não intrusivos para fins criminais não difere – exceto quanto ao método – do exercício de especial forma de reconhecimento, encontrando, portanto, igual solução quanto à constitucionalidade como meio de prova.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LVIII, garante que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo em hipóteses previstas em lei.

Com efeito, visando regulamentar aludido dispositivo constitucional, sobreveio a Lei n. 12.037/09, dispondo, em seu artigo 3º, que:

**Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:**

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

**IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;**

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Art. 4º Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado.

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

**Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (BRASIL, 2009, grifo nosso).**



Como se vê, o ordenamento jurídico autoriza a coleta de material genético quando tal providência se mostrar imprescindível ao andamento da investigação criminal, não se podendo perder de vista que:

[...] a identificação da pessoa faz parte da segurança pública. Há uma confusão entre o interesse particular com o interesse público. É um direito do Estado a identificação da pessoa. [...] **'O banco de dados se insere na mesma esfera da impressão digital e interessa não só ao culpado, mas também ao inocente'**. (SCRIBONI, 2012, grifo nosso).

No ponto, não há qualquer violação constitucional, notadamente no que se refere ao princípio da não autoincriminação.

De início, registra-se que não existem garantias absolutas no ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo quando envolvam os direitos fundamentais, tal como o princípio em apreço.

Alexandrino e Paulo (2010, p. 103) esclarecem que os direitos fundamentais “não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional”.

Acrescentam, ainda, que não podem eles:

[...] ser utilizados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena da consagração do desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 169).

No mesmo sentido, ensina Alexandre de Moraes (2015):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sem-

pre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem contudo desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito. (MORAES, 2015, p. 30-31).

Aliás, é esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, externado no julgamento do Mandado de Segurança n. 23.452/RJ:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BRASIL, 2000).

Dito isso, cabe esclarecer que o que deve ser ponderado é se a medida causará qualquer risco à integridade física ou psíquica do indivíduo ou à sua dignidade humana, o que, certamente, não ocorrerá no caso aventado.

Isso porque a coleta do material biológico e papiloscópico não se trata de procedimento invasivo.

Queijo (2012, p. 99) leciona que as provas não invasivas são aquelas cuja “produção no máximo tangencia os direitos fundamentais, mas nunca os atinge de forma direta”.

A contribuição do agente limita-se, quando muito, a tolerar a intervenção ou fornecer o material, dispensando a utilização de procedimentos médicos ou invasão à intimidade, não havendo qualquer afronta à dignidade da pessoa humana, razão pela qual não persistem motivos plausíveis para que seja tachada de inconstitucional.

Noutros termos, o que se espera não é que o investigado produza a prova que lhe será (ou não) desfavorável, mas tão somente que tolere sua produção, inexistindo conduta positiva a ser adotada.

A título argumentativo, tem-se que a Lei n. 7.210/84, (Lei de Execução Penal – LEP), de origem legislativa ordinária, portanto igualmente submissa à Constituição da República e ao Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu art. 9º-A, prevê a colheita coercitiva de material genético para fins de formação de banco de dados (mais gravosa do que a mera comparação pontual), possibilitando, ainda, a consulta a tal acervo para fins de investigações criminais em curso (art. 9º-A, §§ 1º e 2º).

Indubitavelmente, a constitucionalidade da colheita individual, para fins de comparação genética, encontra identidade com a constitucionalidade do citado dispositivo legal, uma vez que, embora divergentes em requisitos e finalidades, encontram unidade quanto ao estudo dos direitos fundamentais.

Não fosse isso, sob o manto do reiterado discurso da vedação à autoincriminação, em um enfoque engradecido, forma-se um oceano de absolvições por falta de provas, colocando em cheque a balança que equilibra a proteção social e a proteção ao investigado.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade torna-se essencial na solução do impasse que envolve, de um lado, o interesse coletivo na busca da verdade real (decorrente da dignidade da pessoa humana), na manutenção da segurança pública e nos próprios direitos fundamentais das vítimas – que são brutalmente desrespeitados com a prática delituosa – e, de outro, o direito do réu de não colaborar na produção de prova contra si (igualmente decorrente da dignidade da pessoa humana).

Trata-se, pois, de legítima situação em que estão em jogo os princípios da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente.

A respeito da questão, elucida Marcelo Novelino:

O postulado da proporcionalidade possui uma dupla face: de um lado, as regras que o compõem (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) impendem a adoção de cargas coativas indevidas ou excessivas por parte dos poderes públicos (proibição de excesso); de outro, a proporcionalidade impõe aos órgãos estatais o dever de tutelar de forma adequada e suficiente os direitos fundamentais consagrados na constituição (proibição de proteção insuficiente). Neste sentido, pode-se dizer que enquanto a “proibição de excesso” tem por finalidade evitar intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais além do necessário, a “proibição de proteção insuficiente” visa impedir que medidas constitucionalmente exigidas para proteção e promoção dos direitos fundamentais fiquem aquém do necessário. (NOVELINO, 2015, p. 296)

Ao final, arremata asseverando que “a proibição da proteção insuficiente impõe aos poderes públicos, portanto, a adoção de medidas adequadas e suficientes para garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais”.

Se a não autoincriminação é um direito previsto no bloco de constitucionalidade, também são, e em maior grau, os direitos fundamentais da vítima e a segurança de toda a coletividade, de sorte que o equilíbrio entre esses é encontrado no centro entre o elastecimento desregrado do direito individual e a compressão condescendente ao direito coletivo.

Não pode o Estado, em casos tais, permanecer inerte, deixando de salvaguardar a sociedade das ações delinquentes, abraçando o argumento de não violar a intimidade do suposto investigado ao nível extremo em que não se possa tocá-lo com um algodão em sua mucosa bucal para fins investigativos, sob pena de desrespeito ao princípio da proibição da proteção deficiente.

A propósito, em questão polêmica, sopesando direitos fundamentais em jogo no caso concreto, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. **Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.** [...]. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Dos ensinamentos do ilustre Eugênio Pacelli de Oliveira (2008), o qual inclusive faz alusão ao julgado alhures transcrito, também se extrai que:

As legislações européias, de modo geral, bem como a anglo-americana e algumas de países da América do Sul, como ocorre com a Argentina (art. 218, *Código Processual Penal de la Nación*), por exemplo, preveem situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero objeto do processo, deve se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias. Em todos os casos, porém, como regra, deverá haver previsão expressa na lei e controle judicial da prova. É o que ocorre com os exames para coleta de sangue, testes para a comprovação de DNA, desde que realizados por médicos, os testes de alcoolemia, fornecimento de padrões gráficos e de voz etc. Para realização da perícia técnica.

É bem de ver que em todas as legislações citadas há também previsão e aplicação do princípio da não auto-incriminação, mas nos limites de suas concretas finalidades que é a proteção da dignidade humana da pessoa, da sua integridade, física e mental, de sua capacidade de autodeterminação e do exercício efetivo do direito de não ser obrigado a depor contra si. (OLIVEIRA, 2008, p. 377).

É justamente essa a pedra de toque que se propõe o enfretamento, a atribuição de limites aos já citados dispositivos protecionistas frente à sua finalidade original, perdida ao longo do tempo na jurisprudência pátria.

E prossegue o doutrinador:

E exatamente por que se trata de medidas dirigidas contra a pessoa do acusado, cujas consequências geralmente afetam, em certa medida, a sua inviolabilidade pessoal, elas devem se submeter a exigências extremamente rígidas, no que se refere à possibilidade de sua aplicação.

É preciso, primeiro, que haja expressa previsão na lei. Em segundo lugar, é preciso que se cuide de infração penal cuja comprovação o exame pericial técnico seja efetivamente necessário, quer pela complexidade do crime, quer pela impossibilidade prática de obtenção de outras provas. É também necessário que a diligência se realize sob o controle judicial, exceto nos casos de urgência inadiável, quando o controle deverá ser feito posteriormente.

No Brasil, as intervenções corporais previstas em lei são pouquíssimas e, não bastasse, nem sequer vem sendo admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre fundamentada no princípio constitucional da não auto-incriminação. (OLIVEIRA, 2008, p. 377-8).

Concluindo igualmente acerca da interpretação extensiva utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, conclui o renomado jurista sobre as balizas aptas a reger a produção de provas em palco:

O que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental, do acusado, a sua capacidade de autodeterminação, daí porque são inadmissíveis exames como o do *soro da verdade* ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade. E mais: deve ser também protegida a dignidade da pessoa humana, a vedar qualquer tratamento vexaminoso ou ofensivo à honra do acusado, e o reconhecimento do princípio da inocência. Reputamos, por isso, absolutamente inaceitável a diligência policial conhecida como *reprodução simulada* ou *reconstituição dos fatos* (art. 7º, CPP).

Não vemos, contudo, como a exigência de fornecimento de padrões gráficos possa afetar quaisquer dos valores protegidos pelo princípio da não auto-incriminação ou do direito ao silêncio, parecendo-nos exorbitante do âmbito de proteção da norma constitucional a referida decisão da Suprema Corte.

[...]

Todavia, e como já demonstramos alhures (item 9.1.4.6), o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em 21 de fevereiro de 2002, nos autos da RCL nº 2.040/DF, sendo Relator o Ministro Néri da Silveira (*Informativo STF* nº 257, 18 a 22 de fevereiro de 2002), deu um passo em direção oposta, isto é, na direção do entendimento que sustentamos, em relação à possibilidade jurídica das intervenções corporais.

Com efeito, decidiu-se que o Judiciário poderia autorizar a realização do exame de DNA em material colido de gestante, *sem a sua autorização pessoal*, em autos do inquérito policial instaurado para apurar possível crime de estupro supostamente praticado contra conhecida artista mexicana que se encontrava presa nas dependências da Polícia Federal.

Não há de se negar que a aludida providência judicial determinou exatamente uma forma de *intervenção corporal* não consentida, ainda que não realizada na pessoa do réu, mas da vítima. Assim, não se pode dizer que a Suprema Corte tenha flexibilizado seu entendimento em relação ao *nemo tenetur se detegere* (não auto-incriminação).

**Entretanto, parece também irrecusável a conclusão no sentido de que ocorreu, ali, pelo menos o primeiro passo para o reconhecimento de que as intervenções corporais, quando não puderem causar qualquer tipo de *risco à integridade física ou psíquica da pessoa, à sua dignidade humana ou à sua capacidade de autodeterminação, poderão ser admitidas (quando previstas em lei, acrescentaríamos nós).* [...]**

**Determinadas intervenções corporais, quando não puserem em risco a integridade física e psíquica do acusado em processo penal, e desde que previstas em lei, não encontram obstáculos em quaisquer princípios constitucionais, sobretudo quando se destinarem a colher prova em crimes que atingiram direitos fundamentais das vítimas. Afinal, o Direito Penal, intervenção estatal mais radical, não é também destinado à proteção dos direitos fundamentais? (OLIVEIRA, 2008, p. 384).**

Em caminho similar, Albuquerque (2008) pontua o equívoco interpretativo levado a efeito no direito penal e processual penal nacional, fruto de alargamento desmedido da expressão “não produzir”:

[...] a doutrina parece reconhecer, com pequeníssima margem de hesitação, a existência do citado instituto, dando à expressão 'não produzir' uma acepção tão ampla que se estende **para além de seus significados semântico e jurídico**, abrangendo então a ideia de que o sujeito passivo de um processo penal ou de uma investigação criminal não pode ser compelido sequer a participar, prestando qualquer forma mínima de colaboração de uma atividade probatória cujo resultado lhe possa ser, eventualmente, prejudicial. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 4, grifo nosso).

De todo o exposto acima, constata-se que a submissão de investigado à coleta de material biológico, de maneira não invasiva, ou seja, respeitando sua integridade física e psíquica, não ofende a Constituição da República.

### 3 DO TRATAMENTO EMPRESTADO À MATERIA JUNTO AO DIREITO COMPARADO

O debate proposto não se resume ao direito nacional, uma vez que, como já tratado, o direito do investigado a não produzir prova contra seus interesses encontra conforto expresso junto ao bloco de constitucionalidade pátrio no Pacto de San José da Costa Rica, que conta com a adesão de Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, São Cristóvão e Nevis, Suriname, Trinidad e Tobago, Estados Unidos, Uruguai e Venezuela.

No mesmo trilhar, o princípio do *nemo tenetur se detegere* é encontrado como baliza internacional em matéria penal, derivando, como já mencionado, direitos menos abstratos ao acusado, como "direito ao silêncio", "direito de não se autoincriminar" ou "direito de não se confessar culpado". Em tal cenário, embora com mandamentos similares, o tratamento hermenêutico emprestado ao tema no plano internacional não fornece o escudo absoluto e inquebrável que se percebe na jurisprudência e na doutrina nacionais, permitindo, portanto, que o investigado seja objeto de prova, desde que não demande sua participação ativa na produção (verdadeiro significado do verbo produzir) e não se traduza em método invasivo – conforme alhures ventilado.

No sentido do exposto, a Suprema Corte norte-americana – caso *Schmerber v. California* (1966) – distinguiu os meios probatórios que demandam participação

positiva do investigado dos que o utilizam como objeto de prova (postura passiva), destacando não existir vedação à última forma de cooperação do investigado junto à formação da investigação, em expresse enfrentamento do *nemo tenetur se detegere*.

No ponto, cabe ressaltar que o banco de dados de perfil genético norte-americano conta com mais de 13 milhões de dados genéticos de indivíduos condenados, prestando auxílio a mais de 390 mil investigações:

The National DNA Index (NDIS) contains over 13,202,969 offender<sup>1</sup> profiles, 2,984,137 arrestee profiles, and 830,184 forensic profiles as of January 2018. Ultimately, the success of the CODIS program will be measured by the crimes it helps to solve. CODIS's primary metric, the "Investigation Aided," tracks the number of criminal investigations where CODIS has added value to the investigative process. As of January 2018, CODIS has produced over 406,211 hits assisting in more than 390,584 investigations. (CODIS, 2018).

Mesma conclusão é alcançada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, cujo julgamento do caso Jalloh v. Alemanha, vale a transcrição:

[...] o direito de não se autoincriminar impõe que se respeite a vontade do arguido de não falar e manter o silêncio, **no entanto, este direito não contempla a impossibilidade de utilização no processo de meios de prova que sejam obtidos através do arguido independentemente da sua vontade (ou mesmo, contra a sua vontade) por poderes de autoridade, tais como (...) recolha de amostras e exames de sangue, urina, saliva, cabelo, voz, ou recolha de outros tecidos orgânicos para a realização de testes de DNA**". (ALEMANHA, 2006, grifo nosso).

No Conselho da Europa a matéria é igualmente ponto de debate, com destaque às Recomendações R[87] e R[92], cuja redação debruça-se justamente sobre a utilização de material genético para fins criminais, inclusive propondo o intercâmbio entre os diferentes bancos de dados, sendo que a esmagadora maioria dos países que compõe o Conselho admitem a extração compulsória de material genético e impressão palmar para tais fins.

Referidos bancos de dados nacionais estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia e Suíça.

Ainda sobre o tema, aplicando tais regramentos ao caso S. and Marper vs. United Kingdom, a Corte Europeia reiterou a necessidade de utilização de técni-



cas científicas hodiernas no cumprimento do seu mister pelos atores envolvidos com a repressão à criminalidade, ressaltando, no ponto, o exame genético de identificação – DNA:

105. The Court finds it to be beyond dispute that the fight against crime, and in particular against organised crime and terrorism, which is one of the challenges faced by today's European societies, depends to a great extent on the use of modern scientific techniques of investigation and identification. The techniques of DNA analysis were acknowledged by the Council of Europe more than fifteen years ago as offering advantages to the criminal justice system (see Recommendation R(92)1 of the Committee of Ministers, paragraphs 43-44 above). Nor is it disputed that the member States have since that time made rapid and marked progress in using DNA information in the determination of innocence or guilt. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2008).

Percebe-se, pois, que, no âmbito internacional, países cujas normas penais foram fundadas sobre pilares idênticos ou muito similares aos nacionais alcançam conclusão diversa no estudo do mesmo texto legal, o que permite concluir que a pedra de toque do citado reinado da impunidade não encontra abrigo, no ponto, junto à legislação pátria, mas à leniente hermenêutica empregada.

#### 4 CONCLUSÃO

O direito emprestado ao investigado de não produzir prova contra si mesmo, como visto, não é inovação legislativa brasileira, mas se encontra difundido por toda a literatura internacional criminal, figurando como uma constante supraconstitucional.

Em tal trilhar, vislumbra-se que a interpretação alienígena em muito se distancia da encrustada no cenário jurídico nacional. Como visto, o estudo do direito comparado revela que, fundamentado na mesma norma (Pacto San Jose da Costa Rica – EUA) ou muito similar (Conselho da Europa), admite-se a extração compulsória de material genético e impressão palmar, embora com respeito ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

Para tanto, difere-se a postura ativa ou passiva da medida a ser levada a efeito pelo investigado, interpretando-se esta última como possível e de acordo com o direito, impondo àquele, como membro da sociedade, o ônus de ao menos participar da formação da prova como objeto de estudo.

Vê-se que não se busca nada estranho ao direito pátrio; trata-se de forma cientificamente moderna de identificação pessoal.

Exemplifica-se que a jurisprudência brasileira não tem dúvidas acerca da possibilidade de reconhecimento do réu pela vítima quando ocorre um roubo, tampouco do dever do investigado de submeter-se a tal reconhecimento; em nada difere o tema em comento, à exceção de que o reconhecimento far-se-á em laboratório, tomando seu perfil genético de forma não invasiva.

Por todo o exposto, permite-se concluir que a tomada compulsória de material genético para fins probatórios penais encontra amparo tanto no bloco de constitucionalidade já aventado quanto no regramento infraconstitucional do tema, revelando, em suma, que a convivência hermenêutica nacional com a criminalidade é consequência do desvirtuamento dos institutos protetores do investigado, desequilibrando a balança da justiça em desfavor daquela que não traz sua face aos autos (e talvez por isso relegada) – a sociedade.

Com esse norte, tal qual um médico, que deve utilizar seu instrumental adequadamente, compete ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (artigo 129, I, da Constituição da República), fomentar a evolução do pensamento jurídico sobre o tema, uma vez que não se está a falar de eventual necessidade de alteração legislativa, mas meramente do mau emprego do arcabouço já existente.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação – extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALEMANHA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Jalloh v. Alemanha**. Julgado em 11 jun. 2006.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)

[lado.htm](#)>. Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm)>. Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452/RJ**. Luiz Carlos Barretti Junior *versus* Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 12 maio 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 2.040/DF**. Glória de Los Angeles Treviño Ruiz *versus* Juiz Federal da 10ª Vara da Sessão Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Néri da Silveira. Acórdão de 21 fev. 2002.

CIDH. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Pacto de San Jose da Costa Rica. San Jose, Costa Rica, nov. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em 15 mar. 2018.

CODIS. **NDIS Statistics**. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>>. Acesso em 15 mar. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **S. and Marper *versus* United Kingdom**. 2008. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168067d216>>. Acesso em 15 mar. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCRIBONI, Marília. Constitucionalidade de banco de DNA gera discussão. **Revista Consultor Jurídico**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-06/criminalistas-divergem-constitucionalidade-banco-dna>. Acesso em 16 mar. 2018.

# O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA QUANDO NÃO ALEGADA NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI

THE RECOGNITION OF THE AGGRAVATING FACTOR OF RECIDIVISM WHEN IT IS NOT ALLEGED IN THE PLENARY OF THE COURT OF JURY

**Paulo Henrique Lorenzetti da Silva**  
*Especialista*  
*Promotor de Justiça*

**RESUMO:** A Lei n. 11.689/2008, que alterou o rito do Tribunal do Júri, no que tange à prolação da sentença, após os debates no plenário, trouxe nova redação ao artigo 492 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: [...] b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates”. Todavia, na fase de preparação do processo para o julgamento em plenário (art. 422 do Código de Processo Penal), a acusação e a defesa, no prazo de cinco dias, podem requerer diligências. Nessa etapa processual, via de regra, o Ministério Público requer a certificação dos antecedentes criminais do réu, a fim de demonstrar nos autos a reincidência. Já em plenário, durante a fase de debates, a acusação, representada pelo Ministério Público, expõe aos jurados as provas relativas à materialidade e à autoria do fato, além de refutar as teses defensivas e demonstrar a existência, quando for o caso, das qualificadoras do crime. Dessa forma, este trabalho analisa a possibilidade ou não de aplicação da agravante da reincidência, caso tal circunstância não tenha sido alegada durante os debates. A questão é controversa na jurisprudência catarinense, razão pela qual é necessário debater o tema.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Tribunal do Júri. Agravante. Reincidência.

**ABSTRACT:** Law 11689/2008, which changed the rite of the jury with regard to the delivery of the sentence, after the debates in the plenary, brought a new wording to article 492 of the Code of Criminal Procedure, as follows: “Next, the President will render a sentence that: I - in case of conviction: [...] b) will consider the aggravating or mitigating circumstances alleged in the debates”. However, during the preparation of the proceedings for trial in plenary (article 422 of the Code of Criminal Procedure), the prosecution and the defense, within five days, may require action. At this procedural stage, as a rule, the Public Prosecution Service requires the certification of the defendant’s criminal record in order to demonstrate the recidivism in the records. In the plenary session, during the debate phase, the prosecution, represented by the Public Prosecution Service, exposes the jurors to evidence regarding the materiality and authorship of the fact, in addition to refuting defensive arguments and demonstrating the existence, when applicable, of qualifiers of the crime. Thus, the elaboration of this scientific paper is justified to analyze the possibility of applying or not the aggravating factor of recidivism, if such circumstance was not alleged during debates. The issue is controversial in the jurisprudence of Santa Catarina, which is why it is necessary to discuss the issue.

**Keywords:** Criminal procedure. Court of Jury. Aggravating factor. Recidivism.

## 1 INTRODUÇÃO

A reforma do Código de Processo Penal, por meio da Lei n. 11.689/2008, trouxe diversas alterações no rito das matérias de competência do Tribunal do Júri. Uma das principais novidades foi a forma de quesitação. Antes, além da materialidade, da autoria, das causas de aumento e diminuição da pena, que foram mantidas, os jurados também decidiam sobre as agravantes e as atenuantes.

A inovação é criticada por parte dos processualistas penais, pois entendem que a medida retira a competência do Conselho de Sentença. Ao criticar a ausência do quesito de agravantes e atenuantes, Guilherme de Souza Nucci aponta que:

Devem os jurados deliberarem sobre todas as circunstâncias fáticas que envolvam o crime doloso contra a vida. Não se pode, portanto, lesando a soberania do Tribunal de Júri, bem como a sua competência constitucional, eliminar tais questões. (NUCCI, 2017, p. 1130).

Com a reforma processual de 2008, o artigo 483 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:  
I – a materialidade do fato;  
II – a autoria ou participação;  
III – se o acusado deve ser absolvido;  
IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;  
V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. (BRASIL, 1941).

A consideração das circunstâncias agravantes e atenuantes passou a ser, em caso de condenação, de competência do Juiz Presidente da Sessão do Júri, conforme estabelecido no artigo 492 do Código de Processo Penal:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:  
I – no caso de condenação:  
a) fixará a pena-base;  
b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;  
c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;  
d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;  
f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação [...] (grifou-se). (BRASIL, 1941).

O presente artigo visa abordar a aplicação da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal). Tal delimitação se deu em virtude de que uma das principais peças do processo-crime é justamente a certidão de antecedentes criminais, a qual é anexada aos autos quando da distribuição do feito.

Ademais, na fase de preparação do processo para julgamento em plenário (art. 422 e seguintes do Código de Processo Penal), o Ministério Público, via de regra, requer a atualização dos antecedentes criminais. Ou seja, independentemente de qualquer alegação em plenário ou, até menos, de formulação de quesitos ao Conselho de Sentença, o que era feito antes de 2008, a comprovação da reincidência já constará nos autos.

Acrescenta-se a isso o fato de que a legislação processual penal, na parte que trata da sentença-crime, possibilita ao Juiz reconhecer, ao final do processo, as circunstâncias agravantes, embora não alegadas (art. 385 do Código de Processo Penal).

Sobre a diferença entre o artigo 385 e o artigo 492, inciso I, alínea "b", ambos do Código de Processo Penal, Renato Brasileiro Lima leciona:

O art. 492, I, alínea "b", do CPP, deixa entrever que o juiz presidente só pode levar em consideração agravantes e atenuantes alegadas pelas partes durante os debates. Logo, se as partes não fizerem menção a tais circunstâncias nos debates, está o juiz presidente impedido de levá-las em consideração. O referido dispositivo se aparta, portanto, do quanto previsto no art. 385 do CPP, o qual autoriza que o juiz reconheça agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. Destarte, se o art. 385 do CPP permite que qualquer outro órgão jurisdicional possa conhecer de ofício agravantes em sentido estrito, é certo que, no âmbito do Júri, ao juiz presidente só é permitido considerar as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates, preservando-se, assim, o contraditório, a ampla defesa e o próprio sistema acusatório. (LIMA, 2017, p. 1429).

Em que pese o entendimento, torna-se contraditória a possibilidade de, no rito comum criminal, o Juiz poder reconhecer a agravante, mesmo não alegada, e, no rito do Tribunal do Júri, o Juiz estar limitado a considerar a circunstância agravante apenas se alegada nos debates, não obstante, como é o caso da agravante da reincidência, tal fato já esteja comprovado nos autos por meio de

documento (certidão de antecedentes criminais) expedido pelo próprio Poder Judiciário.

## 2 DA CARACTERÍSTICA OBJETIVA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA

Inicialmente, antes de abordar o tema da reincidência, frisa-se que se encontra sepultada qualquer alegação de inconstitucionalidade do instituto. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 453.000, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceu os efeitos da repercussão geral e, por unanimidade, julgou a constitucionalidade da reincidência.

Na ocasião do julgamento, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, a Corte Suprema asseverou que “Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência” (BRASIL, 2013b).

Nos termos do artigo 63 do Código Penal, “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (BRASIL, 1940).

Sobre a prova de reincidência, Rogério Sanchez Cunha leciona:

A prova de reincidência deve ser feita através de certidão cartorária. Contudo, o STJ tem flexibilizado esta exigência, admitindo a comprovação através de folha de antecedentes criminais. Nesse sentido: “A falta de certidão cartorária não impede a aplicação da agravante da reincidência, o que pode ser feito com base na folha de antecedentes” (STJ, Sexta Turma, HC 177.090, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/08/2013). (CUNHA, 2017, p. 454).

No mesmo norte, Greco aponta que “Comprova-se a reincidência mediante certidão expedida pelo cartório criminal, que terá por finalidade verificar a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória anterior” (GRECO, 2017, p. 218).

Acerca da flexibilização da prova de reincidência, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já entendeu até pela desnecessidade da certidão cartorária, ao decidir que “É desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova da reincidência, sobretudo quando existem informações que evidenciam a existência da agravante” (SANTA CATARINA, 2016).



Nesse sentido, se há prova documental, frisa-se, por certidão expedida pelo próprio Poder Judiciário declarando que o réu é reincidente, que não há o que se discutir, uma vez que constará na declaração o número do processo no qual já fora condenado, a pena aplicada e a data da extinção da reprimenda, ou seja, trata-se de uma questão meramente objetiva, sem qualquer grau de subjetividade.

E, antes que se alegue que o reconhecimento da agravante da reincidência, por entender ser de característica objetiva, visa tão somente prejudicar o réu no Tribunal do Júri e beneficiar a acusação, tal entendimento também pode (e deve) ser usado, por exemplo, para reconhecer a atenuante da menoridade relativa (art. 65, inciso I, do Código Penal), pois, se nos autos há documento oficial que comprove que o réu possuía entre 18 e 21 anos de idade à época do cometimento do crime, dessa circunstância não cabe qualquer discussão.

Nesse ponto, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça.

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 593, INCISO III, ALÍNEA A, DO CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. ATENUANTE DA MENORIDADE. NÃO SUBMISSÃO AO CONSELHO DE SENTENÇA. JULGAMENTO REALIZADO ANTES DA LEI 11.689/2008. 2. CIRCUNSTÂNCIA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. ANULAÇÃO DO JÚRI. DESNECESSIDADE. ATENUANTE OBJETIVA. 3. NOVO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE UTILIDADE. TEMPUS REGIT ACTUM. NOVA SISTEMÁTICA. ATENUANTES E AGRAVANTES. NÃO SUBMISSÃO AOS JURADOS. ART. 492, INCISO I, ALÍNEA B, DO CPP. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Antes da alteração legislativa implementada pela Lei nº 11.689/2008, o parágrafo único do art. 484 do Código de Processo Penal previa a formulação de quesitos relativamente a circunstâncias agravantes e atenuantes trazidas nos arts. 61, 62 e 65 do Código Penal. Dessarte, só poderia incidir no cômputo da pena as circunstâncias efetivamente reconhecidas pelo Conselho de Sentença. Portanto, nos termos do que registrou o Tribunal local, caberia efetivamente aos jurados reconhecerem a incidência da atenuante da menoridade, circunstância que nem ao menos foi quesitada.

2. Contudo, havendo verdadeira omissão quanto à quesitação da menoridade, circunstância que é demonstrada de forma objetiva, por meio de documentação cível, seria mais consentâneo com o princípio do aproveitamento dos atos processuais apenas o redimensionamento da pena para incidir a atenuante. Note-se que, no caso, não haveria invasão à soberania dos vereditos, pois o tema nem ao menos foi levado aos jurados. Ademais, tendo o Tribunal de origem reconhecido a existência de documento comprovando que o recorrido era menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos, sua submissão a novo julgamento pelo Júri, apenas para afirmar algo que já é patente, não poderia resultar na desconsideração da mencionada circunstância, sob pena de se cuidar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a atrair nova anulação.

3. Outrossim, acaso seja o recorrido levado a novo júri, o julgamen-

to será realizado de acordo com a sistemática introduzida pela Lei nº 11.689/2008, porquanto no processo penal os atos são realizados de acordo com a lei vigente no momento de sua realização. Assim, não serão as atenuantes e as agravantes submetidas ao Conselho de Sentença, devendo estas serem analisadas pelo Juiz-Presidente ao dosar a pena. Portanto, patente a ausência de utilidade na anulação do julgamento realizado pelo Júri, a fim de que outro seja realizado exclusivamente para analisar a incidência da atenuante da menoridade já constatada pela Corte a quo, e cujo exame não mais compete ao Tribunal Popular.

4. Recurso especial a que se dá provimento para desconstituir a nulidade reconhecida, haja vista a decisão recorrida ser desprovida de utilidade. Como consequência, os autos devem retornar ao Tribunal de origem, para o exame dos demais pontos da apelação interposta pelo recorrido, incluindo o redimensionamento da pena pelo reconhecimento da atenuante da menoridade. (BRASIL, 2013a, grifo nosso).

Assim, respeitados os entendimentos diversos, mostra-se inviável que nos processos de competência do Tribunal do Júri, após a fase dos debates, quando há nos autos a comprovação documental da reincidência, o Magistrado esteja vedado de aplicar o respectivo aumento da pena, porquanto o fato, em que pese estar claro nos autos, não tenha sido alegado em plenário.

Outro ponto que demonstra a incongruência da proibição do reconhecimento da agravante da reincidência, deve-se ao fato de que, caso o condenado possua duas ou mais condenações transitadas em julgado, uma das condenações serviria (ou deveria servir) para a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, e a outra migraria para a primeira fase da dosimetria da pena (art. 59 do Código Penal) para aumentar a pena-base em razão dos maus antecedentes, da conduta social e/ou da personalidade do réu voltada à corriqueira prática criminosa.

Sabe-se que a primeira fase da dosimetria da pena é atividade exclusiva do Juiz, conforme dispõe o artigo 59 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 1940).

Ademais, o Brasil adotou o sistema da temporariedade da reincidência, com fundamento no artigo 64, inciso I, do Código Penal, que explica que:

[...] não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. (BRASIL, 1940).

Logo, no mesmo norte, caso já passado o período depurador, a condenação não serviria para fins de reincidência, mas poderia ser considerada na primeira fase da dosimetria, por ato exclusivo do Juiz, como situação que aumenta a pena-base.

Colhe-se do julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA NÃO VERACIDADE DO AFIRMADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ÔNUS DA IMPETRANTE. LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DE UMA COMO VETORIAL NEGATIVA E OUTRA COMO REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. O Magistrado sentenciante, corroborado pelo Tribunal a quo, afirmou que o réu possui duas condenações transitadas em julgado, e as certidões de objeto e pé constantes dos autos (fls. 49 e 50) indicam a veracidade dessa assertiva, que somente poderia ser afastada por esta Corte Superior de Justiça, na estreita via do writ, caso a impetrante trouxesse provas pré-constituídas do alegado, o que não ocorreu.

2. É pacífico o entendimento da Sexta Turma desta Corte no sentido de que não é ilegal e tampouco configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para consideração desfavorável dos antecedentes, da personalidade, da conduta social e aplicação da agravante da reincidência (AgRg no REsp n. 1.696.116/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15/12/2017).

3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Ou seja, em caso de interpretação literal do texto do artigo 492, inciso I, alínea “b”, do Código de Processo Penal, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri estaria limitado às agravantes e às atenuantes debatidas em plenário, porém, poderia usar uma segunda condenação transitada em julgado ou uma condenação cuja extinção da pena superou o período depurador para aumentar a pena-base (art. 59 do Código Penal), o que é sua atividade exclusiva e independe dos jurados ou do que foi alegado nos debates do Tribunal de Júri. Tal situação é no mínimo contraditória e, principalmente, fere o princípio da individualização da pena.

### 3 DO RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA QUANDO NÃO ALEGADA NO PLENÁRIO DO JÚRI

As divergências jurisprudenciais sobre o reconhecimento ou não da agravante da reincidência quando não alegada no Tribunal do Júri se baseiam, principalmente, na possibilidade, com base no princípio da individualização da pena e por considerar a reincidência uma agravante de caráter objetivo, como já explanado no item anterior, ou pela impossibilidade, com base no princípio da legalidade.

Assim, subdivide-se esse item entre os princípios e os julgados, em especial, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

#### 3.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA *VERSUS* PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A individualização da pena tem por base analisar tanto os critérios subjetivos do condenado como os fatos por ele praticados. Uma vez que cada indivíduo é diferente e que, em um mesmo crime, cada um dos agentes pode ter uma participação distinta, o princípio da individualização da pena tem o objetivo de impor a sanção mais justa possível com o fim de sancionar a conduta delituosa e reprimir novas condutas ilícitas.

Sobre o tema, Cláudio Mendes Júnior aponta:

Encontramos da doutrina referências a três fases cronologicamente sucessivas no processo de individualização da pena, a saber: Fase legislativa (cominação), fase judiciária (aplicação ou concretização) e fase judiciário-administrativa (execução penal). [...] A modelagem da pena ao caso concreto é a própria individualização que surge num momento abstrato (fase legislativa) e vai paulatinamente se concretizando até obter-se a reprimenda do caso concreto. Sem dúvida, é o alicerce em que se funda toda a construção teórico-prática acerca da dosimetria da pena, princípio que, somado aos da culpabilidade e da proporcionalidade, representa inseparáveis balizas a orientar desde o legislador até o juiz da execução penal, ultrapassando todas as fases na busca do apenamento mais justo ao fato e à pessoa, sob a ótica da dignidade da pessoa humana e sem perder o foco nas funções constitucionais da pena, com ênfase na função corretiva, ou ressocializadora. (MENDES JÚNIOR, 2014, p. 94-95).

Complementa Rogério Greco:

Com a finalidade de orientar o julgador neste momento tão importante que é o da aplicação da pena, a lei penal traçou uma série de etapas que, obrigatoriamente, deverão ser por ele observadas, sob pena de se macular o ato decisório, podendo conduzir até mesmo à sua nulidade. Além disso, a pena encontrada pelo julgador deve ser proporcional ao mal produzido pelo condenado, sendo, pois, na definição do Código Penal (art. 59, parte final), aquela necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. (GRECO, 2017, p. 230).

Por sua vez, o princípio da legalidade, na esfera penal, visa limitar o poder estatal de punir aquele que alguma conduta ilícita pratica. Conforme preceitua Rogério Sanches Cunha:

Presente também em outros ramos do Direito, a garantia da legalidade ganha ainda maior relevância na seara penal, uma vez que este ramo representa essencialmente exercício de poder e, em sendo assim, precisa ser limitado. A punição estatal não pode estar a serviço da tirania e da vilania de um administrador (intervenção penal autoritária), sendo indispensável restringir o poder de polícia do Estado, submetendo a sua vontade ao "império da lei". A evolução do Direito Penal é, destarte, marcada pela evolução de suas garantias, de modo que esse princípio se constitui no ponto básico para que se possa falar em criação de um Direito Penal racional e compatível com o Estado Democrático de Direito. (CUNHA, 2017, p. 89).

Salienta-se que de forma alguma se pretende defender uma violação às garantias individuais ou a abolição da lei escrita, prévia e justa. Entretanto, o que se aponta no presente trabalho é que, no caso do disposto no artigo 492, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Penal, deve o Juiz reconhecer a agravante independentemente de ter sido alegada nos debates. Não por abuso estatal, mas tão somente pelo fato de que a reincidência é uma característica objetiva e, ademais, já está comprovada nos autos por meio da certidão de antecedentes criminais.

Além disso, como exposto no item acima, por ser uma agravante de caráter objetiva, não há o que se debater em plenário, ou seja, não se trata de um tema que deva haver convencimento ou não dos jurados. Acrescenta-se, ainda, que o reconhecimento, independentemente de ter sido discutido em plenário, não ofende o princípio constitucional da soberania dos vereditos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal).

Além disso, a reincidência não tem apenas consequência no aumento da pena-base, mas sim diversas outras, tanto aquelas elencadas no Código Penal,

no Código de Processo Penal, na Lei de Execuções Penais e na Legislação Extravagante Penal.

Citam-se alguns exemplos:

- a) preponderância no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67 do Código de Penal);
- b) impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na hipótese de crime doloso (art. 44, inciso II, do Código Penal);
- c) aumenta para a metade o prazo para obtenção do livramento condicional, nos crimes dolosos, e para dois terços, nos crimes hediondos (art. 83, incisos II e V, do Código Penal);
- d) regime fechado para o início do cumprimento da pena (art. 33, § 2º, do Código Penal);
- e) aumenta um terço o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*, do Código Penal);
- f) causa interruptiva da prescrição (art. 117, inciso VI, do Código Penal);
- g) possibilita a decretação da prisão preventiva (art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal); e
- h) regressão de regime de cumprimento da pena (art. 118, inciso I, da Lei de Execuções Penais).

Então, em caso de não aplicação da reincidência pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri, chega-se a questionar, por exemplo, se poderá o Juiz da Vara de Execuções Penais considerar a reincidência para a progressão ou a regressão do regime de cumprimento da pena. Assim, o mais justo é considerar a reincidência, independente de alegação nos debates, seja em razão dos seus efeitos futuros, seja em razão da individualização da pena.

Ao comentar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a relação da reincidência com o princípio da individualização da pena, Renato Brasileiro Lima disserta:

Na visão da Corte, a reincidência não contraria a individualização da pena. Ao contrário, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, ao distingui-lo daqueles que cometem a primeira infração penal. Sua aplicação não significa a duplicidade, porquanto não

alcança delito pretérito, mas novo ilícito, que ocorre sem que ultrapassado o interregno do art. 64 do CP. Reputou-se razoável o fator de discriminação, considerado o perfil do réu, merecedor de maior repreensão porque voltara a delinquir a despeito da condenação havida, que deveria ter sido tomada como advertência no que tange à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio. (LIMA, 2017, p. 1523).

Por tais razões, em que pesem as divergências jurisprudenciais, que serão abordadas no próximo subitem, entende-se que é permitido ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri considerar a circunstância agravante da reincidência, independente de alegação nos debates.

### 3.2 DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Um dos objetivos do presente trabalho científico, além da explanação doutrinária e conceitual, é abordar as questões práticas sobre o tema, especialmente em razão dos julgados divergentes das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

De antemão, registra-se que não se trata de crítica a qualquer julgador, mas apenas de demonstrar os pontos conflitantes da jurisprudência catarinense, posicionando-se, desde o início deste trabalho, pelo reconhecimento da agravante da reincidência independente da alegação nos debates do Tribunal do Júri.

Registra-se, também, que, em razão da alternância da composição das Câmaras Criminais, é possível encontrar, dentro de um mesmo órgão fracionário, entendimentos favoráveis ou contrários à tese ora defendida.

A Primeira Câmara Criminal, ao julgar a Apelação Criminal n. 0002041-92.2016.8.24.0079, da Comarca de Videira, em 31 de agosto de 2017, sob a relatoria do Desembargador Carlos Alberto Civinski, por votação unânime, decidiu:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E VI, E § 2º-A, INCISO I, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) E CRIME CONEXO (ART. 28 DA LEI 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA.  
PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PELA EXCLUSÃO DA AGRVANTE DA REINICIDÊNCIA POR AUSÊNCIA DE DEBATE EM PLENÁRIO. TESE NÃO ACOLHIDA. NATUREZA OBJETIVA DA AGRVANTE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE.  
[...]

Para analisar se houve erro ou injustiça na aplicação da pena, importante discorrer sobre a possibilidade de reconhecer agravantes e atenuantes quando da prolação da sentença, independentemente de sua alegação nos debates.

A antiga redação do artigo 848 do Código de Processo Penal preconizava que as agravantes e atenuantes deveriam ser quesitadas ao Conselho de Sentença.

Com o advento da Lei 11.689/2008, que promoveu diversas alterações no procedimento referente ao Tribunal do Júri, eliminou-se a obrigatoriedade de quesito específico. A existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes será objeto de valoração na sentença pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri, desde que alegadas em debate, a teor do art. 492, I, "b", do CPP:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I) no caso de condenação: b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;

No caso, foi reconhecida a agravante da reincidência na fase intermediária, uma vez que o apelante possui condenações anteriores (fls. 310 e 312) aos fatos aqui discutidos, com trânsito em julgado, não alcançadas pelo período de 5 (cinco) anos, descrita no art. 64 do Código Penal.

Trata-se de agravante de natureza objetiva e, por essa razão, o seu reconhecimento na segunda fase da dosimetria não afronta o disposto na alínea "b" do inciso I do artigo 492 do CPP, ainda que ausente o debate em plenário.

A agravante da reincidência, a exemplo do que ocorre com as atenuantes da confissão, da menoridade e da senilidade possuem caráter objetivo e, portanto, a constatação independe da análise subjetiva do julgador.

O tema acerca da possibilidade do reconhecimento das agravantes e atenuantes objetivas não é pacífico, tanto nas Instâncias Superiores como nesta Corte, contudo, esta Câmara perfilha do entendimento de que a nova determinação legal não deve ser aplicada de forma literal e tão rigorosa, afinal, afiguraria-se impróprio determinar que seja debatida circunstância que não subsiste dúvida, ou seja, que esteja documentalmente comprovada.

**Impedir o reconhecimento pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri de toda e qualquer circunstância atenuante ou agravante não debatida expressamente em plenário ofende o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal.** (SANTA CATARINA, 2017a, grifo nosso).

A Segunda Câmara Criminal, ao analisar a Apelação n. 0000218-70.2016.8.24.0051, de Ponte Serrada, em 21 de março de 2017, sob a relatoria da Desembargadora Salete Silva Sommariva, por maioria de votos, vencido o Desembargador Getúlio Correa, decidiu afastar a agravante da reincidência.

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, IV)

[...]

DOSIMETRIA - PENA-BASE - CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - OFENDIDO ARRIMO DE FAMÍLIA E QUE DEIXOU QUATRO FILHOS DE BAI-



XA FAIXA ETÁRIA - DESDOBRAMENTOS QUE EXTRAPOLARAM OS EFEITOS DO ATO PRATICADO - EXASPERAÇÃO MANTIDA - ETAPA INTERMEDIÁRIA - **EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (CP, ART. 61, I) - POSSIBILIDADE - TEMÁTICA NÃO DEBATIDA EM PLENÁRIO** - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO EX OFFICIO PELO JUIZ-PRESIDENTE (CPP, ART. 492, I, "B") - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - VIABILIDADE - CONFISSÃO PARCIAL QUE NÃO OBSTA A INCIDÊNCIA DA BENESSE - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 545 DO STJ - DELIBERAÇÃO FUNDADA NA ÍNTIMA CONVICTÃO DOS JURADOS - CONFISSÃO PRESUMIVELMENTE UTILIZADA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR - PRINCÍPIO DO FAVOR REI - IMPOSSIBILIDADE, PORÉM, DE REDUÇÃO DA PENA PROVISÓRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 231 DO STJ.

[...]

Já na segunda fase do cálculo mostra-se necessário o afastamento, de ofício, da circunstância agravante da reincidência.

De fato, em análise à Ata de Julgamento de p. 472/475, constata-se que a agravante em questão não foi discutida em plenário, razão pela qual inexistente a possibilidade de ser reconhecida e aplicada no cálculo da pena, à luz do que dispõe a legislação processual penal, in verbis:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;

Acerca do tema em referência, colhe-se o ensinamento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci: Alegação das agravantes e atenuantes em debate: embora defendamos devam as agravantes e atenuantes passar pelo crivo do Conselho de Sentença (vide nota 298 supra), torna-se inadmissível que o juiz presidente, de ofício, sem debate das partes em plenário, reconheça agravante ou atenuante em sua sentença. Cuida-se de nulidade absoluta. [...]. (Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 979).

Diante disso, a exclusão da agravante da reincidência é medida que se impõe. (SANTA CATARINA, 2017b, grifo nosso).

A Terceira Câmara Criminal apresentou divergência ao julgar a Apelação Criminal n. 0000090-57.2014.8.24.0039, de Lages, em 31 de janeiro de 2017, sob a relatoria do Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho.

APELAÇÕES CRIMINAIS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DO OFENDIDO, CÂRCERE PRIVADO E FURTO. ALEGAÇÃO DE MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). OPÇÃO DOS JURADOS POR UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS. VEREDICTO COM SUPORTE NO CONJUNTO PROBATÓRIO. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO JÚRI POPULAR.

[...]

AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA NÃO DEBATIDA EM PLENÁRIO. ARREDAMENTO QUE SE IMPÕE. EXEGESE DO ART. 492, I, "B", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VENCIDO O RELATOR NESSE ASPECTO.

“A partir do advento da Lei n. 11.689/2008, não há mais a exigência de submeter ao Conselho de Sentença quesitos sobre a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, cabendo ao magistrado togado, no momento de proferir a sentença, decidir pela aplicação, ou não, das circunstâncias atenuantes e agravantes, desde que alegadas pelas partes e debatidas em Plenário” (STJ, HC n. 243.571/MG, Mina. Laurita Vaz, j. em 11/4/2013).

[...]

Nesse ponto, usei dissentir da maioria, pelos motivos a seguir expostos.

Insta consignar que, com o advento da Lei n. 11.689/08, não é mais devida a submissão de circunstâncias agravantes e atenuantes aos Jurados, com a inclusão no questionário, cabendo ao magistrado, no momento da prolação da sentença, avaliar a sua existência, desde que alegadas nos debates ou possam ser extraídas dos interrogatórios ou depoimentos prestados no Tribunal do Júri - considerando-se debatidas em plenário -, a teor do art. 492, I, “b”, do Código de Processo Penal, o que não ocorreu na espécie.

Conforme se depreende da Ata de Julgamento (fls. 2518/2520), nada foi mencionado acerca da reincidência de Alexsandro. Ademais, tampouco o réu foi questionado sobre tal circunstância em seu interrogatório (gravação audiovisual à fl. 2517), momento em que se referiu apenas ao fato de ser foragido (3’08” e 6’52”), o que, por certo, não é suficiente para admitir que a agravante foi articulada em Plenário. (SANTA CATARINA, 2017c, grifo nosso).

A divergência foi aberta pelos Desembargadores Ernani Guetten de Almeida e Moacyr de Moraes Lima Filho, que, sobre o afastamento da agravante da reincidência, respectivamente, assim se manifestaram:

Com a reforma introduzida pela Lei n. 11.689/2008 o art. 492, I, b, do Código de Processo Penal passou a atribuir ao juiz presidente a responsabilidade de proferir sentença atentando para as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates.

Quanto à reincidência, a jurisprudência tem relativizado a regra, afastando a necessidade de debates orais, diante do caráter estritamente objetivo da circunstância, facilmente aferível por certidão de antecedentes criminais.

O reconhecimento da agravante ainda que sem o crivo do Conselho de Sentença também encontra amparo no princípio constitucional da individualização da pena.

[...]

**Nesse contexto, tão só a falta de debate oral acerca da reincidência do acusado não impede seu reconhecimento pelo Juiz Presidente por ocasião da fixação da pena, por ser a agravante de caráter objetivo e sua existência estar satisfatoriamente comprovada nos autos.** (SANTA CATARINA, 2016c, grifo nosso).

E:

A reincidência é agravante de natureza objetiva devendo ser reconhecida pelo Juiz Presidente, em nome do princípio da individuali-

zação da pena, prescindindo ser articulada em plenário, bem como quesitada.

Observa-se dos autos que a agravante em questão realmente não foi alegada em plenário, uma vez não constar tal circunstância da ata da Sessão do Tribunal do Júri (fls. 2518/2520).

A antiga redação do art. 848 do Código de Processo Penal preconizava que as agravantes e atenuantes deveriam ser objeto de “quesitação”, para serem, então, submetidas ao Conselho de Sentença. Com o advento da Lei n. 11.689/2008, que promoveu diversas alterações no procedimento referente ao Tribunal do Júri, eliminou-se, contudo, a obrigatoriedade de ser elaborado quesito específico a respeito da matéria.

Cuida-se, portanto, de questão de natureza objetiva, comprovada, inclusive, por intermédio de certidão acostada aos autos (fls. 2432/2433 e 2437). Por tal razão, tem entendido a Jurisprudência que o Juiz Presidente poderá considerá-la por ocasião da dosimetria da pena, ainda que não tenha sido alegada nos debates orais. Mencionada agravante tem, com efeito, a exemplo do que ocorre com as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, caráter eminentemente objetivo, ficando sua aplicação condicionada tão somente à sua comprovação documental.

Pondere-se, outrossim, que se interpretar a legislação no sentido de estar o Juiz Presidente impedido de reconhecer circunstância atenuante ou agravante eventualmente demonstrada, apenas pelo fato de não ter sido debatida expressamente em plenário, ofenderia, conforme já mencionado, ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. (SANTA CATARINA, 2017c, grifo nosso)

Por fim, a Quarta Câmara Criminal, seguindo o entendimento da Segunda Câmara Criminal, ao julgar a Apelação n. 0018180-79.2014.8.24.0018, de Chapecó, em 25 de novembro de 2016, sob a relatoria do Desembargador Jorge Schaefer Martins, por unanimidade, decidiu:

TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ARTIGO 121, CAPUT, C/C ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

[...]

SEGUNDA FASE. 2.1 REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. TESE INSUBSISTENTE. INEXISTÊNCIA DE DUPLA PENALIZAÇÃO. EXASPERAÇÃO DA PUNIÇÃO EM RAZÃO DA MAIOR REPROVABILIDADE DE INCORRER EM NOVA CONDUTA DELITUOSA APÓS PRÉVIA CONDENAÇÃO. EXCLUSÃO, CONTUDO, EM RAZÃO DE A REFERIDA AGRAVANTE NÃO TER SIDO OBJETO DE DEBATE EM PLENÁRIO. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. (SANTA CATARINA, 2016b).

Na recém-criada Quinta Câmara Criminal, não há julgados sobre o tema.

Nota-se, portanto, da análise dos julgados colacionados, que o tema é divergente na jurisprudência, porém o reconhecimento da agravante nos proces-

dos do Tribunal do Júri, quando não houver manifestação expressa e registrada na ata de julgamento, pode ser considerado, com base no princípio da individualização da pena e, principalmente, em razão do caráter objetivo do instituto.

#### 4 CONCLUSÃO

Em que pese a redação do artigo 492, inciso I, alínea “b”, do Código de Processo Penal, entende-se que o dispositivo deve ser compreendido à luz de todo o processo-crime, e não somente de forma literal.

Sem ofender o princípio da legalidade, mas, principalmente, considerando o princípio da individualização da pena, que visa impor a sanção mais justa a cada crime e a cada réu, deve o Juiz Presidente da Sessão do Tribunal do Júri considerar a circunstância da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal), independentemente da alegação nos debates.

Salienta-se, como exposto no presente trabalho, que se optou por abordar a agravante da reincidência em razão do seu caráter objetivo, pois ou o réu é reincidente ou não é, não há meio termo e não há necessidade de debater tal ponto no Tribunal do Júri. Ademais, a comprovação da reincidência será por meio de certidão expedida pelo próprio Poder Judiciário. Ou seja, em pensamento oposto, ao Juiz seria vedado considerar um documento expedido pelo seu próprio Órgão.

Acrescenta-se, ainda, que a reincidência gera diversos efeitos futuros, o que implica diretamente a individualização da pena e a forma de cumprimento da sanção.

Certo que a questão é controversa, conforme exposto pelos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de forma que há aplicações distintas para uma questão que, frisa-se novamente, é de cunho objetivo.

O presente artigo, por óbvio, não esgota o tema do reconhecimento da agravante quando não alegada no Tribunal do Júri, uma vez que tal questão em breve deve ser análise do Grupo de Câmaras de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e das Cortes Superiores, necessitando, talvez, até da edição de súmula, a fim de cessar a discussão jurídica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 15 de janeiro de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del-3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-3689Compilado.htm). Acesso em 15 de janeiro de 2018.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm). Acesso em 9 de janeiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.097.649/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF. 9 de setembro de 2013a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24160395/recurso-especial-resp-1097649-rs-2008-0236600-4-stj>. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus n. 377.356/SP**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF. 8 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reincid%EAnCIA+condena%E7%F5es+bis+in+idem&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 26 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 453.000**. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 3 de outubro de 2013b. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+453000%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+453000%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-daos&url=http://tinyurl.com/aw9ajbw>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 11. Ed. Niterói: Impetus, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5. Ed. Salvador: JusPo-

divm, 2017.

MENDES JÚNIOR, Cláudio. **Sentença Penal e Dosimetria da Pena: teoria e prática.** Curitiba: Juruá, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0000440-84.2015.8.24.0047.** Rel. Des. Carlos Alberto Civinski. Florianópolis, 1º de março de 2016a. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0002041-92.2016.8.24.0079.** Rel. Des. Carlos Alberto Civinski. Florianópolis, 31 de agosto de 2017a. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0000218-70.2016.8.24.0051.** Rel. Des. Salete Silva Sommariva. Florianópolis, 24 de março de 2017b. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0000090-57.2014.8.24.0039.** Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis, 31 de janeiro de 2017c. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0018180-79.2014.8.24.0018.** Rel. Des. Jorge Schaefer Martins. Florianópolis, 25 de novembro de 2016b. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0003357-44.2014.8.24.0069.** Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida. Sombrio, 18 de outubro de 2016c. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

# A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO COMPLEMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

RESTORATIVE JUSTICE AS A COMPLEMENT TO THE JUSTICE  
SYSTEM AND ITS APPLICABILITY IN THE BRAZILIAN LEGAL  
SYSTEM

**Iara Klock Campos**

*Especialista na Carreira do Ministério Público  
Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**RESUMO:** A sociedade e as relações humanas estão em constante modificação. Dessas mudanças, surgem novos valores, nascendo, para o ordenamento jurídico, a obrigatoriedade de se adequar. Com efeito, a forma como a ideia de Justiça é compreendida por determinado meio social influencia diretamente a construção das normas jurídicas que irão reger esta sociedade. Assim, observa-se que os atuais Sistemas de Justiça precisam ser complementados a fim de abarcar os anseios da sociedade contemporânea, de modo a satisfazer as necessidades das partes envolvidas em um conflito e, efetivamente, contribuir para a pacificação. Nessa reflexão, surge, no cenário mundial, a Justiça Restaurativa como complemento da sistemática vigente. Verifica-se, pois, que os métodos restaurativos já fazem parte do Sistema de Justiça de muitos países, estando, no Brasil, em fase de implementação e de expansão.

**Palavras-chave:** Justiça. Sistema de Justiça. Justiça Restaurativa. Práticas Restaurativas.

**ABSTRACT:** Society and human relations are constantly changing. These changes require the legal order to adapt to new values that emerge from these transformations. In fact, the way justice is perceived by a specific social group has a direct impact on the creation of the legal norms that will govern this society. Thus, it is observed that the current justice systems need to be supplemented in order to embrace the aspirations of contemporary society, so as to satisfy the needs of the parties involved and, hence, to effectively contribute to the end of the conflict. From this realization emerges, on a global scale, the notion of restorative justice as a means to complement the current system. Restorative measures are already part of the justice system in many countries. In Brazil, said measures are currently in the process of being implemented and expanded.

**Keywords:** Justice. Justice system. Restorative justice. Restorative practices.

## 1 INTRODUÇÃO

A Justiça, em seu sentido valorativo, é tema que gravita em torno da convivência humana, sendo o ponto central em qualquer sistema jurídico. A compreensão, por um povo, do que se entende por justo é fundamental para formulação, validade e legitimidade das normas vigentes em um país.

Todavia, a ideia de Justiça varia com o transcurso do tempo em determinada sociedade, de modo que, com as transformações ocorridas e o consequente desenvolvimento do que representa Justiça, torna-se necessário o alinhamento do ordenamento jurídico ao novo panorama social.

Com o surgimento de novos valores e direitos, frutos da natural evolução social, o Sistema de Justiça – tradicionalmente, assentado sobre o tripé Justiça Distributiva, Justiça Comutativa e Justiça Retributiva – mostrou-se incompleto e inadequado aos anseios das sociedades contemporâneas.

Assim, surge a Justiça Restaurativa como um modelo adicional, que visa atender necessidades humanas e sociais as quais os demais modelos não estariam conseguindo abranger.

Apesar de sua denominação surgir somente a partir de meados do século XX, suas práticas são ancestrais, sendo um de seus pontos fundamentais – a reparação, da vítima e de seus familiares –, inclusive, mencionado em leis pretéritas<sup>1</sup>. Não obstante, com o passar dos séculos, tais práticas foram se perdendo nos sistemas normativos.

Desse modo, procura-se, no presente trabalho, expor a importância de se harmonizar as práticas dos Sistemas de Justiça aos valores contemporâneos.

Para tanto, propõe-se a análise da evolução histórica e normativa da Justiça Restaurativa no panorama internacional e nacional, bem como sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro vigente.

## 2 A IDEIA DE JUSTIÇA

A ideia de Justiça é ponto central na construção dos ordenamentos jurídicos. A partir da compreensão do que é justo, identificam-se os valores<sup>2</sup> que estão inseridos nas normas<sup>3</sup> de determinado ordenamento jurídico.

<sup>1</sup> O Código de Hamurabi (aprox. 1700 a.C.) prescrevia a reparação para crimes contra a propriedade. A Lei Romana das Doze Tábuas (449 a.C.) obrigava os ladrões a pagar em dobro a reparação, a menos que o bem fosse encontrado em suas casas, caso em que eles pagariam danos triplos; por resistir a busca em suas casas, eles pagavam a restituição quadrupla. Para aprofundamento do tema, vide: (VAN NESS; STRONG, 2010 apud LARA, 2013, p. 21).

<sup>2</sup> Do ponto de vista ético, os valores são os fundamentos da moral, das normas e regras que prescrevem a conduta correta. No entanto, a própria definição desses valores varia em diferentes doutrinas filosóficas. (HILTON, 1996, p. 268).

<sup>3</sup> Conforme ressalta Norberto Bobbio, não apenas as leis em sentido próprio, mas também os costumes e os princípios éticos podem ser considerados justos ou injustos. (BOBBIO, 2000, p. 662).



No tocante à relação entre Justiça e Direito, Alf Ross (2000, p. 313) menciona que “a justiça é a ideia específica do direito” e, como princípio do Direito, a Justiça delimita e harmoniza os desejos, as pretensões e os interesses conflitantes na vida social da comunidade. Assim, conclui que a ideia de Justiça está refletida, em maior ou menor grau de clareza ou distorção, em todas as leis positivas, sendo, também, a medida de sua correção. (ROSS, 2000).

A convivência sempre exigiu a prática do justo, assim, desde o momento em que o homem passou a viver em comunidades, a busca pela Justiça acompanha os seres humanos. No entanto, Paulo Nader lembra que a ideia de Justiça é modificada conforme a sensibilidade ética e os padrões de cada época. O autor aduz que isso é perceptível ao se observar que muitos institutos que se entendiam como justos, atualmente, não fazem mais parte da compreensão de Justiça, tais como a escravidão, a discriminação contra a mulher e os estrangeiros, a Lei de Talião (NADER, 2014, p. 67).

Alf Ross pondera que o desenvolvimento social evidencia o desalinhamento entre o direito positivo e o que se entende por justo, levando ao necessário ajuste das normas às novas condições. Ross afirma, ainda, que se a essa adequação das normas não se procede, sente-se a obrigação de se proferir decisões contraditórias ao direito formal, até que o alinhamento seja feito. Referente a esse fenômeno, cumpre transcrever suas palavras:

A princípio, tais decisões terão o caráter de equidade, precisamente porque não acatam regras dadas, surgindo, sim, de uma apreciação intuitiva da situação concreta. Porém, no decorrer do tempo lograr-se-á novamente a racionalidade formal. Através da prática dos tribunais, surgirá uma nova doutrina e as decisões posteriores se fundarão nela, perdendo seu caráter de equidade. (ROSS, 2000, p. 328-329).

Dessa forma, verifica-se que a ideia de Justiça é um conceito que se encontra em constante modificação nas sociedades, conforme os valores concebidos em determinada comunidade e as necessidades de seus componentes.

Sobre essa perspectiva, cumpre transcrever o que assinala Paulo Nader:

A ideia do justo se encontra enraizada em todas as sociedades civilizadas e a ação do tempo é no sentido de adaptá-las aos avanços sociais, aperfeiçoando-a também na medida em que se reconhece a extensão da *dignidade da pessoa humana*. Em realidade, as sociedades são civilizadas quando seus membros e instituições se orientam em conformidade com a noção mais elevada de justiça. (NADER, 2014, p. 68).

Desse modo, torna-se essencial o estudo da evolução da ideia de Justiça, em uma perspectiva histórica, para que se possa entender em que momento o ordenamento jurídico brasileiro se encontra e, assim, tentar intuir para onde caminha.

Nas lições de Hans Kelsen, a fórmula de Justiça mais frequentemente usada é a conhecida *suum cuique*, “a norma segundo a qual a cada um se deve dar o que é seu, isto é, o que lhe é devido, aquilo a que ele tem uma pretensão ou um direito”. (KELSEN, 2003, p. 18).

Kelsen também destaca a chamada regra de ouro, segundo a qual diz: “não faças aos outros o que não queres que te façam a ti” que, formulada positivamente, traduz-se pelo princípio de Justiça: devemos tratar os outros tal como gostaríamos de ser tratados (KELSEN, 2003, p. 19-21). Nessa mesma linha, resumiu-se o imperativo categórico de Kant: “age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal”. (KANT, 2003, p. 32).

Nesse cenário, observa-se que filósofos e estudiosos da ciência jurídica abordaram o tema Justiça sob diferentes prismas, passando a nominá-la, com ênfase na função predominantemente desempenhada, como Justiça Distributiva, Justiça Comutativa, Justiça Retributiva.

Partindo da premissa que a Justiça ordena as relações humanas, seja de uma maneira geral ou singular, Santo Tomás de Aquino afirma que a Justiça Distributiva corresponde a atribuir-se a cada um de acordo com o que é devido ou de acordo com sua dignidade. Ou seja, somente quem exerce o governo é que pode realizar a Justiça Distributiva. (JUNKES, 2009, p. 28).

No mesmo enfoque, segundo Aristóteles “a *justiça distributiva* é aquela relativa ao partilhamento feito pelo governante em relação às honras, aos cargos, aos bens e ônus existentes, em relação aos governados”. Para tanto, Aristóteles entendia que se tornaria indispensável à realização da Justiça Distributiva que as pessoas consideradas fossem livres e tivessem um espaço para participar ativamente na vida social, podendo colher os frutos dessa participação. (JUNKES, 2009, p. 24).

Ao mencionar a divisão aristotélica de Justiça, Norberto Bobbio traz ao debate a chamada Justiça Reparadora, segundo a qual estaria ligada a situações em que uma pessoa, ao receber uma ofensa de outra pessoa, pede a consequente reparação. O autor, ainda, conclui que a Justiça Reparadora pode ser

considerada uma subclassificação da Justiça Distributiva, já que por ela os benefícios e os encargos são representados por recompensas ou punições. (BOBBIO, 2000, p. 662).

Quanto à denominada Justiça Comutativa, seria aquela que “entre particulares deve haver a igualdade entre o quinhão que se dá e o que se recebe”. Paulo Nader adverte que tal justiça está mais presente nas relações de compra e venda, ou seja, quando o preço corresponde ao valor do objeto. (NADER, 2014, p. 73).

Por sua vez, em relação à Justiça Retributiva, Hans Kelsen ensina que o princípio retributivo exige a atribuição de uma pena para uma falta. Destaca o autor que tal aspecto da Justiça possui, psicologicamente, sua raiz no instinto vindicativo do homem. Assim, arremata argumentando que todo o direito corresponde ao princípio da retribuição, já que o direito reflete um ordenamento que impõe sanções e estas consistem na aplicação coativa de um mal como reação a um ilícito. (KELSEN, 2003, p. 31-32).

Sobre esse viés retributivo da Justiça, no direito brasileiro, Breus destaca que se consolidou sob uma conformação manifestamente punitiva, pois alçou a pena privativa de liberdade ao patamar de política pública criminal por excelência, o qual pretende a retribuição de um mal (o crime) por outro mal semelhante (a pena). (BREUS, 2014, p. 6).

Nesse caminhar, observa-se que a Justiça, no contexto da sociedade, está identificada, em um sentido amplo, como o convívio harmônico e feliz dos seus integrantes – sendo esta, portanto, um fim social (BOBBIO, 2000, p. 660), necessitando-se, para seu alcance, da cooperação mútua. (JUNKES, 2009, p. 39).

Desse modo, diante dos anseios sociais contemporâneos, na década de 1960, surgiu a denominada Justiça Restaurativa, apresentada pelo psicólogo Albert Eglash (1957-1958), que defendeu a possibilidade de três tipos de respostas ao crime: a retributiva, fundamentada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cuja base seria a reparação. (CAMARGO, 2017).

Howard Zehr explica que tanto a teoria retributiva quanto a teoria restaurativa reconhecem a intuição ética básica de que o comportamento socialmente nocivo desequilibra a balança social e, por isso, “consequentemente, a vítima merece algo e o ofensor deve algo”. (ZEHR, 2012, p. 71-72).

O autor destaca que tanto a abordagem retributiva quanto a restaurativa sustentam que deve haver uma proporcionalidade entre o ato lesivo e a reação

a ele. Ele menciona, contudo, que o que difere as concepções de Justiça adotadas é no tocante à “moeda” que vai pagar as obrigações e restabelecer o que foi lesado. (ZEHR, 2012, p. 71-72).

Dessa forma, a Justiça Restaurativa iniciou como um esforço de repensar as necessidades que um ato lesivo gera, observando-se quais são os legítimos participantes ou detentores de interesse no processo judicial. Para tanto, passou-se a se preocupar, em especial, com as necessidades das vítimas de atos ilícitos, ou seja, aquelas necessidades que não estavam sendo adequadamente atendidas pelo sistema de justiça criminal. (ZEHR, 2012, p. 24-25).

Howard Zehr ainda pontua:

Não raro as vítimas se sentem ignoradas, negligenciadas ou até agredidas pelo processo penal. Isto acontece em parte devido à identificação jurídica do crime contra o Estado, e por isso o Estado toma o lugar da vítima no processo. No entanto, em geral as vítimas têm uma série de necessidades a serem atendidas pelo processo judicial. (ZEHR, 2012, p. 24-25).

Assim, cumpre trazer ao debate o conceito de Justiça Restaurativa. Todavia, salienta-se que, por se tratar de um modelo aberto e em construção, será traçada uma aproximação conceitual e flexível. (MUMME; PENIDO, 2014 apud CAMARGO, 2017, p. 58).

Muito embora se reconheça a dificuldade de se obter uma definição de Justiça Restaurativa, observa-se que há certo consenso entre considerável parcela dos autores que abordam o tema no que toca à conceituação elaborada por Marshall, segundo o qual “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras”. (MARSHALL, 2003 apud BREUS, 2014, p. 105; PALLAMOLLA, 2009, p. 54). Destaca-se, também, a definição trazida por Egberto de Almeida Penido:

A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, técnicas e ações, por meio dos quais os conflitos que causam dano são solucionados de modo estruturado, com a participação de vítima, ofensor, famílias, comunidade e sociedade, coordenados por facilitadores capacitados [...], tendo como foco as necessidades de todos envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para o evento danoso e o empoderamento da comunidade e sociedade, por meio da reparação do dano e recomposição do tecido social rompido pela

infração e suas implicações para o futuro. (PENIDO, 2015 apud SALMASO, 2016, p. 38).<sup>4</sup>

Nesse cenário, como ilustração, poder-se-ia dizer que a Justiça Restaurativa compreenderia um crime, não como uma simples conduta típica, ilícita e culpável; mais que isso: consistiria em uma violação às pessoas e aos relacionamentos, que ocasiona uma ruptura na paz comunitária, cabendo à justiça oportunizar e encorajar os envolvidos a, por meio do diálogo, identificarem as necessidades e as obrigações decorrentes dessa violação, bem como a assumirem suas respectivas responsabilidades. (PINTO, 2007 apud PRUDENTE; SABADELL, 2008, p. 53-54).<sup>5</sup>

Desse modo, como se percebe, a Justiça Restaurativa surge como uma nova abordagem, complementar à Justiça Retributiva, já aplicada, na tentativa de responder, em alguma medida, a anseios sociais negligenciados por esta.

### **3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA**

Apesar de a denominação “Justiça Restaurativa” surgir somente na década de 60, suas raízes e precedentes são ancestrais, apresentando vigoroso contexto histórico baseado nas práticas de justiça indígenas e tradicionais de países como Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Estados Unidos e África do Sul. (CAMARGO, 2017, p. 55).

A partir das décadas de 1970 e 1980, a implementação de práticas restaurativas passaram gradativamente a ocorrer em nível mundial, sendo inseridas em espaços institucionais de alguns países, especialmente Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, Argentina e Colômbia. (BACELLAR; GOMES; MUNIZ, 2016, p. 321).

<sup>4</sup> O artigo 1º da Resolução n. 225 do Conselho Nacional de Justiça conceitua a Justiça Restaurativa da seguinte forma: Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma: I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras; III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro. [...] (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

<sup>5</sup> Por certo, como Howard Zehr alerta, alguns casos são simplesmente muito complexos ou hediondos para serem resolvidos por aqueles diretamente envolvidos no caso. Além disso, não se pode esquecer das qualidades que o melhor do sistema jurídico representa: o estado de direito, a imparcialidade procedimental, o respeito pelos direitos humanos e o desenvolvimento ordenado da lei. (ZEHR, 2012, p. 72-73).

Assim, diante do significativo aumento de iniciativas com Justiça Restaurativa no quadro internacional, foi aprovada, pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Resolução 2002/12, do Conselho Social e Econômico (ECOSOC) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002), que traçou diretrizes, desenvolveu princípios e procedimentos, sendo esta identificada como marco legal internacional da Justiça Restaurativa. (PEIXOTO, 2009, p. 91).

A fim de melhor compreender as razões da edição da referida Resolução, cumpre transcrever o conteúdo de parte de seu preâmbulo:

Considerando que tem havido um significativo aumento de iniciativas com justiça restaurativa em todo o mundo.

Reconhecendo que tais iniciativas geralmente se inspiram em formas tradicionais e indígenas de justiça que vêem, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas.

[...]

Percebendo que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e podem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem-estar comunitário e a prevenção da criminalidade.

Observando que a justiça restaurativa enseja uma variedade de medidas flexíveis e que se adaptam aos sistemas de justiça criminal e que complementam esses sistemas, tendo em vista os contextos jurídicos, sociais e culturais respectivos.

Reconhecendo que a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002).

A Resolução 2002/12 ECOSOC ainda definiu algumas terminologias bastante empregadas nas práticas restaurativas, tais como programa de Justiça Restaurativa, resultado restaurativo, partes, facilitador, destacando-se o que vem a ser processos restaurativos:

Processos Restaurativos significa qualquer processo no qual a vítima e o infrator e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime participam coletiva e ativamente da resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*confencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002).

Posteriormente a essa Resolução, alguns países introduziram a Justiça Restaurativa em sua legislação, podendo-se destacar a Colômbia, que a inscreveu, inclusive, na própria Constituição (art. 250) e na sua legislação infraconstitucio-

nal (art. 518 e seguintes do Novo Código de Processo Penal) (PEIXOTO, 2009, p. 94). Vale transcrever o texto constitucional colombiano, podendo-se perceber a preocupação com a vítima no processo penal:

Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa. (COLOMBIA, 1991).

No Brasil, as experiências em Justiça Restaurativa são mais recentes. Iniciou-se, de forma institucional, no final do ano de 2004, com a elaboração do projeto “Implementando Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, pelo Ministério da Justiça, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). (MUMME; PENIDO; ROCHA, 2016, p. 173).

Assim, nasceram três projetos-piloto, que foram desenvolvidos nas cidades de Brasília/DF<sup>6</sup> – envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo –, Porto Alegre/RS<sup>7</sup> e São Caetano do Sul/SP – em ambos realizados com adolescentes que incorreram na prática de ato infracional –, marcando, oficialmente, o início das práticas restaurativas no país. (PRUDENTE, 2012 apud BACELLAR; GOMES; MUNIZ, 2016, p. 32).

Nessa conjuntura, foi aprovada a Sugestão n. 99/2005, do Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília<sup>8</sup>, que, após o encaminhamento à Câmara de Deputados, foi transformada no Projeto de Lei n. 7.006/2006.

O aludido Projeto de Lei, que se encontra tramitando no Congresso Nacional, possui a finalidade de promover alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei dos Juizados Especiais, a fim de se facultar a utilização de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal brasileiro. (BRASIL, 2006).

O Governo Federal, atento aos resultados obtidos nos projetos-piloto, reconheceu a importância da Justiça Restaurativa ao aprovar o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), por meio do Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009, estabelecendo como uma das ações programáticas:

[...] Desenvolver ações nacionais de elaboração de estratégias de mediação de conflitos e de Justiça Restaurativa nas escolas, e outras

<sup>6</sup> (BRASIL, 2008).

<sup>7</sup> (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

<sup>8</sup> (BRASIL, 2005).

instituições formadoras e instituições de ensino superior, inclusive promovendo a capacitação de docentes para a identificação de violência e abusos contra crianças e adolescentes, seu encaminhamento adequado e a reconstrução das relações no âmbito escolar. [...] Incentivar projetos pilotos de Justiça Restaurativa, como forma de analisar seu impacto e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro [...] (BRASIL, 2009).

No mês de agosto de 2014, o Conselho Nacional de Justiça e a Associação dos Magistrados Brasileiros firmaram Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa, instituindo-se um grupo formado por magistrados com vivência em práticas restaurativas, que tinha a incumbência de elaborar uma proposta de ato normativo visando fomentar o debate do tema no âmbito nacional. (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2014).

Assim, em maio de 2016, surgiu o marco normativo no cenário brasileiro, sendo aprovada a Resolução n. 225/2016, pelo Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.<sup>9</sup>

Passando-se a analisar a legislação brasileira, tem-se, pois, a vigência de leis que permitem a aplicação de métodos restaurativos para a resolução de conflitos. Inclusive, já existe dispositivo legal que prevê e incentiva a utilização de práticas restaurativas.

Primeiramente, cumpre destacar que, conforme citado na Cartilha de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça da Bahia, os métodos restaurativos se alinham com os métodos consensuais de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação, já incentivados pela Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, bem como pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), podendo ser aplicados em qualquer conflito no âmbito da família, do Direto Cível ou do Juizado Especial Cível. (BAHIA, 2017).

Na seara da Infância e Juventude, o Manual de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná refere que a aplicabilidade da Justiça Restaurativa é ainda mais ampla, tendo em vista o caráter pedagógico das medidas socioeducativas, exemplificando sua aplicação nas diferentes fases processuais de apuração do ato infracional:

Na fase pré-processual, compreendida entre o ato infracional e a oitiva informal realizada pelo Ministério Público, o Promotor de Justiça, verificando o cabimento, poderá inserir na remissão ministerial a aplicação da Justiça Restaurativa (artigo 126, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Após o recebimento da representação, o juiz

<sup>9</sup> (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).



poderá aplicar a remissão judicial, suspendendo o feito para que a Justiça Restaurativa seja aplicada (artigo 126, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente). (PARANA, 2015).

Ainda no enfoque infracional, a Lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), (Lei 12.594/2012), expressamente fez menção às práticas restaurativas. O artigo 35, incisos II e III, da mencionada lei, definindo os princípios que regem a execução de medidas socioeducativas, estabeleceu o favorecimento de meios de autocomposição de conflitos, advertindo que deve ser dado prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas. (BRASIL, 2012).

No que tange ao âmbito cível da Infância e Juventude, o Manual de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná também consigna que se tem um campo vasto para sua aplicação, tendo em vista o princípio da proteção integral. Ilustra que os métodos restaurativos podem facilitar o fortalecimento de vínculos, quando a criança já está em acolhimento institucional, bem como em processos de adoção pluriafetiva. Também, explana que é possível a aplicação da Justiça Restaurativa dentro das entidades de acolhimento, “como forma de trabalhar os sentimentos dos acolhidos, suas necessidades e suas perdas”. (PARANÁ, 2015).

Por sua vez, a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995), que privilegia sempre a pacificação social, prevê, em seus artigos 72, 77 e 89, a homologação de acordos celebrados visando à composição civil, à transação penal ou à suspensão condicional do processo, no âmbito criminal, possibilitando, dessa forma, a utilização de fundamentos da Justiça Restaurativa. (JESUS, 2016, p. 247).

Do mesmo modo, a Lei n. 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), com o objetivo de promover mais acolhimento e de reduzir a vulnerabilidade dos usuários, permitiu a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos adictos, possibilitando, igualmente, a adoção das práticas restaurativas. (DUARTE; ANDRADE, 2011. p. 309-343).

Outrossim, importante campo de aplicação da Justiça Restaurativa se abre nos casos de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Algumas cidades do país já desenvolvem programas utilizando métodos restaurativos em casos dessa espécie. Pode-se mencionar a cidade de Ponta Grossa, no Estado do Para-

na, que implementou, no ano de 2015, o “Projeto Circulando Relacionamentos”, em parceria entre o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), o Juizado da Violência Doméstica, a Delegacia da Mulher e a Defensoria Pública do Paraná. (GOMES; GRAF, 2016, p. 281).

Assim, verifica-se que muitos Tribunais de Justiça do país passaram a editar atos normativos com o objetivo de tratar da utilização da Justiça Restaurativa na resolução de conflitos, podendo-se destacar os Tribunais dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Distrito Federal, Bahia, Goiás, Rio de Janeiro, Rondônia, Espírito Santo. (SÃO PAULO, 2014; RIO GRANDE DO SUL, 2010; DISTRITO FEDERAL, 2006; BAHIA, 2010; BAHIA, 2015; GOIÁS, 2017; RIO DE JANEIRO, 2017a; RONDÔNIA, 2016; ESPÍRITO SANTO, 2017).

Sobre o fomento da Justiça Restaurativa, cabe transcrever a explanação contida na Cartilha sobre Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao comentar a Resolução n. 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça e a implementação de Projeto-Piloto “Justiça Restaurativa nas Relações Familiares e de Vizinhança”:

O Conselho Nacional de Justiça publicou em 31 de maio de 2016 a Resolução n. 225<sup>1</sup>, dispondo sobre a Política Nacional da Justiça Restaurativa. À primeira vista, poderia parecer um paradoxo: O órgão que tem como missão contribuir para o aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro - com raízes na justiça retributiva, baseada na culpa e na disputa entre Estado e réu - passa a fomentar no país uma outra Justiça que potencializa a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos. Paradoxo não há. Os atores do processo - Juízes, Promotores, Defensores, Advogados, partes, testemunhas, etc., - bem sabem que as sentenças, parte das vezes, não resolvem os conflitos, podendo até mesmo agravá-los. Para o enfrentamento da questão, e visando o cumprimento da Meta nº 8<sup>2</sup>, daquele mesmo Conselho, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro firmou parceria com o ISA-ADRS – Instituto de Soluções Avançadas, que foi responsável pela implementação do Projeto Piloto “Justiça Restaurativa nas Relações Familiares e de Vizinhança”, sediado no IV Juizado Especial Criminal – Leblon. (RIO DE JANEIRO, 2017b).

Além dos Tribunais, municípios, em todo o País, passaram a promulgar leis a fim de estabelecer a Justiça Restaurativa como política pública local, prevendo capacitação de facilitadores na rede de educação e de assistência social, com contínuo acompanhamento de formação. Para exemplificar, dentre tantos outros, cita-se o Município de Ponta Grossa/PR e de Santos/SP. (PONTA GROSSA, 2016; SANTOS, 2017).

No Estado de Santa Catarina, a Justiça Restaurativa teve início, no ano de 2003, na Vara da Infância e Juventude de Joinville, tendo sido desenvolvido programa de mediação com adolescentes em conflitos com a lei, que, inclusive, por duas vezes, recebeu o Prêmio Innovare, nas edições de 2006 e de 2007. (ROSA, 2006).

Em 2011, iniciou-se projeto de implantação do serviço de Justiça Restaurativa na Comarca de Florianópolis – que posteriormente foi denominado “Núcleo de Justiça Restaurativa” –, envolvendo diversos atores da Rede de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, com constante capacitação de facilitadores.

A partir de abril de 2012, teve início o atendimento sistematizado desse serviço, por meio de parceria com o Ministério Público, Secretaria de Segurança Pública e Curso de Psicologia da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), que ofereceu orientação, supervisão e mediadores, por meio de projeto de extensão universitária. Destaca-se que, em outubro de 2014, o Núcleo de Justiça Restaurativa da Comarca da Capital recebeu prêmio na 3ª Mostra das Boas Práticas no Judiciário Catarinense.

No ano de 2015 e 2017, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina novamente promoveu curso de capacitação de facilitadores e definiu pela implementação da Justiça Restaurativa por meio de polos irradiadores no Estado, iniciando-se nas Comarcas de Florianópolis e de Lages.

Atualmente, além da introdução da Justiça Restaurativa no Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo do Decênio 2015-2024, de Florianópolis/SC, – que sugeriu a implementação do serviço prestado nos Centros de Justiça Restaurativa nas Varas da Infância e Juventude do Estado (FLORIANÓPOLIS, 2014); foi desenvolvido Projeto Político-Pedagógico visando implementar a Justiça Restaurativa de forma planejada, gradual e sistemática, envolvendo diferentes instituições, a fim de conferir concretude, consolidação e expansão do tema no âmbito estadual.

Por fim, consoante informações da Coordenadoria Estadual da Infância e da Juventude – TJSC, está em fase de análise e assinatura Termo de Cooperação Técnica, a ser firmado entre o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Ministério Público de Santa Catarina, o Governo do Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública de Santa Catarina, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Catari-

nense, a Federação Catarinense de Municípios, a Universidade Federal de Santa Catarina, a Universidade do Sul de Santa Catarina e a Federação dos Conselhos da Comunidade, com o objetivo de instituir protocolo de implantação e de expansão da Justiça Restaurativa, enquanto política pública, no Estado de Santa Catarina.

#### **4 CONCLUSÃO**

Procurou-se, no presente trabalho, expor a importância de se harmonizar os Sistemas de Justiça aos valores contemporâneos.

Assim, passou-se a analisar a evolução histórico-normativa da chamada Justiça Restaurativa no panorama internacional e nacional e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro vigente.

Verificou-se que, embora a Justiça Restaurativa seja tema relativamente novo para muitos leitores, há décadas vem sendo tratada em foros internacionais de discussão, sendo sua implementação incentivada pela Organização Mundial das Nações Unidas (ONU), e seus métodos progressivamente inseridos no Sistema de Justiça de muitos países.

Foi possível aferir que se trata de um modelo de justiça que visa complementar o sistema retributivo. Assim, nos conflitos que são cabíveis, a aplicação das práticas restaurativas tem como fim o atendimento das necessidades dos envolvidos, o restabelecimento da convivência pacífica futura da comunidade e a responsabilização do ofensor, ampliando a visão focada puramente na verificação dos fatos pretéritos e na conseqüente punição.

No Brasil, observou-se que o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com instituições governamentais e não-governamentais, está atento para as mudanças ocorridas no panorama internacional, buscando concretizar e estender a utilização da Justiça Restaurativa, tendo, para tanto, apoiado projetos-piloto e, inclusive, inserido como meta, no ano de 2016, a implementação da Justiça Restaurativa nos Estados.

Dessa forma, pode-se afirmar que, com a publicação do Decreto n. 7.037/2009 – que instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos –, houve o reconhecimento oficial da Justiça Restaurativa como metodologia a ser utilizada no Sistema de Justiça brasileiro.

Por fim, entende-se importante repisar que esse novo conjunto ordenado e sistêmico de princípios, técnicas e ações, não pretende substituir o vigente sistema retributivo. A implementação da Justiça Restaurativa tem o intuito de

complementar a atual sistemática, nas hipóteses em que são pertinentes a utilização das práticas restaurativas – já que nem todos os casos isso se torna possível –, visando responsabilizar de forma consciente o agressor, a fim de que este possa reparar o dano causado e com isso proporcionar maior sentimento de satisfação aos anseios das vítimas, de sua família e da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Protocolo de Cooperação Interinstitucional para a difusão da Justiça Restaurativa**. 2014. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/jr/docs/protocolo.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

AZEVEDO, André Gomma de. A participação da comunidade na mediação vítima ofensor como componente da justiça restaurativa: uma breve análise de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). **Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225**. Brasília: CNJ, 2016. p. 131-156. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

BACELLAR, Roberto Portugal; GOMES, Jurema Carolina Da Silveira; MUNIZ, Laryssa Angélica Copack. Implementação da justiça restaurativa no poder judiciário: uma experiência do estado do Paraná. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). **Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225**. Brasília: CNJ, 2016. p. 319-338. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Cartilha de Justiça Restaurativa**. 2017. Disponível em: <[http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/quarta\\_edicao\\_cartilha\\_06\\_2017.pdf](http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/quarta_edicao_cartilha_06_2017.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BAHIA. **Resolução n. 08/2010**: Institui o Programa de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia e cria o Núcleo de Justiça Restaurativa da Extensão do 2º. Juizado Especial Criminal do Largo do Tanque.

2010. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/re-jure.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BAHIA. **Resolução n. 17/2015:** *Dispõe sobre o Núcleo de Justiça Restaurativa-NJR de Segundo Grau do Poder Judiciário do Estado da Bahia e seu âmbito de atuação nas esferas judicial e extrajudicial, visando a difusão, implantação e sistematização de práticas e conhecimentos em Justiça Restaurativa, através da instituição da Política Judiciária Estadual de Justiça Restaurativa-PJEJR de tratamento adequado dos conflitos de interesses objetivando a pacificação social lato sensu, pertinente ao enfrentamento de conflitos, violências, delitos e atos infracionais e dá outras providências.* 2015. Disponível em: <<http://www7.tj.ba.gov.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=14143&tmp.secao=4>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 7006**, de 2006. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 7.037**, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Lei Federal n. 12.594**, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm)>. Acesso em: 13 fev. 2018.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, **Projeto Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul, São Paulo**, 2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Coordenado->

riaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\_sao-caetano\_090209\_bx.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018

BRASIL. **Sugestão n. 99/2005 CLP**. 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=284592&ord=1>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2000.

BOYES-WATSON, Carolyn; PRANIS, Kay. **No coração da esperança: guia de práticas circulares: o uso de círculos de construção da paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis**. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.

BREUS, Bruna Araujo Amatuzzi. **Justiça restaurativa: pela construção de um novo modelo de justiça criminal**. 2014. 199 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina39360.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

CAMARGO, Juliana Lobo. **A justiça restaurativa entre a teoria e a vivência: uma análise criminológica crítica, abolicionista e minimalista de seus limites e potencialidades perante a crise do sistema penal**. 2017. 139 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Programa de Pós Graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<http://laboratoriodeconvivencia.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Juliana-Lobo-Camargo.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia** (1991). Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus>>.

[br/busca-atos-adm?documento=3127](http://br/busca-atos-adm?documento=3127)>. Acesso em: 13 fev. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, **Portaria Conjunta n. 52/2006**: Institui o Programa de Justiça Restaurativa, subordinado à Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios TJDF. 2006. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2006/00052.html>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo, **Resolução n. 11/2017**: Fica criada a Central de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo para favorecer meios de autocomposição de conflitos envolvendo crianças e adolescentes, a ser instalada por ato próprio. 2017. Disponível em: <<https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/492176?view=content>>. Acesso em: 17 de fev. 2018.

FLORIANÓPOLIS. Prefeitura Municipal de Florianópolis. **Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo 2015-2024**. 2014, p. 79-80. Disponível em: <[http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/13\\_11\\_2014\\_15.53.26.1a911364d92bd1b3807f0ec26c7f2381.pdf](http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/13_11_2014_15.53.26.1a911364d92bd1b3807f0ec26c7f2381.pdf)>. Acesso em: 19 fev. 2018.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, **Decreto Judiciário n. 1346/2017**: Implementa, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Goiás, a Política Judiciária de Justiça Restaurativa. 2017. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/tjdocs/documentos/459547>>. Acesso em: 17 de fev. 2018.

GOMES, Jurema Carolina da Silveira; GRAF, Paloma Machado. Circulando relacionamentos: uma nova abordagem para os conflitos decorrentes da violência de gênero. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). **Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225**. Brasília: CNJ, 2016. p. 275-294. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b-2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

JAPIASSÚ, Hilton. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

JESUS. Joanice Maria Guimarães de. A fundamentação legal da justiça restau-



rativa, junto ao ordenamento jurídico brasileiro. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). **Justiça restaurativa**: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016. p. 219-267. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

JUNKES, Sérgio Luiz. **Justiça e Sociedade**: ensaios sobre temas jurídicos contemporâneos. Florianópolis: Insular, 2009.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **O problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARA, Caio Augusto Souza. **A justiça restaurativa como via de acesso à justiça**. 2013. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9G8HQT/disserta\\_o\\_caio\\_augusto\\_souza\\_lara.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9G8HQT/disserta_o_caio_augusto_souza_lara.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 25 fev. 2018.

MUMME, Monica Maria Ribeiro; PENIDO, Egberto de Almeida; ROCHA, Vanessa Aufiero da. Justiça restaurativa e sua humanidade profunda: diálogos com a resolução 225/2016 do CNJ. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). **Justiça restaurativa**: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016. p. 165-213. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolução 2002/12** de 24 de Julho de 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Manual de Justiça Restaurativa**. 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/7836487/Manual+JR+-+NUPEMEC+TJPR.pdf/2dee4c67-fc1a-40ae-a896-9b86a7d631a1>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **A justiça restaurativa como política pública alternativa ao sistema penal**: possibilidade e viabilidade. 2009. 131 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2009. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp114177.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

PONTA GROSSA. Prefeitura Municipal de Ponta Grossa. **Lei Municipal n. 12.674/2016**: que dispõe a Política Pública de Implantação do Programa Municipal de Implementação de Práticas Restaurativas no Município de Ponta grossa e dá outras providências. 2016. Disponível em: <<https://leis-municipais.com.br/a/pr/p/ponta-grossa/lei-ordinaria/2016/1268/12674/lei-ordinaria-n-12674-2016-dispoe-sobre-a-politica-publica-de-implantacao-do-programa-municipal-de-implementacao-de-praticas-restaurativas-no-municipio-de-ponta-grossa-e-da-outras-providencias?q=justi%C3%A7a+restaurativa>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

PRUDENTE, Neemias Moretti; SABADELL, Ana Lucia. Mudança de paradigma: justiça restaurativa. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 8, n. 1, p. 49-62, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/719>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Cartilha de Justiça Restaurativa em contexto de violência familiar, doméstica e nas relações de vizinhança**. 2017a. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/97862/cartilha-justica-restaurativa-2017.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

RIO DE JANEIRO. **Recomendação n. 01/2017**: Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, recomenda a implementação da JR. 2017b. Disponível em: <[http://fonamec.tjrj.jus.br/conteudo/documentos/Recomendacao\\_n\\_01-2017-FONAMEC.pdf](http://fonamec.tjrj.jus.br/conteudo/documentos/Recomendacao_n_01-2017-FONAMEC.pdf)>. Acesso em: 17 de fev. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Corregedoria Geral de Justiça (CGJ). **Documento base do Programa Justiça Restaurativa para século 21**. 2014. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/projetos/projetos/justica\\_sec\\_21/Relatorio\\_de\\_Gestao\\_2015\\_Programa\\_JR21\\_TJRS.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/Relatorio_de_Gestao_2015_Programa_JR21_TJRS.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Resolução n. 822/2010-COMAG**: Declara a existência da central de práticas restaurativas junto ao Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, estabelecendo indicadores para o monitoramento do trabalho desenvolvido. 2010. Disponível em: <<http://jij.tjrs.jus.br/paginas/docs/justica-restaurativa/microsoft-word-822-2010-criacao-da-central-de-pratica-restaurativa.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, **Termo de Cooperação n. 002/2016**: que tem a finalidade de implantar a metodologia da Justiça Restaurativa na Comarca de Porto Velho, nos feitos de competência infracional da Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990 e no âmbito das escolas estaduais a partir de um Projeto Piloto. 2016. Disponível em: <<https://webapp.tjro.jus.br/rhtransparente/convenios/arquivo/366.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **A mediação com adolescentes em conflito com a lei – ECA**. 2006. Disponível em <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/a-mediacao-com-adolescentes-em-conflito-com-a-lei-eca-102>> Acesso em: 18 fev. 2018; e <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/mediacao-com-adolescentes-autores-de-ato-infracional-1102>>. Acesso em 18 fev. 2018.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2000.

SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). **Justiça restaurativa**: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016. p. 16-64.

SANTOS. Prefeitura Municipal de Santos. **Lei Municipal n. 3.371/2017**: que

instituiu, no Município de Santos, a Política Pública de Justiça Restaurativa. Disponível em: <<http://legislativo.camarasantos.sp.gov.br/datafiles/suite/exclusiva/aplicativo/ide/sistemas/7/producao/8/27/8422/337120001.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento n. 35/2014 CGJ**: Dispõe sobre a implementação da Justiça Restaurativa no âmbito das Varas da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo. 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=135492&fIBtVoltar=N>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

# A OBRIGAÇÃO DE REPARAR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS IMPOSTA POR SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

THE OBLIGATION TO REPAIR NON-PATRIMONIAL DAMAGES  
IMPOSED BY A CONDEMNATORY CRIMINAL SENTENCE

**Lucas dos Santos Machado**

*Especialista em Direito Penal e Processual Penal  
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**RESUMO:** A sentença penal condenatória gera diversos efeitos previstos em lei, dentre eles, o de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (Código Penal, artigo 91, inciso I). Por sua vez, o Código de Processo Penal traz, no artigo 387, inciso IV, a regra de que cabe ao Juiz fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Ocorre que ambos os dispositivos não especificam a natureza dos referidos danos, de modo que a doutrina e a jurisprudência apresentam consideráveis divergências quanto à abrangência dessa indenização, especialmente se toca apenas ao dano patrimonial (equivalente ao material) ou também ao extrapatrimonial. Prevalecendo o entendimento de que a obrigação imposta judicialmente não abrange os danos extrapatrimoniais, o ofendido se vê obrigado a acionar novamente o Poder Judiciário, na esfera cível, para discutir a existência de outros danos. Noutro sentido, entende-se que os prejuízos sofridos pelo ofendido, conforme disposição da norma, englobam os morais, devendo o Juiz de Direito estipular valor mínimo para indenização em favor da vítima, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido, nos termos do artigo 63, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** Sentença Penal Condenatória. Reparação de danos. Danos Extrapatrimoniais.

**ABSTRACT:** The condemnatory criminal sentence generates several effects defined in the law, among them that of enforcing the compensation of damages caused by the crime (Penal Code, article 91, item I). In turn, article 387, IV, of the Code of Criminal Procedure establishes the rule that it is up to the judge to set a minimum sum to repair the damages caused by the criminal offense, taking into account the losses suffered by the victim. However, both provisions do not specify the nature of such damages, so the doctrine and the jurisprudence have considerable differences as to the scope of this compensation, especially if it concerns only property damage (equivalent to material damage) or also non-patrimonial damage. If the understanding prevails that the obligation imposed judicially does not cover non-patrimonial damages, the victim is obliged to re-trigger the Judiciary, in the civil sphere, to discuss the existence of other damages. In another sense, it is understood that the losses suffered by the victim, according to the norm, include the moral ones, and judges must stipulate a minimum sum for compensation on behalf of the victim, notwithstanding the liquidation to ascertain the damage effectively suffered, in accordance with article 63, sole paragraph, of the Code of Criminal Procedure.

**Keywords:** Condemnatory criminal sentence. Damage reparation. Non-patrimonial damage.

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade pela reparação dos danos causados por um ato ilícito pode advir de diversos ramos do direito, a depender da norma jurídica a ser aplicada a cada caso. Se o ilícito é definido como tipo penal, a lei determina que, após o devido processo legal, com a condenação na seara criminal, o autor fica obrigado a indenizar o dano causado pelo crime (Código Penal, artigo 91, inciso I).

Instrumentalizando essa obrigação, a lei processual estabelece que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória constitui título executivo judicial, a ser executado no juízo cível; ainda, deixa ao titular de tal direito a opção de ingressar, mesmo antes do trânsito em julgado, com a competente ação civil *ex delicto*, também naquele juízo, na forma dos artigos 63 e seguintes do Código de Processo Penal.

No desiderato de facilitar o fragilizado direito da vítima, a Lei n. 11.719/2008 alterou a redação do artigo 387, inciso IV, do Diploma Processual Penal, que passou a constar a possibilidade de o juiz fixar, na sentença condenatória, valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Indaga-se, então, a abrangência dos danos a serem reparados sob tal título, bem como a aplicabilidade do dispositivo para a real proteção à vítima.

Há quem critique até mesmo fixação do valor indenizatório mínimo pelo juízo penal, reputando inconveniente a inserção de questão de natureza eminentemente civil no bojo do processo criminal. Outros entendem que o instituto é salutar, pois proporciona maior amparo à vítima, tornando mais célere e menos burocrática a satisfação do direito à reparação do dano decorrente do delito.

Mas esse é apenas o início das controvérsias.

Por um lado, em interpretação restritiva à norma do inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal, alguns autores entendem que a determinação do juízo criminal somente deve alcançar os danos materiais, facilmente aferíveis, restando a reparação dos danos morais à esfera civil.

Por outro lado, defende grande parte da doutrina que não há impedimento algum na fixação de valor mínimo para reparação inclusive dos danos patrimoniais experimentados pela pessoa ofendida por infração penal.

Com efeito, o presente estudo perpassa os pressupostos para reparação e a natureza dos danos extrapatrimoniais; a delimitação da instrução processual penal; a formação da coisa julgada criminal; a competência do juízo penal para estipular o *quantum* indenizatório; entre outros aspectos.

No âmbito jurisprudencial, serão analisados posicionamentos diametralmente opostos em relação aos temas acima.

## 2 A OBRIGAÇÃO DE REPARAR OS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO PENAL

Há um princípio geral do Direito, como aponta Tourinho Filho (2017, p. 268), que serve de perene fonte de inspiração ao legislador na elaboração de normas de comportamento: *neminem laedere*, isto é, a ninguém é lícito causar lesão ao direito de outrem.

A prática de um fato definido como infração penal – e, portanto, ilícito – pode acarretar consequências jurídicas em diversas esferas do direito, desde que constitua hipótese de incidência de uma norma jurídica.

O artigo 91, inciso I, do Código Penal é claro ao estabelecer como efeito da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

Na seara civil, o ordenamento brasileiro impõe, como regra, por meio dos artigos 186 e 927 do Código Civil<sup>1</sup>, o dever ao infrator de promover a reparação do dano. Isto é, ao ato ilícito, considerado como tal tanto na esfera criminal quanto na civil, sucede uma relação obrigacional entre a vítima e o infrator, por meio da qual este possui o dever de reparar o dano causado e aquela o dever de obter essa reparação.

Vale observar que o artigo 935 do Código Civil dispõe que não mais se pode questionar sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Caso não ocorra a reparação do dano de forma voluntária, sobrevêm duas hipóteses ao detentor do direito: i) ajuizar ação civil *ex delicto* perante o juízo cível competente, na forma do artigo 63 e seguintes do Código de Processo Penal; ii) após trânsito em julgado de sentença penal condenatória, promover

<sup>1</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

diretamente a execução do julgado no juízo cível, conforme artigo 515, inciso VI, do Código de Processo Civil<sup>2</sup>.

Até 2008 era necessária a liquidação do dano na esfera civil, na medida que a sentença penal transitada em julgado, embora já constituísse título executivo judicial, apenas impunha a obrigação do condenado a reparar os danos causados pelo delito (*an debeat*), não podendo o julgador dispor sobre o respectivo valor de indenização (*quantum debeat*).

Em 20 de junho de 2008, foi publicada a Lei n. 11.719, que promoveu alterações no Código de Processo Penal, destacando-se a do artigo 387, inciso IV, que passou a prever a possibilidade de o juiz fixar, na sentença condenatória, valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Ainda, incluiu o parágrafo único no artigo 63 do mesmo diploma<sup>3</sup>, deixando clara a possibilidade de execução imediata da parte líquida disposta em sentença penal, mas sem prejuízo da apuração, por pedido de liquidação, do dano efetivamente sofrido pela vítima.

Conforme destaca Câmara (2009), a sentença penal contém a própria declaração da existência da obrigação do ofensor a reparar o dano suportado pelo ofendido e, por consequência, os limites objetivos da coisa julgada penal passam a abarcar, também, o valor mínimo a ser pago.

Sobre o assunto, Bonfim (2013, p. 593) esclarece:

Vale dizer, se, por exemplo, o juiz criminal fixara, em condenação definitiva, o valor de R\$ 10.000,00, a ser pago como indenização mínima à vítima, esta poderá, imediatamente, promover a ação de execução *ex delicto* no juízo cível do referido valor. Não obstante, poderá pleitear, também na esfera cível, a liquidação por artigos da sentença condenatória, delimitando o real prejuízo experimentado pelo crime, podendo nesse caso, através do valor remanescente apurado, ter complementada a diferença havida em face do valor mínimo fixado na sentença condenatória.

Conforme leciona Schmitt (2015, p. 434), existem vários e diferentes sistemas processuais sobre a recomposição civil do dano causado pelo crime, ora

<sup>2</sup> Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado; [...].

<sup>3</sup> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.



permitindo o ajuizamento simultâneo dos pedidos (penal e cível) em um só juízo, ora prevendo a separação das instâncias, com maior ou menor grau de separação entre elas. Prossegue o autor: “no Brasil, adotamos o sistema de independência relativa, pois existe, muitas vezes, subordinação da temática civil à criminal”.

Ainda sobre os sistemas processuais quanto à responsabilidade civil e penal, Rangel (2015, p. 598-599) enumera: i) o da confusão: permite que as duas pretensões (civil e penal) sejam deduzidas num mesmo pedido e, no processo penal, o pedido de condenação é feito, em regra, pelo Ministério Público, enquanto o pedido de ressarcimento cabe ao ofendido; ii) o da livre escolha: permite que a parte possa tanto ingressar com a ação no juízo cível como ingressar com a ação cível no juízo penal; iii) o da separação: a ação civil proposta no juízo cível e a ação penal no juízo penal.

E aponta o autor que o Código de Processo Penal, com a edição da Lei 11.719/2008, adota um quarto: o sistema da solidariedade, calcado nos princípios da economia e celeridade processual, pois aglutina, na mesma ação, ambas as pretensões processuais, como fruto da moderna doutrina da criminologia, que traz a vítima para dentro do processo penal.

A título de apontamento da origem do instituto, salienta-se que não se promoveu inovação no ordenamento brasileiro, pois a previsão foi inserida uma década antes no artigo 20 da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998):

Art. 20. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do *caput*, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

E regra muito semelhante já existia no Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97):

Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

§ 1º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.

§ 2º Aplica-se à multa reparatória o disposto nos artigos 50 a 52 do

Código Penal.

§ 3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

Ainda assim, não se pode negar que constituiu importante evolução na tutela dos direitos das vítimas criminais, na medida que a redação dada ao dispositivo do Código de Processo Penal generalizou regra até então exclusiva aos crimes ambientais.

Adverte Badaró (2016, p. 215) que como a lei prevê que o título executivo judicial é a sentença penal condenatória transitada em julgado, a chamada “sentença absolutória imprópria (CPP, art. 386, VI, c.c. art. 386, par. ún., III), embora acarrete a imposição de medida de segurança, por não ser condenatória, não gera o dever de reparar o dano, nem consistirá em título executivo”.

Convém observar que a sistemática não impede o ajuizamento de demanda civil de reparação dos danos (ação civil *ex delicto*), pois o artigo 64 do Código de Processo Penal manteve sua redação: “sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil”.

E nem mesmo a sentença penal absolutória obsta o ajuizamento de ação de reparação civil, salvo quando for reconhecida a inexistência material do fato, não for o réu o autor da infração penal ou, efetivamente, não tiver concorrido para a sua prática.

Diante das primeiras considerações, verifica-se a importância da fixação de valor mínimo de indenização na sentença penal condenatória, passando-se à análise de questões que orbitam a temática da aplicabilidade do inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal.

### **3 NATUREZA DOS DANOS A SEREM REPARADOS MEDIANTE IMPOSIÇÃO EM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

São notáveis as divergências doutrinárias e jurisprudenciais em relação à natureza do dano que pode ser objeto de reparação mediante fixação de valor indenizatório mínimo em sentença penal.

Isso porque, como visto, a redação do inciso IV do artigo 387 do Código

de Processo Penal apenas faz referência à expressão “dano”.

Anteriormente à análise das hipóteses e seus respectivos alicerces, é essencial amear breves noções sobre o dano extrapatrimonial e os fundamentos da necessidade de sua reparação.

O mestre Cavalieri Filho (2006, p. 105) traz o conceito de dano moral como “a agressão à dignidade humana, isto é, a dor, o vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”.

Tartuce (2016, p. 526) pontua que “a reparabilidade dos danos imateriais é relativamente nova em nosso país, tendo sido tornada pacífica com a Constituição Federal de 1988, pela previsão expressa no seu art. 5º, V e X”.

Imprescindível trazer a redação dos incisos mencionados:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Prossegue o autor, expondo que a melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade. Extraí-se de sua obra:

Alerte-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais. (TARTUCE, 2016, p. 542).

Então, quando a prática de uma infração penal (ato ilícito) causar dano imaterial à vítima, havendo nexos de causalidade e culpa em sentido lato, cumpre ao autor reparar tais danos, o que se entende poder ser imposto mediante sentença condenatória na esfera criminal.

Há autores que conferem interpretação restritiva à norma, no sentido de

que a condenação criminal somente deve alcançar os danos materiais, pois facilmente aferíveis, restando a reparação dos danos morais reservada à esfera civil.

Tratando da natureza dos danos indenizáveis por força de sentença penal, Oliveira (2015, p. 665) assevera que o dispositivo processual penal em comento não objetiva o estabelecimento de valor total da recomposição patrimonial, mas somente do mínimo que se mostre suficiente para recompor os prejuízos já evidenciados na ação penal, de sorte que “eventuais acréscimos da responsabilidade civil, sob a rubrica de lucros cessantes e eventuais danos morais, serão fixados na esfera cível”.

Com efeito, os defensores da impossibilidade de aplicação de valor mínimo a título de danos extrapatrimoniais sustentam que sua quantificação extrapola a competência penal. Por conseguinte, a reparação à vítima ficaria adstrita aos casos em que o tamanho do prejuízo fosse evidente, como nos crimes de apropriação indébita e furto, por exemplo (SANTOS, 2008).

Em síntese aos argumentos dessa corrente, colaciona-se trecho de autoria de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

Parece-nos que a Lei não se reportou aos danos de natureza moral, limitando-se àqueles valores relativos aos danos materiais, de fácil comprovação (do prejuízo) no processo. O arbitramento do dano moral implicaria: (a) a afirmação de tratar-se de verba indenizatória, isto é, de natureza civil; e (b) a necessidade de realização de todo o devido processo penal para a sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei nº 11.719/08. (PACELLI; FISCHER, 2017, p. 822).

Já os adeptos de posicionamento, em sentido contrário, entendem que o dano a ser reparado não se limita ao de natureza material, englobando os chamados extrapatrimoniais.

Hertel (2009) aduz que, por uma infração penal poder resultar em dano material ou moral, “não se pode vislumbrar qualquer impossibilidade de o juiz criminal fixar indenização tanto pelo dano material como pelo dano moral sofrido pelo sujeito passivo”.

Em consonância, Schmitt (2015, p. 442) assevera que “o dano pode ser de qualquer espécie, inclusive de ordem moral ou estética”.

Mendonça (2009, p. 233) lembra que a transmutação do título executivo se deu porque “há um interesse social de que todos os efeitos do crime sejam apagados, ou ao menos mitigados, especialmente o dano causado à vítima.

Justamente nesse sentido estão as disposições quanto ao dever de indenizar o dano”.

Diante da ausência de qualquer ressalva quanto ao tipo de dano ou prejuízo a ser ressarcido à vítima por força de sentença penal, Lima (2016, p. 320) é enfático ao afirmar que a lei não objetivou restringir a reparação apenas aos danos patrimoniais, pois não se pode perder de vista que um dos objetivos da reforma processual alhures descrita foi exatamente o de resgatar a importância da vítima no processo penal.

Afastando o argumento de que a discussão em torno do dano moral promoveria inadequado alargamento da instrução criminal, o autor acentua que “o artigo 387, IV, do CPP possui, então, o escopo de afastar o longo caminho de liquidação da sentença penal condenatória, anteriormente obrigatório”.

Ora, o raciocínio deve ser o de que o comando legal em apreço concretiza justamente os princípios da celeridade, da economia processual e da razoável duração do processo.

Embora a jurisdição criminal não tenha o objetivo precípuo de aferir e quantificar os danos de ordem extrapatrimonial, e sim a solução da pretensão punitiva, é possível – e mesmo necessário – que o julgador, diante das provas produzidas no processo, fixe valor mínimo para reparação desses danos. Vale dizer que não se está diante de desvirtuamento da instrução processual, a qual recai sobre o fato criminoso narrado na peça acusatória. É que desse fato (se comprovado), o juiz deve extrair a existência do dano à esfera íntima do indivíduo.

Adverte Paulo Rangel:

É claro que em se tratando de dano moral (e também o material), o processo criminal não é a seara adequada para apurar sua efetiva ocorrência, pois não se presta a esse mister. Mas como o art. 387, IV, do CPP estabeleceu essa possibilidade, há que se mudar o perfil das sentenças criminais para moldá-las à nova sistemática, mas sem violar as regras básicas de um processo penal justo: princípio da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, da correlação entre acusação e defesa. (RANGEL, 2015, p. 601).

Outro fundamento importante a rechaçar a tese de inadequação do procedimento penal é de que o dano moral dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, sendo *in re ipsa*.

Não há que se apurar o grau de sofrimento, de dor e de constrangimento

suportados pelo ofendido, e sim uma situação de fato de onde se possa extrair, a partir de um juízo baseado na experiência comum, a ofensa à esfera anímica do indivíduo (ANDRADE, 2010).

O civilista Tartuce (2016, p. 528) explica o dano moral objetivo ou presumido: “não necessita de prova, como nos casos de morte de pessoa da família, lesão estética, lesão a direito fundamental protegido pela Constituição Federal ou uso indevido de imagem para fins lucrativos (Súmula 403 do STJ)”.

A propósito, ensina o autor que o dano moral, em sentido próprio, causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão, ao passo que, em sentido impróprio, constitui qualquer lesão aos direitos da personalidade, como, por exemplo, à liberdade, à opção sexual etc. Já os danos estéticos, subespécie de dano extrapatrimonial, surgem quando alguém sofre feridas, cicatrizes, cortes na pele, lesão ou perda de órgãos, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana (TARTUCE, 2016, p. 545).

Para Cavalieri Filho (2012, p. 97), “se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado”. Diz o autor que o dano moral deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo; provada a ofensa, está demonstrado o dano moral, por presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.

Nessa esteira, não são raras as condutas delituosas que geram as consequências listadas acima. Imagine-se, a título de exemplo, um caso de lesão corporal gravíssima, em virtude de deformidade permanente (crime tipificado no artigo 129, §2º, inciso IV, do Código Penal). Havendo provas nos autos da conduta, do resultado, do nexos causal e da culpa do réu, seria plenamente viável a fixação, pelo juízo criminal, de valor mínimo para reparação dos materiais, morais e estéticos.

Isso sem mencionar inúmeras situações em que a infração penal gera danos extrapatrimoniais evidentes, como nos crimes contra a dignidade sexual e contra a honra.

Pela propriedade com a qual Renato Brasileiro de Lima trata do assunto, compete transcrever sua conclusão:

Portanto, para além dos danos patrimoniais, aí incluídos os danos emergentes (ou positivos) e os lucros cessantes (ou negativos), parece-nos possível a fixação de valor mínimo para reparação dos danos morais e estéticos, mas desde que haja elementos probatórios que permitam a fixação desse valor. (LIMA, 2016, p. 320)

Adiante serão analisados os posicionamentos adotados pela jurisprudência quanto ao específico tema discutido. Porém, ante a pertinência com o argumento relativo à natureza *in re ipsa* do dano extrapatrimonial, oportuno apreciar síntese do entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça:

É cediço na Corte que como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe *in re ipsa*. (REsp 709.877/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.09.2005).

Na mesma linha:

Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa* [...] (AgRg no Ag 1062888/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18.09.2008).

E não se diga que a condenação do réu ao pagamento de um valor indenizatório mínimo prejudicaria o trânsito em julgado da condenação principal.

Com efeito, por um lado a famigerada fixação constitui capítulo autônomo da sentença penal. Se interposto recurso de apelação apenas contra ele, permanecerá possível a expedição de guia para a execução definitiva da pena, referente ao capítulo penal, que transitará em julgado normalmente.

Por outro lado, adverte Andrade (2010) que se o recurso for interposto exclusivamente para atacar o capítulo penal (dominante), não será possível a execução imediata do capítulo civil (dependente), o qual, por ser atingido pelo efeito devolutivo recursal a maior, tem o seu trânsito em julgado obstaculizado.

A propósito, explica Delgado (2009):

Registre-se que a execução da sentença só se dará após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (artigo 475-N, II, do CPC). Considerando agora, que a parte dispositiva da sentença penal condenatória terá dois capítulos distintos, um de natureza penal (em que se impõe a pena privativa de liberdade, inclusive o seu regime, e se for o caso, substituição da pena por restritiva) e outro, civil (em que se fixa o valor mínimo da reparação) é possível que a parte só recorra de parte dela. Se somente a parte civil foi objeto de recurso nada impede que seja emitido a guia de execução da pena. No entanto, se o recurso foi da parte penal não se pode executar a

sentença no juízo cível, pois, a reparação civil só subsistirá em caso de ser mantida a condenação.

Igualmente merece ser afastada a afirmação de que a reparação do dano imaterial, por ter caráter tipicamente indenizatório, estaria adstrita apenas à seara cível.

É que se a fixação do valor mínimo em sentença penal visa antecipar, ao menos em parte, o valor que seria apurado em ulterior liquidação de sentença no juízo cível, na qual toda e qualquer espécie de dano poderia ser objeto de quantificação, não há motivo para se negar ao juiz criminal a possibilidade de quantificá-los (LIMA, 2016, p. 320).

Vale-se novamente dos ensinamentos de Rangel (2015, p. 601), segundo o qual “a previsão de indenização mínima na sentença penal poderá ser tanto por danos material e moral, desde que possíveis de serem identificados pelo juiz criminal, no curso do processo e oriundos do mesmo fato crime”.

Sobre o assunto, é irreparável a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho:

[...] seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 97)

Cediço que o arbitramento do *quantum* indenizatório não é tarefa simples, tendo-se consagrado na doutrina e na jurisprudência que o magistrado deve agir com equidade, analisando: a extensão do dano; as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; as condições psicológicas das partes; e o grau de culpa do agente, do terceiro ou da vítima (TARTUCE, 2016, p. 541).

Mas se a estimativa do dano moral é difícil ao julgador criminal, há de oferecer a mesma dificuldade ao cível.

Repisa-se que o juízo penal deve apenas fixar valor mínimo, o que pode ser feito, com certa segurança, mediante a ponderação das circunstâncias do caso concreto (ANDRADE, 2010).

A propósito, Mendonça (2009, p. 236) é claro ao versar que o fato de o magistrado penal não estar acostumado a fixar danos morais não pode ser fator



para a restrição, “até porque também inexistia a possibilidade de fixação de um dano quantificável e nem por isso se exclui a aplicação do dispositivo em análise”.

Não é demais pontuar que ficará prejudicado o estabelecimento desse valor mínimo por ocasião da sentença penal, caso já tenha havido decisão definitiva pelo juízo cível arbitrando, em ação condenatória de indenização, o montante devido pelo autor da infração penal à vítima.

A fundamentação da possibilidade de fixação de valor correspondente ao dano extrapatrimonial passa, também, pela nomenclatura adotada pela lei, já que há diferenciação entre os objetivos da responsabilidade civil. Conforme Tourinho Filho (2017, p. 272-273), restituição corresponde à devolução da própria coisa; ressarcimento, ao pagamento do seu equivalente em dinheiro; e reparação à satisfação de danos não materiais, “como nos crimes contra a honra”.

Se a lei menciona expressamente o termo “reparação”, é nítida, uma vez mais, a intenção de permitir ao julgador que estabeleça valor mínimo correspondente aos danos imateriais experimentados pela vítima de infração penal.

Ora, excluir a fixação do dano moral seria negar vigência do dispositivo em análise a uma série de delitos que não trazem qualquer violação material, mas sim, predominantemente moral, como nos casos de crimes contra a honra.

Sobre esses, Mendonça (2009, p. 236) indaga e complementa: “por qual motivo não poderia o magistrado, nesta espécie de crimes, fixar o montante, ainda que parcial, da indenização a título de dano moral? Não vemos qualquer razão para a restrição. Ao contrário, esta posição nega vigência ao disposto no art. 387, IV, do CPP”.

Retornando-se ao âmbito jurisprudencial, significativas divergências são observadas. A título comparativo, cumpre trazer recentes julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no sentido de que a fixação de danos morais é descabida na esfera criminal:

Apelação Criminal. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO PRATICADO CONTRA MENOR DE DEZOITO E MAIOR DE QUATORZE ANOS (ART. 213, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENA-TÓRIA. APELOS DEFENSIVO E MINISTERIAL. PEDIDO MINISTERIAL COM BASE NO ART. 387, IV, DO CPP PARA A FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS EM FAVOR DA VÍTIMA. INDEFERIMENTO NA SENTENÇA. PLEITO NÃO ACOLHIDO. CRIME SEXUAL E NÃO PATRIMONIAL. “O art. 387, IV, do Código de Processo Penal engloba tão somente a reparação por prejuízos materiais, competindo ao juízo cível a men-

suração dos danos decorrentes do ilícito. Apelos não providos [...]” (Apelação Criminal n. 0002604-79.2015.8.24.0028, de Içara, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho). PREQUESTIONAMENTO. DEVIDA APRECIACÃO DAS MATÉRIAS VENTILADAS. DESNECESSIDADE. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000408-05.2016.8.24.0028, de Içara, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 18-07-2017).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME CONTRA A VIDA. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E POR RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA (ART. 121, §2º, IV, DO CP, POR DUAS VEZES E ART. 121, §2º, I E IV, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO REU. DANO MORAL. PLEITO DE AFASTAMENTO. ACOHLIMENTO. PEDIDO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DENÚNCIA QUE NÃO APRESENTOU A DESCRIÇÃO FÁTICA DO DANO SUPORTADO PELA VÍTIMA NEM INDICOU O QUANTUM MÍNIMO A SER INDENIZADO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA. PARTES QUE NÃO FORAM INTIMADAS PARA INDICAR AS PROVAS QUE PRETENDEM PRODUZIR. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ADEMAIS, IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE DANO MORAL POR MEIO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ART. 387, IV, DO CPP. MATÉRIA AFETA À ESFERA CÍVEL. PRECEDENTES DA CÂMARA. FIXAÇÃO INDEVIDA. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000143-46.2017.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. 07-12-2017).

A par dos acórdãos acima, oriundos da Terceira e Quarta Câmaras Criminais do Tribunal Catarinense, interessante apontar que a Segunda Câmara Criminal também se inclinava à tese, decidindo por reiteradas oportunidades o descabimento de fixação de danos morais pelo juízo criminal (exemplos: Apelações Criminais 0003768-59.2015.8.24.0067, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Salete Silva Sommariva, j. 24.1.17; 0000003-96.2016.8.24.0018, Rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 8.11.16; e 0091220-64.2014.8.24.0028, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 5.4.16).

Contudo, atendendo à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que será adiante pormenorizada, referida Câmara alterou sua orientação, firmando entendimento no sentido de ser possível a fixação, pela Autoridade Judiciária prolatora de sentença penal condenatória, de valor mínimo, com o objetivo de compensar dano moral sofrido pela vítima em decorrência de infração penal. Ressaltam-se estes julgados:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ACUSADO CONDENADO POR HOMICÍDIO QUADRUPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, INCS. II, III, IV E VI). RECURSO DEFENSÓRIO. [...] 2. FIXAÇÃO DE DANO MORAL. AÇÃO

PENAL. POSSIBILIDADE. VALOR MÍNIMO. QUANTUM REDUZIDO. [...] 2. “Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo” (STJ, REsp 1585684, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Maria Thereza de Assis Moura, j. 9.8.16). [...] RECURSO CONHECIDO, PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR O QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO E, DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA IMPOSTA AO ACUSADO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0003975-58.2015.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, julgado em 11.04.2017).

APELAÇÃO CRIMINAL - DELITOS DE ESTUPRO (DUAS VEZES), ROUBO CIRCUNSTANCIADO CONSUMADO E TENTADO E FURTO QUALIFICADO (CP, ARTS. 213, 157, § 2º, I, 157, § 2º, I, C/C 14, II E 155, § 4º, I) - SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. [...] REPARAÇÃO DE DANOS (CPP, ART. 387, IV) - PLEITO DE AFASTAMENTO DA VERBA INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL - IMPOSSIBILIDADE - PRESENÇA DE ELEMENTOS PARA O ARBITRAMENTO NA SEARA PENAL. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000282-30.2017.8.24.0024, de Fraiburgo, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, julgado em 16.01.2018).

No último, inclusive, firmou o Excelentíssimo Desembargador Relator que “é chegado o momento de acolher e implementar a interpretação da lei federal em todo o Brasil empreendida pelo Superior Tribunal de Justiça”.

De igual modo, a Terceira Câmara da Corte Estadual modificou seu entendimento, a fim de reconhecer a possibilidade de estabelecimento de danos morais na seara criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO (ART. 157, §3º, IN FINE, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. SUSTENTADA A INEXISTÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. NÃO ACOLHIMENTO. [...] REQUERIDA A REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA EM SENTENÇA PARA FINS DE REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS EXPERIMENTADOS PELOS HERDEIROS DA VÍTIMA (ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DENÚNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA OPORTUNIZADOS AO LONGO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DE SER ESTABELECIDO INDENIZAÇÃO MÍNIMA NÃO SOMENTE PELOS DANOS MATERIAIS, MAS TAMBÉM PELOS MORAIS SOFRIDOS. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL. ADEMAIS, MONTANTE INDENIZATÓRIO MÍNIMO CUJA FIXAÇÃO RESTOU DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E, INCLUSIVE, ENCONTRA-SE ABAIXO DOS PARÂMETROS UTILIZADOS POR ESTE TRIBUNAL EM HIPÓTESES EM QUE HÁ MORTE DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE PATAMARES PRÉ-FIXADOS OU DE PREVISÃO LEGISLATIVA. DANO IN RE IPSA.

#### SENTENÇA CONSERVADA.

Nos termos do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, existente pedido expresso formulado pelo Ministério Público para a reparação dos prejuízos causados pela infração penal e reconhecido pela sentença o nexo de causalidade entre a conduta delituosa e os eventos danosos dolosamente gerados, é possível a fixação de valor mínimo por danos morais oriundos do próprio fato criminoso (danos in re ipsa), que, portanto, prescindem de comprovação, visto que, assim, encontram-se respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000115-06.2015.8.24.0049, de Pinhalzinho, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, julgado em 26.09.2017).

Embora não caiba análise detalhada das posições adotadas em cada um dos Tribunais de Justiça do país, merece destaque o seguinte julgado, proferido no âmbito do TJDFT:

A fixação de um valor pecuniário mínimo para reparação dos danos morais causados pela violência doméstica, mais do que resgatar os prejuízos e sofrimentos ocasionados pelo delito à ofendida, atende diretamente aos anseios de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil, servindo de desestímulo à perpetração desta violação aos direitos humanos. Deixar de se fixar um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, nestes casos, é premiar o agressor doméstico e, em última análise, fomentar a cultura do ideologismo patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder (Apelação Criminal n. 20120610103217 (0010029-08.2012.8.07.0006), Rel. Des. Romão C. Oliveira, julgado em 16.7.2015).

Como dito, prevalece no Superior Tribunal de Justiça que o valor mínimo a ser fixado na sentença penal engloba os danos morais experimentados pelo ofendido. Vejamos julgado da Sexta Turma:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO CIVIL DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL. ART. 387, IV, DO CPP. ABRANGÊNCIA. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo. 2. No caso concreto, a magistrada de primeiro grau entendeu demonstrado a existência do dano moral, fixando um valor mínimo de indenização. 3. Agravo regimental improvido. (AgInt no REsp 1.641.257/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07.02.2017, DJe 15.02.2017).

A Quinta Turma não diverge:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS SOFRIDOS PELA VÍTIMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A reparação civil dos danos sofridos pela vítima do fato criminoso, prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve ser deferida sempre que requerida e inclui também os danos de natureza moral. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.622.851, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15.12.16, DJe 10.02.2017).

E no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial 1.572.299, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 21/2/17, o Superior Tribunal de Justiça reiterou o cabimento de danos morais à vítima no processo penal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 302, CAPUT, DO CTB. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. VEÍCULO QUE PASSARIA POR MANUTENÇÕES PERIÓDICAS. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ART. 387, IV, DO CPP. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO. PEDIDO FORMULADO NA DENÚNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OFENSA. INEXISTÊNCIA. MORTE DE INTEGRANTE DO NÚCLEO FAMILIAR. PRESUNÇÃO. PENA PECUNIÁRIA E INDENIZAÇÃO. CAPACIDADE ECONÔMICA DO RECORRENTE. NÃO-OBSERVÂNCIA. CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TEMA DE NATUREZA FÁTICA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. [...] 4. O acórdão recorrido consignou que a peça inaugural apresentou o pedido de indenização, de modo que o réu teve a oportunidade de se insurgir no momento oportuno, inexistindo ofensa ao contraditório e à ampla defesa no deferimento da indenização por danos morais. 5. Esta Corte Superior tem admitido que o Juiz, com espeque no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, estabeleça a reparação por danos morais, quando entender haver elementos suficientes para o seu arbitramento. 6. O dano moral em razão do óbito de integrante do núcleo familiar é presumido, não havendo necessidade de prova da sua ocorrência. [...] 9. Agravo regimental improvido.

Recentemente, em acórdão do Recurso Especial n. 1.675.874/MS, publicado em 8 de março de 2018, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgando Recursos Especiais Repetitivos (Tema 983), firmou a seguinte tese:

Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

No mesmo sentido foi editado o enunciado n. 16 do 1º Fórum Nacional dos Juízes Federais Criminais (FONACRIM), a saber: “O valor mínimo para reparação dos danos causados pelo crime pode abranger danos morais” (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL, 2018, p. 3).

Logo, a interpretação mais coerente do comando legal inserto no inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal é no sentido de admitir que o julgador, na sentença penal condenatória, estabeleça ao acusado valor mínimo para reparação inclusive dos danos extrapatrimoniais sofridos pelo ofendido.

Nos dizeres de Tourinho Filho (2017, p. 269), o Código de Processo Penal traçou normas a fim de que a reparação do dano advindo da infração penal não fosse uma “promessa vã e platônica da lei”.

Por derradeiro, cumpre salientar que o anteprojeto do Código de Processo Penal contempla, em seu artigo 79, a possibilidade da “recomposição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e nos limites da imputação penal”, a partir de pedido expresso da vítima, que tem seus direitos descritos nos artigos 88 a 90.

E versa o mesmo diploma que “a reparação dos danos morais arbitrada na sentença penal condenatória deverá ser considerada no juízo cível, quando da fixação do valor total da indenização devida pelos danos causados pelo ilícito” (BRASIL, 2009, p. 45).

#### 4 CONCLUSÃO

É certo que a condenação criminal gera o efeito de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Desde a edição da Lei 11.719, em 2008, não é obrigatório que a vítima ingresse com ação autônoma na esfera cível para obter a liquidação do dano experimentado. Alterou-se o disposto no inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal, a fim de possibilitar ao juízo penal a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, considerados os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Diz-se que antes disso a sentença penal condenatória irrecorrível era um título executório incompleto, porque embora tornasse certa a exigibilidade do crédito, dependia de liquidação para apurar o *quantum* devido.

Embora, no Brasil, não se tenha aderido ao sistema de unidade entre os

juízos cível e penal, essa evolução legislativa representa o reconhecimento da natureza cível da verba mínima para a condenação criminal.

Apesar do período de vigência do dispositivo, ainda se afiguram minoria os casos penais em que tal valor mínimo é fixado em sentença condenatória. E mais raros ainda são os que o julgador estabelece montante mínimo para reparação a título de danos extrapatrimoniais.

À vista das divergências doutrinárias e jurisprudenciais em relação à reparabilidade do dano pela esfera criminal e, principalmente, à natureza dos danos a que faz referência a lei, defende-se que o julgador pode – e mesmo deve – fixar valor mínimo para o réu indenizar a vítima quanto aos danos imateriais.

É que o instituto foi editado com o objetivo de assegurar uma maior efetividade à justiça criminal, tornando mais célere a reparação dos prejuízos de toda sorte experimentados pelo ofendido por infração penal.

Ora, é necessário que o processo penal brasileiro, ao invés de privilegiar apenas direitos dos infratores, volte seus olhos à vítima, frequentemente deixada em segundo plano, mesmo tendo sofrido violação à dignidade, dor, vexame, humilhação, com consequências gravíssimas e, mesmo, irreparáveis.

Não há desvirtuamento da instrução criminal que se dirige ao fato criminoso descrito na peça acusatória. Simplesmente, sendo comprovado o fato, o julgador deve extrair a existência do dano à esfera íntima do indivíduo lesionado.

Com efeito, o dano moral dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, constituindo-se *in re ipsa*, não cabendo comprovação do sofrimento vivido pela vítima. E esse é o principal fundamento para o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça e majoritário no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Importante relembrar, aqui, que a previsão em comento não prejudica o trânsito em julgado da condenação principal, pois a fixação do valor mínimo é capítulo autônomo da sentença penal.

Há que se superar o argumento de que a reparação do dano imaterial estaria adstrita apenas à seara cível. Embora a definição do quantum não seja tarefa simples, o juízo criminal estabelecerá apenas valor mínimo, e, para tanto, se utilizará também da equidade, verificando: a extensão do dano; as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; as condições psicológicas das partes; e o grau de culpa do agente, do terceiro ou da vítima.

Ademais, se a lei dispõe claramente “reparação” (e não ressarcimento ou indenização), é nítido o escopo de permitir ao julgador que fixe valor mínimo correspondente aos danos extrapatrimoniais.

Por fim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está se sedimentando no sentido de permitir a estipulação aqui defendida. Recentemente, inclusive, editou tese em julgamento de Recursos Especiais Repetitivos (Tema 983) no sentido de que é possível a fixação de valor mínimo para reparação dos danos morais, independentemente de instrução probatória, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, deve prevalecer a hipótese interpretativa, segundo a qual o juiz de direito, por ocasião da sentença penal condenatória, diante da análise do caso, está autorizado a fixar valor mínimo para reparação de todos os danos causados pela infração penal, inclusive os de natureza extrapatrimonial.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Danilo Ferreira. Considerações sobre a fixação do valor indenizatório mínimo pelo juízo penal (art. 387, IV, do CPP). **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 83, dez. 2010. Disponível em: [http://www.ambito\\_juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8685](http://www.ambito_juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8685). Acesso em 4 fev. 2018.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. Fórum Nacional de Juízes Federais [I ao VI]. **Enunciados e Recomendações**. Disponível em: <https://www.ajufe.org/images/compilados/enunciados/FONACRIM-enunciados.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 fev. 2018.



BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503.htm). Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 3 fev. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do código de processo penal. **Anteprojeto de reforma do código de processo penal**. Brasília: Senado federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2009. 160 p. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10>. Acesso em: 4 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.572-299**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1572299&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1572299&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true) >. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.641.257**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOU->

[RA%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20170207+e+%40DTDE+%3C%3D+20170207&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=8](#) >. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1062888/SP**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 20 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=agravo+regimental+1062888&b=ACOR&p=true&l=10&i=43>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.622.851**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1622851&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1622851&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 709.877/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=recurso+especial+709877&b=ACOR&p=true&l=10&i=14>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.675.874/MS**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 8 de março de 2018. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201701403043&dt\\_publicacao=08/03/2018](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701403043&dt_publicacao=08/03/2018)>. Acesso em: 13 mar. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal. Reflexões sobre a Lei n. 11.719/2008. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 46, 2009. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54512/efeitos\\_civis\\_processuais\\_camara.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54512/efeitos_civis_processuais_camara.pdf)> Acesso em: 12 fev. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Yordan Moreira. Aspectos controvertidos sobre o valor mínimo fixado na sentença penal. **Consultor Jurídico**, 4 de julho de 2009. Disponível em

<http://www.conjur.com.br/2009-jul-04/aspectos-controvertidos-valor-minimo-fixado-sentenca-penal> Acesso em: 18 fev. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 20120610103217 (0010029-08.2012.8.07.0006)**. Relator: Desembargador Romão C. Oliveira. Brasília, DF, 16 de julho de 2015. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 25 fev. 2018.

HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2.150, maio 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12877> Acesso em: 19 fev. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 9. ed. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0091220-64.2014.8.24.0028**. Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini. Florianópolis, SC, 5 de abril de 2016. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAABKppAAD&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAABKppAAD&categoria=acordao_5) >. Acesso em: 24 fev. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0000003-96.2016.8.24.0018**. Relator: Desembargador Sérgio Rizelo. Florianópolis, SC, 8 de novembro de 2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurispruden>

[cia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAIOM1AAO&categoria=acordao\\_5](#) >. Acesso em: 24 fev. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0003768-59.2015.8.24.0067**. Relatora: Desembargadora Salete Silva Sommariva. Florianópolis, SC, 24 de janeiro de 2017. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAJfiaAS&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAJfiaAS&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0003975-58.2015.8.24.0067**. Relator: Desembargador Sérgio Rizelo. Florianópolis, SC, 11 de abril de 2017. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAPByiAAT&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAPByiAAT&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0000408-05.2016.8.24.0028**. Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann. Florianópolis, SC, 18 de julho de 2017. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAACe/pAAJ&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAACe/pAAJ&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 23 fev. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n.0000115-06.2015.8.24.0049**. Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida. Florianópolis, SC, 26 de setembro de 2017. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAA-EMpdAAP&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAA-EMpdAAP&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 23 fev. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0000143-46.2017.8.24.0067**. Relator: Desembargador José Everaldo Silva. Florianópolis, SC, 7 de dezembro de 2017. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAGa8xAAS&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAGa8xAAS&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0000282-30.2017.8.24.0024**. Relator: Desembargador Getúlio Corrêa. Florianópolis, SC, 16 de janeiro de 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAHU5/AAO&cate](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAHU5/AAO&cate)

[goria=acordao\\_5 >](#). Acesso em: 24 fev. 2018.

SANTOS, Leandro Galluzzi dos. Procedimentos – Lei 11.719, de 20.06.2008. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas no processo penal**. São Paulo: RT, 2008. p. 300-301.

SCHMITT, Ricardo. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

# O ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA E O LIMITE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

PLEA BARGAINING AND THE LIMITS OF ACTION OF THE  
JUDICIARY POWER

**Felipe Brüggemann**

*Especialista na Carreira do Ministério Público  
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo verificar a concepção do instituto da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, realizando um apanhado da evolução legislativa até o momento atual. No decorrer do trabalho, busca-se dirimir algumas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em especial, quanto ao limite de atuação do juiz na homologação e na análise do acordo de delação.

**Palavras-chave:** Delação Premiada. Acordo de Delação. Ministério Público. Formação de acordo. Limites na atuação do magistrado.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to verify the concept of plea bargaining in the Brazilian legal system, conducting an overview of the legislative evolution until the present moment. The paper seeks to resolve some doctrinal and jurisprudential discussions, especially regarding the limits of the judge's performance in ratifying and analyzing the plea agreement.

**Keywords:** Plea bargaining. Plea agreement. Formation of agreement. Limits on judge's performance.

Enviado em: 13-07-2018

Aceito em: 19-09-2018

## 1 INTRODUÇÃO

O combate à criminalidade organizada é um dos grandes desafios da sociedade moderna, isso porque o sistema penal brasileiro foi moldado na criminalidade tradicional, com lesão e agente individualizados, o que dificulta o enfrentamento do crime associativo contemporâneo.

Os mecanismos de persecução penal tiveram, então, que iniciar um confronto a partir de técnicas especiais de investigação e inteligência adequadas a combater a nova criminalidade.

Nesse ponto é que surge o instituto da delação premiada, uma forma de direito penal negocial que privilegia o criminoso arrependido, desde que seu auxílio seja eficaz no desmantelamento do grupo criminoso.

É com ênfase nesse instituto que será desenvolvido o presente artigo, traçando uma breve análise de sua evolução legislativa até sua regência atual.

Buscar-se-á, portanto, analisar a formação do acordo de delação premiada, iniciando pelas tratativas exordiais até a formação e homologação do acordo, com foco no limite de atuação do Poder Judiciário nessa nova técnica de produção de provas.

## 2 O ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA E SUA INSERÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

### 2.1 BREVE CONCEITUAÇÃO

A delação premiada (também denominada de “colaboração premiada”, “negociação premial”, “cooperação premiada”, “confissão delatária”, “chamamento de corrêu” etc.)<sup>1</sup> foi inserida no ordenamento jurídico para instrumentalizar o chamado “direito penal premial”, tratando-se de um importante meio de obtenção de prova, definido pelo Supremo Tribunal Federal como “um instrumento útil, eficaz, internacionalmente reconhecido, utilizado em países civilizados”. (BRASIL, 2008).

Acerca da conceituação do citado meio de provas, Fonseca (2017, p. 86), define-o como:

<sup>1</sup> Impende destacar que a doutrina diverge sobre a denominação deste instituto. Alguns entendem que delação premiada é sinônimo de colaboração premiada, enquanto outros alegam que delação premiada é uma espécie de colaboração premiada. No entanto, no presente estudo utilizar-se-á as expressões como sinônimas.

A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação que estimula a contribuição feita por um coautor ou partícipe de crime em relação aos demais, mediante o benefício, em regra, de imunidade ou garantia de redução da pena. Esse tipo de colaboração é por demais importante na investigação de algumas espécies de crimes, como os praticados por organizações criminosas, lavagem de dinheiro e corrupção, sempre cometidos sob pacto de silêncio (*omertà*).

Ou seja, trata-se de um modo diferenciado de investigação por meio do qual o acusado (coautor ou partícipe) confessa seu envolvimento na conduta delituosa, municia os órgãos de repressão ao crime com informação objetivamente eficaz para a consecução de, ao menos, um dos objetivos previstos em lei, recebendo, por sua vez, determinado prêmio legal.

É importante reforçar que eleger a delação premiada como um meio de obtenção de prova aparenta ser o melhor ajuste com os fins a que ela se destina: um instrumento de repressão à criminalidade organizada. E, assim como um meio de obtenção de prova, ela também pode ser visualizada como uma forma de ampliar a defesa do acusado, harmonizando-se perfeitamente com o princípio constitucional da ampla defesa.

Vale destacar que a justiça negocial se baseia na barganha de interesses entre o órgão de persecução penal e o acusado, até encontrarem um ponto em comum, que consistirá no acordo escrito de colaboração.

O presente método surgiu da necessidade prática no combate ao crime organizado e possui grande aceitação nos países que são referência na investigação criminal. No direito penal americano, por exemplo, por se tratar de um país regido pela *commow law*, habitualmente se vale das práticas negociais para a resolução de seus conflitos.

Contudo, foram as regras do direito processual italiano<sup>2</sup> que mais inspiraram a inserção da delação premiada no Brasil, pois se trata de um país regido pelos princípios do sistema *civil law*.

A partir desse cenário é que foi introduzido o instituto da delação premiada no Brasil, possuindo como a primeira referência legislativa a Lei n. 8.072/90, popularmente conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, e concluído com a Lei n. 12.850/13, conhecida como Lei das Organizações Criminosas.

<sup>2</sup> O instituto da delação premiada no direito processual penal italiano apresentou uma grande evolução diante da necessidade prática em combater as organizações criminosas, em especial a Cosa Nostra, que assassinou cruelmente o Procuratore Della Repubblica Giovanni Falcone e gerou a deflagração da Operação Mãos Limpas.



## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

O moderno Direito Penal brasileiro sempre estimulou e apresentou benefícios ao acusado confesso e arrependido, como, por exemplo, a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do Código Penal), a desistência voluntária, o arrependimento eficaz (art. 15 do Código Penal) e o arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal).

No entanto, com o aumento e o fomento da criminalidade perpetrada pelas organizações criminosas, o sistema penal e processual penal pátrio viu-se instigado a incrementar sua estratégia de combate, criando leis mais eficazes contra a repressão, em plena harmonia com os países mais evoluídos no assunto.

O início dessa evolução legislativa foi marcado pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), que criou a figura da delação premiada e acrescentou o § 4º no artigo 159 do Código Penal.

Na Lei n. 8.072/90, a previsão veio expressa no art. 8º, parágrafo único, o qual aduz que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços”.

Por sua vez, o § 4º do art. 159 do Código Penal dispunha que “se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Posteriormente, o dispositivo supracitado foi alterado, ampliando sua aplicação ao crime cometido em concurso de agentes, e não somente àqueles praticados por quadrilha ou bando, passando a contar com a seguinte redação: “se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Seguindo a sistemática utilizada antes da alteração do § 4º do art. 159 do Código Penal, para que o benefício da delação premiada incida sobre a causa é indispensável que as informações prestadas pelo colaborador facilitem a libertação do sequestrado com sua integridade física preservada.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça determinou que a colaboração premiada prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pela testemunha da

coroa (*crownwitness*) foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima. (BRASIL, 2004).

Por sua vez, a Lei n. 9.034/95, revogada pela Lei n. 12.850/13, destinava-se a regulamentar os meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, que, em seu art. 6º, previa que, “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

Em continuidade à ordem cronológica das normas legislativas, foi publicada a Lei n. 9.080/95, que estabeleceu nova redação para a Lei n. 7.492/86 (Crime contra o Sistema Financeiro) e para a Lei n. 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo).

A Lei n. 7.492/86, em seu art. 25, § 2º, passou a contar que, “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) ”.

A Lei n. 8.137/90, em seu art. 16, parágrafo único, por seu turno, passou a dispor que, nos crimes nela previstos, “cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”.

Em seguida, entrou em vigência a Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98) que, posteriormente, foi alterada pela Lei n. 12.683/12. Com a nova previsão legal, o art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/98 passou a dispor que:

A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (BRASIL, 1998).

No ano seguinte, foi publicada a Lei de Proteção às Testemunhas e Vítimas de Crimes (Lei n. 9.807/99), que trouxe, em sua essência, uma valiosa novidade para a delação premiada, qual seja, a possibilidade de ser aplicada a qualquer delito.

No que tange ao assunto, a Lei n. 9.807/99 dispôs:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1999).

Vale destacar que, mesmo o art. 13 da Lei prevendo a aplicação do benefício apenas ao acusado, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram que a delação premiada também é aplicável ao indiciado.

Ato contínuo, foi publicada a Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas), trazendo, em seu texto, novas possibilidades de combate ao crime organizado, com variados meios de investigação e, também, a possibilidade da delação premiada. Ocorre que tais instrumentos estão limitados aos crimes previstos na Lei de Drogas.

Em seu artigo 41, a referida Lei previu que:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços. (BRASIL, 2006).

A doutrina majoritária tem considerado que não obstante a existência da partícula “e” no art. 41 da Lei n. 11.343/06, prevalece o entendimento de que não é indispensável a identificação dos demais concorrentes e também a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Aos olhos da doutrina, dentro das possibilidades do colaborador, basta que resulte uma das duas possibilidades: identificação dos demais concorrentes ou recuperação total ou parcial do produto do crime.

Evidentemente que, caso o colaborador tenha conhecimento de ambas as circunstâncias e indique apenas uma delas, não poderá ser beneficiado pelo prêmio legal constante do art. 41 da Lei n. 11.343/06.

Por óbvio, se o colaborador tiver conhecimento apenas da localização do produto do crime, sendo incapaz de identificar os demais integrantes da organização criminosa – de se lembrar que uma das características das organizações criminosas é a divisão hierárquica, de modo que um agente costuma conhecer apenas aqueles que atuam no mesmo ramo de atribuições –, não há por que se negar a concessão do benefício, cujo *quantum* de diminuição de pena deve ser sopesado de acordo com o grau de sua colaboração. (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 190-191).

Diante da sucinta evolução histórica da delação premiada no Brasil, verifica-se que os conceitos e as inovações procedimentais relacionadas à delação permearam diversas leis, sempre buscando se adaptarem ao tema referência da norma.

Nota-se que o avanço legislativo não parou, pelo contrário, no dia 2 de agosto de 2013, foi publicada a Lei n. 12.850/13 (define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal), a qual alterou dispositivos do Código Penal, revogou a Lei n. 9.034/95 e, principalmente, trouxe uma série de inovações referentes à delação premiada, em especial, à conceituação de organização criminosa, à forma do acordo de delação, à legitimidade para a proposta, ao conteúdo do acordo e à necessidade de homologação judicial, além de uma série de outros instrumentos.

### 2.3 A REGÊNCIA ATUAL DA DELAÇÃO PREMIADA

Nesse emaranhado de leis regulamentando a delação premiada com particularidades diversas, surgiu a Lei n. 12.850/13, que definiu ser a colaboração premiada um instrumento de obtenção de provas<sup>3</sup> e regulamentou a celebração do acordo nos crimes de organização criminosa.

Esse também foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no Acórdão do Habeas Corpus n. 127.483/PR. Em seu voto, o Relator Ministro Dias

<sup>3</sup> Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízos de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova:

<sup>1</sup> – colaboração premiada

[...]

Toffoli asseverou que:

A colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3º, I, da Lei n. 12.850/13), é um meio de obtenção de prova, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiros, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal). (BRASIL, 2015).

De início, por se tratar de uma norma disposta a combater o crime organizado, discutiu-se sobre a aplicação da nova regra aos demais crimes não abrangidos diretamente pela Lei, ou seja, seus benefícios (por exemplo, a delação premiada) servem apenas para o crime de organização criminosa ou podem ser aplicados aos crimes conexos.

Surgiram teorias antagônicas, porém, ganhou força aquela defendida por Masson e Marçal (2017, p.140-141):

[...] mesmo para os crimes que contam com regramento específico acerca do assunto (v.g., extorsão mediante sequestro, tráfico de drogas), conforme esboçado no quadro comparativo acima, não há fundamento razoável para se lhes negar a concessão dos benefícios previstos pela Lei n.º 12.850/13, sob pena de esvaziamento da eficácia da colaboração premiada, Ora, se o agente souber que eventual prêmio legal ficará restrito ao crime de organização criminosa, dificilmente terá interesse em celebrar o acordo de colaboração premiada. Essa mesma discussão já havia se instalado com o advento da Lei n.º 9.807/99. Por não ter seu âmbito de aplicação restrito a determinado(s) delito(s), muito se discutiu quanto à incidência dos benefícios constantes dos arts. 13 e 14. Acabou prevalecendo a orientação de que referida Lei seria aplicável inclusive para crimes que contassem com um regramento específico sobre colaboração premiada (v.g., tráfico de drogas).

Dirimida a mencionada celeuma, infere-se que o benefício da delação premiada pode ser aplicado não só ao crime de organização criminosa, mas a todos que lhe são conexos.

A respeito do novo regramento trazido pela Lei n. 12.850/13 à delação premiada, ficou a cargo de os artigos 4º ao 7º da mencionada Lei estabelecerem os benefícios e as obrigações dos colaboradores, os requisitos mínimos para a formulação do acordo, os legitimados para pleitear o ato e sua instrumentalidade e a participação do juiz nas negociações e na celebração do acordo.

Por oportuno, frisa-se que as demais legislações que preveem a possibilidade de acordo de delação premiada continuam a vigorar nas matérias que lhes

são afetadas, restando a Lei n. 12.850/13 para os crimes de organização criminosa e os conexos a eles.<sup>4</sup>

### 3 A FORMAÇÃO DO ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA E O LIMITE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Como já mencionado, diversas são as leis que regulamentam a delação premiada, entretanto, diante da amplitude de atuação e da riqueza de instrumentos, a Lei n. 12.850/13 passou a ser a referência no que concerne à matéria, inclusive, alguns doutrinadores a tratam como “lei geral procedimental”<sup>5</sup>, afinal, a formalização adequada do acordo de colaboração premiada e a sua homologação judicial hão de conferir mais segurança jurídica às partes e transparência ao jurisdicionado.

#### 3.1 TRATATIVAS PRÉVIAS

A justiça penal negocial não é uma tradição no direito brasileiro, que sempre buscou a via tradicional para a resilição de suas demandas, mas o incremento das organizações criminosas e a complexidade dos delitos hodiernamente perpetrados, levaram à evolução dos métodos de combate à criminalidade.

Nesse contexto é que surge a oportunidade de ser celebrado um acordo de delação premiada, ocasião em que o Ministério Público e o colaborador (sempre acompanhado de seu defensor) irão negociar sobre o que cada parte tem a oferecer. Percebendo que a colaboração com as autoridades públicas é uma boa estratégia, o advogado e seu cliente deverão buscar o membro do Ministério Público e apresentar o desejo de formar um acordo.

O Ministério Público, por seu lado, não possui qualquer obrigação de aceitar o acordo, porquanto não há que se falar em direito subjetivo do investigado nesse caso. Efetivamente, cabe ao membro do Órgão de Execução, o juízo de oportunidade e conveniência.

<sup>4</sup> Nesse sentido: Cabette e Nahur (2014, p. 182), diversamente, apesar de reconhecerem que, à exceção da Lei 9.034/1995, as demais normas que preveem o instituto continuam vigentes, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato asseveram: “como este diploma legal [Lei n. 12.850/2013] define organização criminosa e disciplina integralmente esse instituto, parece-nos legítimo sustentar que a Lei n. 12.850/13 revogou a delação ou colaboração premiada para todas as outras hipóteses em que as infrações penais não tenham sido praticadas por organização criminosa”. (BITENCOURT, 2014. p. 121-122).

<sup>5</sup> Comungando desse entendimento: “no que diz respeito à forma, a Lei n. 12.850/2013 [...] foi a primeira (e ainda única) a prevê-la. Entendemos, por isso, que independentemente dos requisitos e dos benefícios [...], o procedimento para se aplicar a colaboração sempre será o da Lei 12.850/2013[...]”. (ZANELLA, 2016. p. 171).

Fonseca (2017, p. 110) destaca que:

Não custa reforçar que o uso de um criminoso como testemunha, na expressão utilizada por Stephen Trott, deve ser excepcional, somente devendo ser uma opção para o Ministério Público se, segundo sua avaliação mais cuidadosa, esse movimento signifique um avanço em sua habilidade de vencer o caso. No Brasil, dir-se-ia, mais que vencer o caso, importante é analisar se a utilização da colaboração premiada amplia o espectro probatório, aumentando a possibilidade de descobrir a verdade real em toda a sua dimensão. Como diz, mais à frente, o próprio Stephen Trott, “o objetivo é obter a verdade e não pegar o suspeito”.

Entendendo o Ministério Público que a formalização de um acordo pode ser valiosa à investigação, iniciarão as conversações e reuniões, quantas forem necessárias, para estabelecer as cláusulas do acordo final. Antes do início das negociações, faz-se necessário firmar um “termo de confidencialidade”, como forma de assegurar que as informações utilizadas nas tratativas prévias não serão utilizadas por nenhuma das partes antes da homologação judicial do acordo.

### 3.2 MOMENTO DO ACORDO

A legislação não determina um momento específico para o acordo de delação premiada, razão pela qual pode ser negociado pelas partes desde o início das investigações até a fase de execução penal.

Nesse ponto, o art. 3º, I, e o art. 4, §§ 2º e 5º, todos da Lei n. 12.850/13, determinam que:

Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízos de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova:

I – colaboração premiada

[...]

Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o [art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo](#)

Penal).

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Assim, diante da clareza dos dispositivos legais e da sua perfeita integração às necessidades do processo penal, não surgiram significativas discussões doutrinárias ou jurisprudências no que toca ao momento do acordo.

Nesse sentido, Silva Júnior (2015, p. 537-538) leciona que:

A colaboração premiada pode ser antes ou durante o processo. A primeira se dá na fase da investigação policial, antes de recebida a denúncia contra o acusado. A segunda, naturalmente, após o ajuizamento da ação penal e, até mesmo, após prolatada a sentença condenatória.

Por oportuno, vale lembrar que o acordo de delação, formalizado durante a fase indiciária ou mesmo no decorrer da ação penal, será homologado pelo juiz que acompanhar a instrução criminal e for competente para julgar o mérito da demanda. Nessa lógica, sendo o acordo de delação firmado na fase de execução da sentença, será competente o juízo da execução penal.

### 3.3 FORMA DO ACORDO

O termo de acordo de delação premiada deverá ser escrito e conter alguns requisitos obrigatórios para a convalidação da negociação. O art. 6º da Lei n. 12.850/13 apresenta, de forma pormenorizada, tais requisitos:

Art. 6º. O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

É importante que o acordo seja redigido de forma muito clara, com cláusulas determinadas e sem qualquer obscuridade, garantindo ao Ministério Público e à defesa a possibilidade de exigir seu cumprimento, longe de todo tipo de embargos.



### 3.4 LEGITIMIDADE

O acordo de delação premiada poderá ser negociado entre o investigado ou acusado (sempre assistido pelo seu defensor) com o Ministério Público ou, até mesmo, com a autoridade policial. Esta é a disposição legal:

Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o [art. 28 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#).

[...]

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

[...]

Com efeito, a possibilidade de acordo entre o indiciado e a autoridade policial somente poderá ser cogitada no decorrer da fase investigativa, jamais durante a instrução criminal ou execução penal. E, mesmo assim, eventual acordo deverá ser levado à avaliação do Ministério Público, porquanto é titular da ação penal.

Discute-se a constitucionalidade das referidas normas no que concerne à possibilidade de acordo firmado pela autoridade policial. Tal questão, inclusive, levou o Procurador-Geral da República a ingressar com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 5508), que está pendente de análise.

Todavia, indiferentemente do resultado da ADI 5508, parece possível resolver a questão com uma interpretação dos artigos da Lei n. 12.850/13, conforme a Constituição Federal, permitindo a autoridade policial as tratativas prévias com o indiciado, condicionando, porém, as negociações do termo de acordo com

o crivo do Ministério Público, que detém a função exclusiva de titular da ação penal pública, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal.

A esse respeito, Santos (2016, p. 124) leciona que “o delegado, por sua vez, intervém como intermediário do acordo, pois os pactuantes são, na realidade, o imputado e o *Parquet*, na qualidade de titular da ação penal pública (art. 129, I, da CRFB/88) ”.

No caso de as negociações serem conduzidas pelo Ministério Público, essas poderão ocorrer em qualquer fase (indiciária, processual ou de execução penal), não fazendo a Lei qualquer ressalva nesse ponto.

### 3.5 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA

Encerradas as tratativas iniciais e assinado o Termo de Confidencialidade, estando as partes satisfeitas com as obrigações e direitos advindos do negócio, será assinado o Termo de Colaboração Premiada e peticionado para homologação judicial, de acordo com as normas de competência previstas na Constituição Federal e na legislação processual penal.

O peticionamento ficará a cargo do membro do Ministério Público, que apresentará ao magistrado um resumo do acordo de colaboração com informações detalhadas do caso, sem identificar o colaborador.

É o que dispõe o art. 7º, § 1º, da Lei n. 12.850/13:

Art. 7º. O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.  
(BRASIL, 2013).

O resumo detalhado do acordo é necessário, pois, conforme se depreende do art. 4º, § 6º, da Lei n. 12.850/13, “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração”.

Desse modo, recebido o acordo de delação premiada, caberá ao magistrado analisar a legalidade e a voluntariedade do colaborador, sem qualquer interferência no mérito do acordo pactuado, afinal, sua atuação é limitada às formalidades legais.

Nesse sentido é a regra do art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/13:

Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. (BRASIL, 2013).

Ou seja, se o acordo discorrer sobre cláusula ilegal ou abusiva ou se for verificada a ausência de voluntariedade na sua formação, poderá o magistrado recusar sua homologação ou determinar que as partes corrijam as ilegalidades.

Para Cunha e Pinto (2014, p. 72), o juiz se submete ao princípio da discricionariedade regrada, de modo que, uma vez protocolizado o acordo e preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, não resta alternativa ao julgador senão a homologação.

Em análise do tema aqui tratado, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o seguinte entendimento:

Não cabe ao Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas, muito menos investigar ou atestar a veracidade ou não dos fatos contidos em depoimentos prestados pelo colaborador ou das informações trazidas a respeito de delitos por ele revelados. (BRASIL, 2015).

Seguindo esse ensinamento, verifica-se que, no momento da homologação do acordo de delação premiada, ao juiz só cabe analisar a legalidade do feito, deixando para sopesar o conteúdo das declarações e das provas no momento da sentença.

Salienta-se que eventual interpretação contrária colocaria em risco a própria viabilidade do instituto, diante da iminente ameaça de interferência nas condições acordadas pelas partes, o que reduziria, de forma significativa, o interesse no ajuste.

A “postura equidistante” do juiz em relação às partes no processo penal informa o citado comando legal que prestigia o sistema acusatório. Se as declarações do colaborador são verdadeiras ou respaldadas por provas de corroboração, esse juízo será feito apenas “no momento do julgamento do processo”, de forma diferida, qual seja, na sentença, conforme previsto no § 11 do art. 4º da Lei n. 12.850/13. Nessa etapa, serão analisados os elementos trazidos pela colaboração e sua efetividade (Informativo n. 870 do STF. Divulgação em 7/8/2017, p. 2).

Ao final da instrução criminal, não caberá ao juiz proferir uma sentença diferente daquela negociada entre as partes, pois se trata de justiça negociada. Assim, havendo condenação, o juiz deve respeitar na íntegra o que foi acordado pelo Ministério Público com o colaborador, inclusive atinente à sanção penal a ser aplicada.

Em linhas práticas, o magistrado deve realizar a dosimetria da pena e informar qual seria a reprimenda caso o acordo não fosse realizado, porém, ao final, deverá apresentar a pena efetivamente aplicada em razão do acordo de delação premiada.

Esse também é o entendimento de Silva Júnior (2015, p. 544), informando que deverá o julgador:

Proferir a sentença condenatória, fixando a pena que seria adequada para, na sequência, fazer a substituição pela sanção negociada em razão da colaboração premiada, deixando consignado que, caso não cumprida qualquer cláusula do acordo, ocorrerá a reconversão da pena aplicada. Assim, na hipótese de o agente deixar de cumprir as cláusulas do acordo, da mesma forma como ocorre quando da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ele terá que cumprir a sanção que havia sido substituída.

Portanto, a delação premiada, reconhecida como uma atividade preambular de coleta de elementos de informação no âmbito investigativo, deve ser dirigida pelo Ministério Público, mantendo-se o magistrado afastado das coletas de depoimentos do colaborador e dos prêmios conexos aos ajustes esboçados.

Ao juiz de direito, compete conferir a observância preliminar dos requisitos do instituto em concreto e se foram observadas as garantias do colaborador, sem se comprometer antecipadamente com a concessão do benefício ao agente, muito menos se envolvendo em atos de cunho investigatório.

Assim, somente depois de encerrada a conduta colaborativa e apurados os fatos, é que o magistrado, avaliando a eficácia da cooperação, os fatos revelados, a postura do colaborador, além de todos os demais elementos envolvidos, irá reconhecer os efeitos benéficos do instituto perante o colaborador, homologando o conteúdo do acordo pactuado.

## **4 CONCLUSÃO**

O presente artigo proporcionou uma abordagem concisa sobre a delação premiada no direito penal brasileiro, com o foco voltado para o surgimento do

instituto no Brasil e sua evolução legislativa, chegando-se a regência atual, com ênfase na Lei n. 12.850/13.

Delineou-se a respeito dos procedimentos utilizados para a formalização do acordo, deliberando sobre algumas discussões doutrinárias inerentes ao tema, chegando-se ao ponto final onde é abordada a homologação do acordo premial e a limitada atuação do Poder Judiciário nessa nova técnica de produção de provas.

Nota-se, portanto, que a delação premiada, nos moldes trazidos pela Lei n. 12.850/13, foi um grande avanço no combate à criminalidade organizada, porquanto instituiu um instrumento eficiente de obtenção de provas, vantajoso tanto para a sociedade quanto para o colaborador, afinal, é uma forma de o Estado premiar o arrependido de uma organização ou associação criminosa e, ao mesmo tempo, desbaratar o crime organizado.

Conclui-se que à autoridade policial é dada a possibilidade de iniciar as tratativas com o colaborador, entretanto, qualquer acordo ou concessão dependerá do crivo do Ministério Público, pois, como titular da ação penal pública, deverá avaliar a real necessidade da colaboração premiada.

Portanto, caberá ao juiz uma análise restrita do caso na hora de homologar as tratativas da negociação premial, resumindo-se à legalidade do acordo e à voluntariedade do agente, sem que possa esmiuçar as cláusulas e os elementos de informação trazidos no termo de delação premiada.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 27 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm). Acesso em: 4 de fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Dispõe sobre organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de

3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm). Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm). Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm). Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7492.htm). Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 127.483.** Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF. Julgamento: 27 ago. 2015. Publicado no DJE: 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 17 jul. 2018. p. 13-14

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 90.688.** Relator: Ricardo Lewandowski. 1ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 12 fev. 2008. Publicado no DJE: 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em: 17 jul. 2018. p. 24

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 33.803/RJ.** Impetrante: Franklin Charles Dore Júnior. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator. Min. Félix Fischer. Brasília, DF, 15 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400203319&pv=000000000000>>. Acesso em: 17 de jul. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminalidade organizada e globalização desorganizada:** curso completo de acordo com a Lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) premiada.** Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal:** teoria (constitucional) do processo penal. 2. ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015.

ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado**: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016.



# AS INOVAÇÕES JURISPRUDENCIAIS ADVINDAS DO DANO MORAL COLETIVO: UMA ANÁLISE SOBRE SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

THE JURISPRUDENTIAL INNOVATIONS ARISING FROM  
COLLECTIVE MORAL DAMAGE: AN ANALYSIS OF ITS APPLICATION  
IN BRAZILIAN LAW

**Alexandre Penzo Betti Neto**

*Especialista na Carreira do Ministério Público  
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**RESUMO:** Os anseios da sociedade contemporânea desencadearam uma evolução no instituto do dano moral e ampliaram sua incidência, a fim de tutelar situações que envolvam direitos difusos e coletivos. Assim, surgiu o que a doutrina denomina de dano moral coletivo. É a partir da efetivação do conceito desse novel instituto – ainda em construção, que o presente estudo se insere. O artigo se propõe a realizar uma averiguação acerca do papel do dano moral coletivo no ordenamento jurídico, tendo em vista as particularidades inerentes aos direitos metaindividuais, analisando-se o seu reconhecimento e aplicação nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

**Palavras-chave:** Dano moral coletivo. Evolução histórica. Conceituação. Análise jurisprudencial.

**ABSTRACT:** The desires of contemporary society have triggered an evolution in the institute of moral damage and have broadened its incidence, so as to safeguard situations that involve diffuse and collective rights. Thus, what the doctrine calls “collective moral damage” arose. This study is based on the implementation of this new and still under construction concept. The paper seeks to carry out an investigation on the role of collective moral damage in the legal system, in view of the particularities inherent to metaindividual rights, analyzing its recognition and application in the precedents of the Superior Court of Justice.

**Keywords:** Collective moral damage. Historical evolution. Conceptualization. Jurisprudential analysis.

Enviado em: 16-07-2018

Aceito em: 02-09-2018

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a sua criação, o Ministério Público passou por várias transformações, especialmente no que tange às suas atribuições. A legislação, aos poucos, aumentou as funções de seus membros, incumbindo-lhes, como legitimados ativos, a defesa de direitos e interesses difusos e coletivos.

Em 1981, surgiu a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), que conferiu ao Ministério Público a legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. Posteriormente, adveio a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), o Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/2001), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), dentre outros diplomas normativos, que alargaram a legitimidade do Ministério Público para a defesa de todo e qualquer direito transindividual.

Justamente pelos novos contornos delineados pela Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a ajuizar um considerável número de ações em proteção aos direitos e interesses difusos e coletivos.

Por isso, e visando que a reparação dos danos, inclusive os extrapatrimoniais, causados aos direitos metaindividuais seja efetiva e adequada, o presente artigo abordará as alterações advindas da criação e da aplicação do dano moral coletivo, notadamente sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça.

Registra-se que, no âmbito do Ministério Público, o assunto ganha ainda mais relevância, já que possui legitimidade para propor ações em defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos.

Por tais motivos, far-se-á inicialmente uma breve análise da evolução histórica do dano moral. Na sequência, buscar-se-á conceituar o dano moral coletivo e, ao final, analisar-se-á a sua aplicação e efetivação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

## 2 DANO MORAL

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL

A aceitação da ampla reparabilidade dos danos morais tornou-se há pouco tempo razoavelmente pacífica na maioria das legislações contemporâneas. Entretanto, a história das nações demonstra que sempre existiram preceitos normativos que sustentavam algumas dessas pretensões (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 56-57).

Como precedentes históricos que amparavam o dano moral, menciona-se: a) o Código de Hamurabi, que se tratava de um sistema codificado de leis, com surgimento na Mesopotâmia, por meio do rei de Babilônia, Hamurabi (1792-1750 a.C.); b) As Leis de Manu, que consistiam na sistematização realizada por Manu Vaivasvata – homem respeitado pelos membros da mais alta casta daquela sociedade - das leis sociais e religiosas do Hinduísmo; c) O Alcorão (item V); d) A Bíblia Sagrada (Deuteronômio, 22:13-19 e 22:28-29) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 57-60).

A diferença entre o Código de Hamurabi e o Código de Manu encontra-se no fato de que no primeiro diploma normativo a vítima era ressarcida por meio de outra lesão causada no agressor, enquanto que no segundo o ressarcimento ocorria por intermédio do pagamento de certo valor pecuniário fixado pelo legislador (REIS, 2010, p. 25).

Ainda, cita-se como precedente histórico a Grécia antiga, já que as leis gregas concediam

[...] ao cidadão e aos seus respectivos bens a necessária proteção jurídica, além de fixarem que a reparação dos danos a eles causados assumiria sempre um caráter pecuniário, afastando a vingança física e pessoal como forma de satisfação ao lesado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 60-61).

O Direito Romano também merece destaque. Segundo Gagliano e Pamplo-na Filho (2007, p. 61-62):

Superada a época da vingança privada, a noção de reparação pecuniária de danos era algo extremamente presente entre os romanos, pelo que todo ato considerado lesivo ao patrimônio ou à honra de alguém deveria implicar uma conseqüente reparação.

Vale lembrar que Ulpiano foi o protagonista dos preceitos do *Jus Naturale*: "*Suum cuique tribuere*", "*Honeste Vivere*" e "*Alterum non laedere*" (este último também conhecido como "*Neminem Laedere*"), significando, respectivamente, os conceitos de justiça baseados no "dar a cada um o que é seu", "viver honestamente" e "não lesar outrem".

A preocupação com a honra, inclusive, era profunda, traduzindo-se no brocardo *honesti fama est alterum patrimonium* (a fama honesta é outro patrimônio), o que demonstra a possibilidade de reparação, ainda que pecuniária, da lesão à boa conduta, há mais de 2.000 anos.

Na Lei das XII Tábuas (surgida sob a égide de Terentilo Arsa, o Tribuno do Povo), encontramos, inclusive, várias disposições concernentes à reparação de danos, onde obviamente se insere o ressarcimento dos danos de caráter moral, amplamente tutelados.

No antigo Direito Canônico, igualmente, estavam previstas diversas passagens nas quais se constata regras típicas de tutela da honra (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 63).

Consoante Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 63), "havia preocupação específica de se determinar reparação pelos danos morais e materiais, consignando dispositivos que as legislações seculares, sob a influência constante da Igreja Católica, acabaram adotando".

No Brasil, a reparação dos danos imateriais ganhou maior sustentabilidade recentemente.

No período do Brasil Colônia, durante a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, "*não existia qualquer regra expressa sobre o ressarcimento do dano moral, sendo bastante questionável qualquer afirmação de sua possibilidade naquele momento histórico.*" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 64).

O Código Civil de 1916 não abordou o instituto de modo satisfatório, dispondo apenas sobre algumas hipóteses de reparação do dano moral (arts. 1538, 1547, 1.548 e 1550)<sup>1</sup>.

Nesse sentido, Gonçalves (2011, p. 393) preleciona:

<sup>1</sup> Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente.

§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viuvam ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dota-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grão máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).

Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida: I. Se, virgem e menor, for deflorada. II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças. III. Se for seduzida com promessas de casamento. IV. Se for raptada.

Art. 1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547. (BRASIL, 1916).

O Código Civil de 1916 previa algumas hipóteses de reparação do dano moral, como quando a lesão corporal acarretasse aleijão ou deformidade, ou quando atingisse mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar (art. 1.538); quando ocorresse ofensa à honra da mulher por defloramento, sedução, promessa de casamento ou rapto (art. 1.548); ofensa à liberdade pessoal (art. 1.550); calúnia, difamação ou injúria (art. 1.547). Mas, em quase todos esses casos, o valor era prefixado e calculado com base na multa criminal prevista para a hipótese.

Destaca-se que a doutrina majoritária defendia a tese que o art. 159 do Código Civil de 1916, quando disciplinava a responsabilidade civil aquiliana<sup>2</sup> e a reparabilidade de qualquer dano, referia-se tanto ao dano material como ao moral; todavia, predominava na jurisprudência a corrente que negava o dano moral fora das situações explicitamente previstas em lei (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 4).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 previu, de forma expressa e ampla, a possibilidade de reparação do dano moral (art. 5º, incisos V e X)<sup>3</sup>.

Nessa linha, Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 63) mencionam que:

Somente, de fato, com a promulgação da vigente Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, é que se pode falar, indubitavelmente, da ampla reparabilidade do dano moral no direito pátrio, pois a matéria foi elevada ao *status* dos 'Direitos e Garantias Fundamentais' (Título II da CF/88).

Pereira (1990, p. 65) explica que "*A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral.*". Além disso, o referido autor destaca que "[...] *o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano material integra-se definitivamente em nosso direito moral.*" (PEREIRA, 1990, p. 65).

Posteriormente ao advento da Constituição Cidadã, surgiram novos diplomas tratando do dano moral, notadamente o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e o Código Civil de 2002 (arts.186 e 927<sup>4</sup>).

<sup>2</sup> Maria Helena Diniz conceitua responsabilidade aquiliana como: "Responsabilidade extracontratual ou delitual que resulta de inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual. A fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexistia qualquer relação jurídica.". (DINIZ, 2013, p. 517)

<sup>3</sup> Art. 5º [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem[...]. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

<sup>4</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002).

Assim, percebe-se que, atualmente, no direito brasileiro o dano moral vem sendo amplamente aceito.

Registra-se que, diante das necessidades sociais e das demandas envolvendo a matéria, o dano moral, que era, por ocasião do seu surgimento, atrelado à dor e ao sofrimento de pessoa determinada, passou por modulações e, com isso, alargou sua margem de abrangência. Logo, sua incidência, por vezes, deixou de exigir a comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico.

Cita-se, como exemplo, a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais (BRASIL, 1999)<sup>5</sup>.

Hodiernamente, a onda evolutiva, no que tange ao dano moral, encontra-se na esfera da reparação dos danos extrapatrimoniais causados à coletividade, formada por sujeitos indeterminados ou indetermináveis. Dessa forma, após analisar rapidamente a evolução do dano moral, mostra-se necessário tecer alguns comentários sobre a conceituação atribuída pela doutrina ao novel instituto do dano moral coletivo.

## 2.2 CONCEITO DE DANO MORAL COLETIVO

O surgimento do dano moral coletivo decorre de uma evolução desencadeada pelo instituto do dano moral individual e advém de uma nova forma de ver o direito, de cunho voltado para a esfera social.

Nessa senda, extrai-se as lições de Cahali (2011, p. 308):

Esvaindo-se paulatinamente o dano moral, na sua versão mais atualizada, de seus contingentes exclusivamente subjetivos de “dor”, “sofrimento”, “angústia”, para projetar objetivamente os seus efeitos de modo a compreender também as lesões à honorabilidade, ao respeito, à consideração e ao apreço social, ao prestígio e à credibilidade nas relações jurídicas do cotidiano, de modo a afirmar-se a indenizabilidade dos danos morais infligidos às pessoas Jurídicas ou coletivas, já se caminha, com fácil trânsito, para o reconhecimento da existência de danos morais reparáveis causados à coletividade.

Tartuce (2016, p. 547) afirma que o conceito de dano moral social está atrelado “[...] com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a socialidade: a valorização do nós em detrimento do eu, a superação do caráter individualista e egoísta da codificação anterior.”

<sup>5</sup> Súmula 227 do STJ: “A pessoa Jurídica pode sofrer dano moral”.

Assim, pode-se dizer que o surgimento do dano moral coletivo decorre dessa nova concepção do direito, que possui fundamento na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, que demonstram preocupação com a coletividade.

Cahali (2011, p. 308), ao citar Carlos Alberto Bittar Filho, explica que esse fenômeno social exige mutação e ampliação do conceito de dano extrapatrimonial, a fim de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral, também chamado de dano transubjetivo, *in verbis*:

O Direito vem passando por profundas transformações, que podem ser sintetizadas pela palavra "socialização"; efetivamente, o direito como um todo está sofrendo, ao longo do presente século, profundas mudanças, sob o impacto da evolução da tecnologia em geral e das alterações constantes havidas no tecido social; todas essas mutações têm direção e sentido certo: conduzem o direito ao primado insofismável do coletivo sobre o individual. Como não poderia deixar de ser, os reflexos desse panorama de mudanças estão se fazendo sentir na teoria do dano moral, dando origem à novel figura do dano moral coletivo. Ora, se o indivíduo pode ser vítima de dano moral, não há por que não posse sê-lo a coletividade. (BITTAR FILHO, 1996, p. 271 apud CAHALI, 2011, p. 308).

A configuração do dano moral coletivo depende da existência de lesão extrapatrimonial a alguns dos interesses coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), cuja definição legal se encontra no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 1990).

Por ser um tema recente, acredita-se que o conceito de dano moral coletivo ainda sofrerá alterações para que se adeque às particularidades que lhe são inerentes e aos anseios perseguidos por tal instituto.

Cavaliere Filho (2014, p. 133) nos lembra que da mesma maneira que há a “[...] **moralidade pública, opinião pública, bons costumes** e outros bens de titularidade coletiva, temos também a **moral coletiva** – sentimento de honradez, de dignidade, de valor, de unidade ou de necessidade da coletividade.” Referido autor também afirma que “[...] **moral coletiva** são valores morais, patrimônio ideal (histórico, artístico, ecológico, cultural, paisagístico) da coletividade” (CAVALIERI, 2014, p. 133) (grifo do autor).

Seguindo esse raciocínio, Cavaliere Filho (2014, p. 134) aponta como exemplo que caracteriza uma lesão a um bem da coletividade qualquer atentado ao Cristo Redentor no Rio de Janeiro, ao Coliseu em Roma e às Pirâmides do Egito, em razão de serem patrimônios da humanidade. Ainda, conceitua dano moral da seguinte forma:

Daí ser imperioso conceber o dano moral coletivo como ofensa a valores coletivos, lesão a sentimentos da coletividade, que causam desgosto, angústia, insegurança, inquietude aos membros da sociedade. De forma objetiva e sintética, pode-se então **conceituar o dano moral coletivo como sentimento de desprezo que afeta negativamente toda a coletividade pela perda de valores essenciais: sentimento coletivo de comoção, da inquietude ou insegurança pela lesão a bens de titularidade coletiva, como meio ambiente, a paz pública, a confiança coletiva, o patrimônio (ideal) histórico, artístico, cultural, paisagístico etc.** (CAVALIERI, 2014, p. 134).

Caiali (2011, p. 308), ao citar Carlos Alberto Bittar Filho, afirma:

[...] que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção de fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: que isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. (BITTAR FILHO, 1996, p. 271 apud CAHALI, 2011, p. 308).

Na concepção de Tartuce (2016, p. 545), o conteúdo do dano moral coletivo “[...] é controvertido, mas ele pode ser denominado como o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (danos morais somados ou acrescidos).”

Aludido autor faz uma diferenciação entre dano moral coletivo de dano social. Para ele, os danos morais coletivos atingem vários direitos da personalidade



(direitos individuais homogêneos ou coletivos em sentido estrito – vítimas determinadas ou determináveis), com a destinação da indenização para as próprias vítimas. Por outro lado, os danos sociais ou difusos seriam aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade, possuem vítimas indeterminadas (toda a sociedade torna-se vítima da conduta) e a indenização reverte-se em favor de um fundo ou instituição de caridade (TARTUCE, 2016, p. 551).

Os danos sociais “[...] são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida” (JUNQUEIRA, DATA apud TARTUCE, 2016, p. 547). Assim, os danos sociais podem gerar repercussões materiais e sociais, diferentemente dos danos morais coletivos que são apenas extrapatrimoniais (TARTUCE, 2016, p. 547).

Ao conceituar dano ambiental extrapatrimonial, Milaré (2015, p. 329):

O dano ambiental extrapatrimonial ou moral caracteriza-se pela ofensa, devidamente evidenciada, aos sentimentos individual ou coletivo resultantes da lesão ambiental patrimonial. Vale dizer, quando um dano patrimonial é cometido, a ocorrência de relevante sentimento de dor, sofrimento e/ou frustração resulta na configuração do dano ambiental extrapatrimonial ou moral, o qual, por certo, não decorre da impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, mas, sim, da evidência desses sentimentos individuais ou coletivos, autorizando-se falar em danos ambientais morais individuais ou coletivos.

Adiante, referido autor menciona como exemplo as:

[...] situações como a do imponente morro do Cauê, que engalanava a bucólica Itabira de Carlos Drummond de Andrade, ceifado pela atividade de extração minerária, assim como Sete Quedas, obra-prima da natureza, inundada para a geração de energia e em nome do progresso, que só sobrevivem nas fotos esmaecidas e, respectivamente, na memória dos conterrâneos do poeta mineiro e na dos velhos guairenses do Paraná. [...] (MILARÉ, 2015, p. 331)

Os danos morais ambientais difusos ou coletivos se referem “[...] à violação do sentimento difuso ou coletivo, isto é, ao sofrimento da comunidade ou grupo social, em vista de certa lesão ao meio ambiente. [...]” (SILVA, 2005, p. 362).

Por sua vez, ao abordar o dano moral na seara do direito do consumidor, Andrade, Andrade e Masson (2015, p. 454) acrescentam que “[...] a possibilidade de reparação do dano moral coletivo contribui para desestimular as práticas

abusivas contra os direitos do consumidor [...]”. Afirmam, ainda, que isso se encontra em consonância com o art. 5º, inciso XXXII, e art. 170, inciso V, da Constituição Federal (ANDRADE; ANDRADE; MASSON, 2015, p. 454) (grifo do autor).

Na concepção de Mazzilli (2017, p. 198-199):

Não se justifica, pois o argumento de que não se pode existir dano moral coletivo uma vez que o dano moral estaria vinculado à noção de dor ou sofrimento psíquico individual. De um lado, os danos transindividuais nada mais são do que um feixe de lesões individuais; de outro, mesmo que se recusasse o caráter de soma de lesões individuais para o dano moral ou coletivo, seria necessário lembrar que hoje também se admite uma função punitiva na responsabilidade civil, o que confere caráter extrapatrimonial ao dano coletivo. Assim, p. ex., quando se lesa o meio ambiente, quando se divulga uma propaganda enganosa ou quando um laboratório põe em circulação medicamentos fraudulentamente desprovidos do princípio ativo, há mais que cogitar que apenas prejuízos patrimoniais. [...].

Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 82), quando comentam acerca do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que previu expressamente a reparação por danos morais a direitos difusos, explicam:

Excluída a idéia – tão difundida quanto errônea – de que o dano moral é a dor sofrida pela pessoa (a dor, em verdade, é apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial), o conceito de direitos da personalidade tem que ser ampliado para abarcar a previsão legal, tendo em vista inexistir uma personalidade jurídica coletiva difusa.

Assim sendo, o dano moral difuso tutelado pela previsão legal somente pode ser caracterizado como uma lesão ao direito de toda e qualquer pessoa (e não de um direito específico da personalidade).

Portanto, vê-se que a doutrina, aos poucos, vem lapidando uma definição do dano moral coletivo, abandonando a vinculação do dano à noção de dor ou da percepção de sofrimento e, ainda, desvinculando-se da concepção de que o dano moral não pode ultrapassar a barreira do indivíduo, para, com isso, construir o conceito de dano extrapatrimonial causado à coletividade que atenda às peculiaridades inerentes à tutela dos direitos coletivos.

Ressalta-se que o dano moral coletivo encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública. Nesse sentido, o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), ao elencar os direitos básicos do consumidor, prevê:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e **morais**, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e **morais**, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; [...] (grifo nosso). (BRASIL, 1990).

Por sua vez, o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), com redação dada pela Lei n. 8.884/1994 e, posteriormente, pelas Leis n. 8.078/1990, 12.529/2011 e 13.004/2014, dispõe:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos **morais** e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011)

L - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)

V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)

VIII - ao patrimônio público e social. (Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014) (grifo nosso). (BRASIL, 1985).

Assim, depois de discorrer brevemente sobre alguns conceitos de dano moral coletivo trazidos pela doutrina e sua previsão legal, torna-se oportuno analisar o enfoque da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação ao assunto.

### 3 EFETIVAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO NA JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mostra-se extremamente importante trazer à tona alguns julgados relevantes sobre o tema, proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente para se verificar a posição da jurisprudência no tocante à aceitação e à integralização do dano moral coletivo.

Instado a se manifestar, o Superior Tribunal de Justiça, primeiramente, afastou a tese do dano moral extrapatrimonial coletivo, sob o argumento de que seria necessária a vinculação do dano moral à noção de dor e sofrimento psíquico e, ainda, considerou que o dano moral possuiria caráter individual.

Neste sentido, cita-se o Recurso Especial n. 598.281, em que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos (três votos a dois), no dia 1º de maio de 2006, julgou improvido o recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, manejado no bojo de Ação Civil Pública que objetivava a reparação de danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 2006). Consta da ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO (Recurso Especial n. 598.281. Relator: Luiz Fux. Órgão julgador: Primeira Turma, Publicado no DJE 1/6/2006).

Posteriormente, no Recurso Especial n. 821.891, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos de Ação Civil Pública que objetivava, tendo em vista a existência de fraude em licitação, a declaração de nulidade de contrato celebrado com a empresa ré e determinado Município, além do pagamento de danos morais e imposição das sanções administrativas aplicáveis à espécie, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, no dia 8 de abril de 2008, decidiu por não conhecer do recurso diante da ausência de prequestionamento dos dispositivos ditos violados. Apesar do não conhecimento da insurgência, constou-se no julgado a indicação de que não seria possível o reconhecimento do dano moral coletivo (BRASIL, 2008b). Extrai-se da ementa do acórdão:

[...]  
2. *Ad argumentandum tantum*, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano.

[...]

4. Nada obstante, e apenas *obiter dictum*, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: "... *Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral*" (Recurso Especial n. 821.891. Relator: Luiz Fux. Órgão julgador: Primeira Turma, Publicado no DJE 12/5/2008).

Em oposição ao entendimento outrora firmado, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2 de fevereiro de 2012, por unanimidade, ao julgar o Recurso Especial n. 1.221.756, reconheceu ser perfeitamente possível a reparação por danos morais coletivos. Na ocasião, o Tribunal entendeu ser devida a condenação de Instituição Bancária que alocou os caixas para atendimento especial em local de difícil acesso, fixando, a título de dano moral coletivo, a importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (BRASIL, 2012).

Registra-se que o acórdão fixou parâmetros para a aferição da ocorrência do dano moral coletivo, estabelecendo que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar sua configuração, exigindo, para sua incidência, que "*o fato transgressor seja de razoável significância e desdobre os limites da tolerabilidade*" (BRASIL, 2012). Colhe-se da ementa do acórdão:

RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou

por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.[...] (Recurso Especial n. 1.221.756. Relator: Massami Uyeda. Órgão julgador: Terceira Turma, Publicado no DJE 10/2/2012).

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 27 de agosto de 2013, quando julgou o Recurso Especial n. 1.367.923, oriundo do Estado do Rio de Janeiro, também aceitou a possibilidade da ocorrência de dano moral extrapatrimonial. O caso referia-se a uma Ação Civil Pública afluída em decorrência de armazenamento inadequado de produtos de fibrocimento (amianto). No acórdão, além de se invocar o princípio hermenêutico do *in dubio pro natura*, afirmou-se que existiria *contra sensu* jurídico admitir o ressarcimento por lesão a dano moral individual sem conceder à coletividade o mesmo tratamento (BRASIL, 2013a).

No Recurso Especial n. 1.269.494, oriundo do Estado de Minas Gerais, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 24 de setembro de 2013, novamente admitiu a possibilidade de reparação dos danos morais coletivos. Além disso, na ementa do acórdão, o Tribunal explicou que o dano moral coletivo ambiental "*atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado*". O caso tratava de uma Ação Civil Pública que apurava irregularidades e danos causados no Parque do Sabiá, no Município de Uberlândia. No julgamento, entendeu-se que seria possível, em tese, a cumulação de indenização pecuniária com obrigações de fazer e condenação por danos morais coletivos, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem a fim de se aferir se, no caso, havia dano a ser indenizável (BRASIL, 2013b).

Merece destaque o julgamento do Recurso Especial n. 1.397.870, oriundo do Estado de Minas Gerais, proferido em 2 de dezembro de 2014, no qual a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a incidência de dano moral coletivo em Ação Civil Pública proposta contra empresa de telefonia em razão da realização de venda casada – impor a aquisição de aparelho telefônico aos consumidores que desejassem adquirir o serviço de telefonia. Na decisão, há menção de que para a caracterização do dano moral coletivo é necessário que "[...] o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites

da tolerabilidade.” (BRASIL, 2014). Ainda, o Tribunal conceituou o dano moral coletivo da seguinte forma:

[...] O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa. (Recurso Especial n. 1.397.870 . Relator: Mauro Campbell Marques. Órgão julgador: Segunda Turma, Publicado no DJE 10/12/2014).

Por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.513.156, referente a uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, no Estado do Ceará, em razão de danos ambientais em área de preservação permanente, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 18 de agosto de 2015, salientou que o dano moral é cabível quando ele ultrapassa os limites do tolerável e atinge, efetivamente, valores coletivos. Contudo, no caso, não houve condenação a reparação dos danos morais porque tais circunstâncias não foram constatadas pela corte de origem e o contexto fático-probatório não poderia ser reexaminado em sede de Recurso Especial (BRASIL, 2015).

No Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.529.892, do Rio Grande do Sul, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no acórdão proferido em 27 de setembro de 2016, admitiu a indenização por dano moral coletivo, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, que objetivava a condenação da empresa requerida na reparação dos danos decorrentes da venda de combustível adulterado (BRASIL, 2016a). Vale a transcrição do seguinte trecho da ementa do acórdão:

[...] A necessidade de correção das lesões às relações de consumo transcende os interesses individuais dos consumidores, havendo interesse público na prevenção da reincidência da conduta lesiva por parte da empresa ré, ora agravada, exsurgindo o direito da coletividade a danos morais coletivos. Com efeito, patente a configuração, no caso concreto, do dano moral coletivo, consistente na ofensa ao sentimento da coletividade, caracterizado pela espoliação sofrida pelos consumidores locais, gravemente maculados em sua vulnerabilidade, diante da comercialização de combustível adulterado. [...] (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.529.892. Relator: Assusete Magalhães. Órgão julgador: Segunda Turma, Publicado no DJE 13/10/2016).

Em 22 de novembro de 2016, no Recurso Especial n. 1.464.868, de São Paulo, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo cabimento de danos morais coletivos em decorrência da exploração de jogo de azar ilegal (bingo) (BRASIL, 2016b). Consta da ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JOGO DE AZAR ILEGAL. BINGO. INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO QUE AUTORIZE A ATIVIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO.

1. Na hipótese dos autos, o Ministério Público Federal promoveu Ação Civil Pública visando à condenação dos réus ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, por exploração de bingo ilegal.

2. No caso concreto, prevalece o interesse social na tutela coletiva. A necessidade de correção das indigitadas lesões às relações de consumo transcende os interesses individuais dos frequentadores das casas de jogos ilegais para dizer respeito ao interesse público na prevenção da reincidência da suposta conduta lesiva por parte dos exploradores dos jogos de azar, de onde exsurge o direito da coletividade a danos morais coletivos, ante a exploração comercial de uma atividade que, por ora, não encontra guarida na legislação. (REsp 1.509.923/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/10/2015, DJe 22/10/2015).

3. O dano moral sofrido pela coletividade decorre do caráter altamente viciante de jogos de azar, passíveis de afetar o bem-estar do jogador e desestruturar o ambiente familiar. A responsabilidade civil é objetiva, respondendo os réus, "independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores" (art. 12, caput, do CDC).

4. O dano moral coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, pois tal comprovação, embora possível na esfera individual, torna-se inaplicável quando se cuida de interesses difusos e coletivos. (REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26/2/2010).

5. Recurso Especial provido.

(Recurso Especial n. 1.464.868. Relator: Herman Benjamin. Órgão julgador: Segunda Turma, Publicado no DJE 30/11/2016).

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em 28 de março de 2017, no Recurso Especial n. 1.487.046, oriundo do Estado do Mato Grosso, reconheceu a incidência de danos morais coletivos causados aos consumidores de Cuiabá. O caso versava acerca de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, em face de revendedor de combustível automotivo que fora autuado pela prática da conduta denominada "infidelidade de bandeira" – ostentava marca comercial de uma distribuidora, porém adquiria e revendia produtos de outras (BRASIL, 2017a). Importante destacar, neste julgado, que o Tribunal afirmou que:



O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. (Recurso Especial n. 1.487.046. Relator: Luís Felipe Salomão. Órgão julgador: Quarta Turma, Publicado no DJE 16/5/2017).

Pontua-se, também, que a ementa do acórdão, citando Xisto Tiago de Me-deiros Neto, mencionou que a quantificação do dano deve analisar as peculiaridades do caso concreto:

[...] observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau de culpa ou do dolo (se presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social (Recurso Especial n. 1.487.046. Relator: Luís Felipe Salomão. Órgão julgador: Quarta Turma, Publicado no DJE 16/5/2017). (BRASIL, 2017a)

No Recurso Especial n. 1.402.475, oriundo do Estado do Sergipe, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no acórdão proferido em 9 de maio de 2017, entendeu que a intranquilidade social decorrente da demora no atendimento ao consumidor dos serviços bancários pode caracterizar dano moral coletivo. Na decisão, percebe-se que o Tribunal, para aferir a incidência do dano moral, analisou, no caso concreto, a existência de abalo negativo à moral da coletividade (BRASIL, 2017b).

Por fim, consigna-se que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, do Estado de Pernambuco, no Recurso Especial n. 1.517.973, considerou cabível, na seara da infância e juventude, a reparação por danos morais coletivos. No caso, houve a condenação ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em decorrência da veiculação de programas, por emissora de televisão, quando expôs a vida e a intimidade de crianças e adolescente de forma que lhes ofendia a dignidade. No acórdão, entendeu-se que o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, e também se apontou uma evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade (BRASIL, 2018). Cita-se a ementa do acórdão:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES OFENDIDA POR QUADRO DE PROGRAMA TE-

LEVISIVO. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA.

**1.** O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despidendo a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Precedentes.

**2.** Na espécie, a emissora de televisão exibiu programa vespertino chamado “Bronca Pesada”, no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de crianças e adolescentes cuja origem biológica era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente pejorativa para designar tais hipervulneráveis.

**3.** A análise da configuração do dano moral coletivo, na espécie, não reside na identificação de seus telespectadores, mas sim nos prejuízos causados a toda sociedade, em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes, notadamente daqueles que tiveram sua origem biológica devassada e tratada de forma jocosa, de modo a, potencialmente, torná-los alvos de humilhações e chacotas pontuais ou, ainda, da execrável violência conhecida por *bullying*.

**4.** Como de sabença, o artigo 227 da Constituição da República de 1988 impõe a todos (família, sociedade e Estado) o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito e de lhes colocar a salvo de toda forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão.

**5.** No mesmo sentido, os artigos 17 e 18 do ECA consagram a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral das crianças e dos adolescentes, inibindo qualquer tratamento vexatório ou constrangedor, entre outros.

**6.** Nessa perspectiva, a conduta da emissora de televisão - ao exibir quadro que, potencialmente, poderia criar situações discriminatórias, vexatórias, humilhantes às crianças e aos adolescentes - traduz flagrante dissonância com a proteção universalmente conferida às pessoas em franco desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, donde se extrai a evidente **intolerabilidade** da lesão ao direito transindividual da coletividade, configurando-se, portanto, hipótese de dano moral coletivo indenizável, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido.

**7.** *Quantum* indenizatório arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Razoabilidade e proporcionalidade reconhecidas.

**8.** Recurso especial não provido. (Recurso Especial n. 1.517.973 . Relator: Luís Felipe Salomão. Órgão julgador: Quarta Turma, Publicado no DJE 1/2/2018).

Logo, conforme se percebe dos precedentes extraídos do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência, ao menos teoricamente, vem admitindo a figura do dano moral coletivo.

### 3.2. INCORPORAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO DANO MORAL COLETIVO À PRÁTICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Consoante se abordou no tópico anterior deste artigo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de reconhecer e aceitar a apli-

cação do dano moral coletivo. Ainda, verifica-se que os julgados versam sobre as mais diversas áreas do direito, demonstrando que a reparação dos danos extrapatrimoniais pode ocorrer, em tese, em qualquer campo dos direitos difusos e coletivos.

Por tais razões, o Ministério Público deve se atentar às inovações advindas com o surgimento desse novel instituto denominado de dano moral coletivo, objetivando que sua atuação busque sempre a reparação integral dos danos causados aos direitos metaindividuais.

Cita-se, por exemplo, a atuação do Ministério Público na área do meio ambiente. Não raramente, surgem situações em que a recuperação da área degradada não corresponde ao pleno restabelecimento do meio ambiente afetado. Nestes casos, o dano moral coletivo se mostra oportuno para que haja uma reparação integral.

Nessa linha de entendimento, menciona-se o Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.532.643, oriundo do Estado de Santa Catarina, que versava, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, objetivando a cessação de danos ambientais, em razão do uso indevido de área *non aedificandi*, constituída por promontório e terrenos da marinha, localizada no Bairro Coqueiros, Florianópolis/SC, e também a recuperação da área degradada. No caso, houve a condenação por danos morais coletivos, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), pois, em que pese a implantação de plano de recuperação da área, a reparação não seria integral, tendo em vista que já se havia realizado no local a detonação de rochas, o que inviabiliza o retorno ao *status quo ante* (BRASIL, 2017c). Consta da ementa do acórdão, proferido em 10 de outubro de 2017:

[...]

VII. Consoante entendimento do STJ, “a restauração in natura nem sempre é suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração)” (STJ, REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA

TURMA, DJe de 28/02/2012). Em igual sentido: STJ, AgInt no REsp 1.196.027/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/03/2017; REsp 1.255.127/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/09/2016.

VIII. O Tribunal de origem, à luz das provas dos autos e em vista das circunstâncias fáticas do caso, manteve o quantum indenizatório em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor que não se mostra excessivo, diante das peculiaridades da causa, expostas no acórdão recorrido, no sentido de que, “não obstante a implantação de plano de recuperação da área, a reparação não será integral, visto que, já tendo sido detonadas as rochas, inviável o retorno ao status quo ante, sendo, ainda, impossível se mensurar economicamente a perda para a sociedade, do ponto de vista paisagístico”. Incidência da Súmula 7/STJ (Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.532.643, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, publicado em 23 de outubro de 2017).

Dessa forma, percebe-se que, ao apreciar um caso concreto, o Ministério Público precisa observar se a implementação de Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD) implica a reparação integral do dano, uma vez que, caso tal medida se mostre insuficiente, a fixação de dano moral coletivo poderá, dependendo das circunstâncias, garantir a plena reparação do meio ambiente.

Pode-se, ainda, fazer um paralelo entre o julgado supracitado e a decisão da Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, proferida na Apelação Cível n. 2013.071674-9, que reconheceu a incidência do dano moral coletivo, em razão de despejo irregular de dejetos suínos que causou a poluição dos recursos hídricos no Município de Ponte Serrada/SC e, ainda, a suspensão do serviço de abastecimento de água à população (SANTA CATARINA, 2015).

Em ambos os julgados mencionados, a simples realização de um PRAD não bastaria para que houvesse uma reparação integral dos danos.

No julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.532.643 relatou-se a ocorrência de detonação de rochas, em área *non aedificandi*, formada por promontório e terrenos da marinha, o que inviabiliza o retorno ao *status quo ante*, além do dano paisagístico causado (BRASIL, 2017c). Por sua vez, no julgamento da Apelação Cível n. 2013.071674-9, afirmou-se que a poluição hídrica decorrente do despejo de dejetos suínos “[...] causou repercussão ecológica a toda comunidade que se aproveita do Rio Lajeado do Mato e seus afluentes, gerando, além de inegável prejuízo na qualidade da água, evidente abalo na ordem extrapatrimonial coletiva.” (SANTA CATARINA, 2015).

Logo, constata-se que o dano moral coletivo pode ser invocado pelo Ministério Público quando as especificidades do caso concreto demonstrarem que sua aplicação se faz necessária a fim de garantir que a reparação dos danos aos direitos transindividuais seja integral.

#### 4 CONCLUSÃO

Atualmente, a onda evolutiva, no que tange ao dano moral, encontra-se na esfera da reparação dos danos extrapatrimoniais causados à coletividade.

No presente artigo, observou-se que a doutrina, aos poucos, vem lapidando uma definição de dano moral coletivo, abandonando a vinculação do dano à noção de dor ou sofrimento psíquico e, ainda, desvinculando-se da concepção de que o dano moral não pode ultrapassar a barreira do indivíduo, para, como isso, conceituar o dano extrapatrimonial causado à coletividade atendendo às peculiaridades inerentes à tutela dos direitos coletivos.

No que tange à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que, inicialmente, havia uma postura contrária à reparação dos danos morais extrapatrimoniais, notadamente diante da vinculação da existência do dano moral à noção de dor e ao sofrimento psíquico e, ainda, de seu caráter pessoal, consequência de uma associação equivocada que se realizava entre o dano moral individual com o dano moral coletivo.

Posteriormente, atento aos anseios da sociedade e às alterações legislativas, notadamente o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça modificou o entendimento anteriormente firmado, passando a reconhecer e aceitar a aplicação do dano moral coletivo nas diversas áreas dos direitos difusos e coletivos.

#### REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. 844. p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VETADO**) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm). Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n. 227**. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Brasília, DF, 8 de setembro de 1999. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas). Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 598.281**. Relator: Luiz Fux. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 1º de junho de 2006. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2391006&num\\_registro=200301786299&data=20060601&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2391006&num_registro=200301786299&data=20060601&tipo=5&formato=HTML). Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 821.891**. Relator: Luiz Fux. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 12 de maio de 2008.

Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891231&num\\_registro=200600380062&data=20080512&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891231&num_registro=200600380062&data=20080512&tipo=5&formato=HTML). Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.221.756**. Relator: Massami Uyeda. Órgão julgador: Terceira Turma. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20195193&num\\_registro=201001970766&data=20120210&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20195193&num_registro=201001970766&data=20120210&tipo=5&formato=HTML). Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.367.923**. Relator: Humberto Martins. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 6 de setembro de 2013a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30870932&num\\_registro=201100864536&data=20130906&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30870932&num_registro=201100864536&data=20130906&tipo=5&formato=HTML). Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.269.494**. Relatora: Eliana Calmon. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 1º de outubro de 2013b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30447731&num\\_registro=201101240119&data=20131001&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30447731&num_registro=201101240119&data=20131001&tipo=5&formato=HTML). Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.397.870**. Relator: Mauro Campbell Marques. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 10 de outubro de 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42648483&num\\_registro=201301436789&data=20141210&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42648483&num_registro=201301436789&data=20141210&tipo=5&formato=HTML). Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.513.156**. Relator: Humberto Martins. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 25 de agosto de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequen>

[cial=51266332&num\\_registro=201500121127&data=20150825&tipo=5&formato=HTML>](#). Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.529.892**. Relator: Assusete Magalhães. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 13 de outubro de 2016a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63651487&num\\_registro=201500913317&data=20161013&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63651487&num_registro=201500913317&data=20161013&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.464.868**. Relator: Herman Benjamin. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 30 de novembro de 2016b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67222016&num\\_registro=201401474534&data=20161130&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67222016&num_registro=201401474534&data=20161130&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.487.046**. Relator: Luís Felipe Salomão. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 16 de maio de 2017a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72343419&num\\_registro=201202275676&data=20170516&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72343419&num_registro=201202275676&data=20170516&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.402.475**. Relator: Herman Benjamin. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 28 de junho de 2017b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71169801&num\\_registro=201302992294&data=20170628&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71169801&num_registro=201302992294&data=20170628&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.532.643**. Relator: Assusete Magalhães. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 23 de outubro de 2017c. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71169801&num\\_registro=201302992294&data=20170628&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71169801&num_registro=201302992294&data=20170628&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 16 fev. 2018.



[cial=76675297&num\\_registro=201501115998&data=20171023&tipo=5&formato=PDF>](#). Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.517.973**. Relator: Luís Felipe Salomão. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 1º de fevereiro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79504629&num\\_registro=201500407550&data=20180201&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79504629&num_registro=201500407550&data=20180201&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 656. p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 641. p.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 618p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume III: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 382. p.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 559. p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1020. p.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1707. p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 374. p.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 451. p.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Civil n. 2013.071674-9**. Relator: Carlos Adilson Silva. Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público. Julgamento em 4 jul. 2015. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AA-AbmQAACAANpo oAAD&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AA-AbmQAACAANpo oAAD&categoria=acordao). Acesso em: 19 mar. 2018.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 444. p.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016. 1717 p.

# JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA QUANTO AOS EFEITOS DA LEI N. 9.099/95 NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

SPECIAL CRIMINAL COURT: THE DOCTRINAL DIVERGENCE AS TO THE EFFECTS OF LAW 9099/95 ON BRAZILIAN CRIMINAL PROCEEDINGS

**Karla Bárdio Meirelles**

*Especialista na Carreira do Ministério Público  
Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**RESUMO:** A entrada em vigor da Lei 9.099/95 promoveu importantes inovações no processo penal brasileiro, introduzindo uma jurisdição de consenso nitidamente distinta da habitual resolução contenciosa de conflitos. O procedimento dos Juizados Especiais Criminais, cuja criação é prevista na própria Constituição Federal de 1988, trouxe consequências para as vítimas e os autores das infrações delituosas de sua competência, notadamente em razão das medidas despenalizadoras nele previstas. A doutrina tem divergido quanto aos efeitos da Lei n. 9.099/95 e, enquanto alguns autores sustentam a violação do diploma a certos princípios constitucionais, outros entendem que ele trouxe apenas benefícios não somente para ambas as partes da situação delituosa mas para a Justiça Criminal como um todo. Considerando que o procedimento do Juizado Especial Criminal está cada vez mais presente no cotidiano forense, a análise de alguns aspectos principais da Lei n. 9.099/95 bem como de posições doutrinárias a respeito do assunto é imprescindível para a formação de um juízo crítico e consciente a respeito da matéria, o que se pretende com o presente trabalho.

**Palavras-chave:** Lei n. 9.099/95. Juizado Especial Criminal. Efeitos. Divergência doutrinária.

**ABSTRACT:** The enactment of Law 9099/95 promoted important innovations in Brazilian criminal proceedings, bringing in a jurisdiction of consensus which is clearly distinct from the usual dispute resolution. The Special Criminal Courts procedure, whose creation is envisaged in the 1988 Federal Constitution itself, has brought consequences for the victims and the perpetrators of the criminal offences within its jurisdiction, notably because of the depenalising measures it contemplates. The doctrine has diverged as to the effects of Law 9099/95, and while some authors argue that it violates certain constitutional principles, others believe that it has only brought benefits to both parties in the criminal situation and to the Criminal Justice as a whole. Considering that the procedure of the Special Criminal Court is increasingly present in everyday forensics, the analysis of some main aspects of Law 9099/95, as well as of doctrinal positions on the subject, is essential for the formation of a critical and conscious judgment on the matter, and this work intends to do so.

**Keywords:** Law 9099/95. Special Criminal Courts. Effects. Doctrinal divergence.

Enviado em: 28-08-2018

Aceito em: 12-10-2018

## 1 INTRODUÇÃO

Atendendo a preceito da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, entrou em vigor para dispor sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

O referido diploma trouxe novos parâmetros para o processo penal brasileiro ao introduzir uma jurisdição pautada no consenso entre as partes, que se distingue sobremaneira da habitual resolução contenciosa dos conflitos.

Competente para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, o Juizado Especial Criminal conta com princípios peculiares, além daqueles, substanciais, que orientam todo o processo penal. São eles a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, estampados no próprio bojo da lei.

A Lei 9.099/95 também inovou ao prever algumas medidas chamadas despenalizadoras, como a composição dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

É justamente a aplicação dessas medidas que faz com que a doutrina manifeste concepções diversas e, muitas vezes, desfavoráveis quanto ao procedimento derivado da lei dos juizados.

Considerando a vigência da lei e a presença atual efetiva dos Juizados Especiais Criminais no cotidiano forense, pretende-se, com o presente trabalho, que a análise de posições doutrinárias acerca da Lei n. 9.099/95 e dos seus efeitos no processo penal brasileiro permita a construção de um juízo crítico, justo e consciente a respeito da matéria.

## 2 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL QUANTO AOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E O SURGIMENTO DA LEI 9.099/95

Consoante preceitua o art. 98, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:  
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o

juízo de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...] (BRASIL, 1988).

Nessa mesma perspectiva, antes mesmo da promulgação da Carta Magna, a Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984, já havia criado o Juizado Especial de Pequenas Causas Cíveis, com o objetivo de solucionar, de maneira mais célere e informal, conflitos patrimoniais de valor não excedente a vinte vezes o salário mínimo, o qual foi instalado em diversas comarcas. Outrossim, no âmbito estadual, a Lei n. 5.143, de 28 de maio de 1986, dispôs sobre a formação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas no Estado de São Paulo (NOGUEIRA, 1996, p. 51).

Em que pese a previsão da Constituição Federal também quanto aos Juizados Especiais Criminais, o tempo passava sem que a respectiva lei federal fosse criada. Enquanto isso, para o desapontamento de especialistas e interessados numa decisão de demandas mais célere, as pequenas infrações penais acabavam por sobrecarregar as varas e comarcas, prejudicando, inclusive, a imagem da justiça perante a sociedade (NOGUEIRA, 1996, p. 52).

Foi assim, ante o anseio de ver atendida a disposição constitucional, que o Estado de Mato Grosso do Sul promulgou a Lei n. 1.071, de 11 de julho de 1990, prevendo a criação e o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (NOGUEIRA, 1996, p. 52).

Finalmente, após alguns anos, a Lei n. 9.099/95, que entrou em vigor em 26 de novembro de 1995, introduziu no processo penal brasileiro a jurisdição consensual e, com ela, a possibilidade de haver acordo entre as partes e a reparação voluntária dos danos sofridos pela vítima, em demandas que anteriormente só poderiam ser solucionadas por meio de um processo contencioso (LIMA, 2017, p. 377).

Segundo Lima (2017, p. 377), a disposição constitucional a respeito dos juizados especiais surgiu com o fim, em suma, de provocar a solução consensual dos conflitos, conferir maior celeridade e informalidade ao processo nos crimes de menor gravidade, evitar a prescrição, revigorar a figura da vítima e possibilitar que a Justiça Criminal contasse com mais tempo para avaliar os delitos de maior gravidade.

Destarte, nas palavras do autor, trata-se, no Juizado Especial Criminal:

[...] de um novo rito, sem formalidades, célere, oral e objetivamente finalístico. Justiça consensual, pois possibilita o acordo entre a vítima e o autor, prestigiando a reparação do dano, ou entre Estado e autor, no caso de se tratar de ação penal pública incondicionada ou, se condicionada, estiver presente a representação (LIMA, 2010, p. 756).

Os Juizados Especiais Criminais (JECs), porém, têm competência para atuar em hipóteses determinadas, além de contar com princípios orientadores próprios, definidos no bojo da Lei 9.099/95.

### 3 A COMPETÊNCIA E OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Os JECs têm competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, que, para os efeitos da respectiva lei, consideram-se as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa (artigos 60, *caput* e 61, ambos da Lei n. 9.099/95<sup>1</sup>) (BRASIL, 1995).

O processo perante os juizados deve submeter-se à observância de alguns princípios específicos, estampados logo no art. 2º da Lei n. 9.099/95, *in verbis*: “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (BRASIL, 1995).

Tais critérios também são citados no art. 62 do diploma legal<sup>2</sup>, no capítulo que trata, especificadamente, dos JECs (BRASIL, 1995). Destaca-se que a redação do referido dispositivo foi recentemente alterada pela Lei n. 13.603, de 9 de janeiro de 2017, a fim de incluir, ainda, a simplicidade como critério orientador do processo perante os JECs (BRASIL, 2018).

Por conta do princípio da oralidade, os atos processuais devem ser praticados, em regra, oralmente, dando-se preferência à palavra falada sobre a escrita. A observância de tal princípio resulta em alguns efeitos, também chamados de

<sup>1</sup> Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

[...]

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (BRASIL, 1995).

<sup>2</sup> Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 13.603, de 2018). (BRASIL, 1995).

subprincípios, quais sejam: os princípios da concentração, do imediatismo, da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e da identidade física do juiz (LIMA, 2017, p. 379).

Pelo princípio da concentração, busca-se que os atos do procedimento sejam realizados em uma única audiência, de forma a abreviar o espaço de tempo entre a data do fato e o julgamento e, conseqüentemente, favorecer o alcance da verdade. De outro norte, o princípio do imediatismo está atrelado à colheita de provas pelo juiz em contato direto com os envolvidos (LIMA, 2017, p. 379).

O princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, por sua vez, objetiva que as decisões tomadas pelo juiz durante o curso do processo, em regra, não sejam impugnadas de imediato, a fim de evitar interrupções causadas pela interposição de recursos. Finalmente, traduz-se o princípio da identidade física do juiz no fato de que deve proferir a sentença o mesmo magistrado que procedeu à colheita de provas no feito e, por conseguinte, teve contato com as partes (LIMA, 2017, p. 379).

Outro princípio orientador dos JECs é o da simplicidade. Como o próprio nome revela, o procedimento será o mais simples possível. Daí porque o termo circunstanciado toma o lugar do inquérito policial nas infrações de menor potencial ofensivo, e o processo é encaminhado ao Juízo comum quando alguns atos processuais se fazem necessários, como a citação do réu por edital (CUNHA; PINTO, 2008, p. 184).

Por sua vez, o princípio da informalidade preceitua que a busca pela justiça e pela verdade deve predominar sobre o formalismo excessivo e que, desde que alcançada a finalidade do ato, o rigorismo formal e as formas sacramentais do processo não precisam ser observadas. Atendendo a esse preceito, a Lei n. 9.099/95 estabelece que a intimação pode ser realizada por qualquer meio idôneo de comunicação (art. 67, *caput*<sup>3</sup>), que somente haverá registro dos atos considerados essenciais (art. 65, § 3<sup>o</sup><sup>4</sup>) e que apenas em caso de haver prejuízo é que será considerada a nulidade do ato, já que se preencher a finalidade para a

<sup>3</sup> Art. 67. A intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação. (BRASIL, 1995).

<sup>4</sup> Art. 65. (...)

§ 3<sup>o</sup> Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente. (BRASIL, 1995).

qual se destinou, ele é considerado válido (art. 65, *caput* e § 1<sup>o</sup>). (LIMA, 2017, p. 382).

Outrossim, acerca do princípio da economia processual, Lima (2017, p. 382) preceitua que “o maior número possível de atos processuais deve ser praticado no menor espaço de tempo e de maneira menos onerosa para as partes e para o Estado”. Como exemplo, o doutrinador cita a faculdade concedida ao juiz de limitar ou excluir certas provas, prevista no art. 81, § 1<sup>o</sup> da lei<sup>6</sup>.

Além dos critérios orientadores já citados, é notório que os JECs têm a celeridade como um de seus princípios mais marcantes. Afinal, sem ela, não há como alcançar a justiça rápida e satisfatória na solução das demandas. Cumpre ressaltar, contudo, que a celeridade processual não se coaduna com a pressa inconsequente, mas sim com a efetiva resolução dos conflitos dentro de um prazo razoável (NOGUEIRA, 1996, p. 73). Como bem destaca Nogueira (1996, p. 73-74): “Não se queira também ir de um extremo a outro: de uma justiça morosa, injusta e descumpridora de prazos a uma justiça plantonista, imediata e falha, pois, aqui, a pressa é inimiga da perfeição”.

Após breve análise do disposto no art. 2<sup>o</sup> da Lei 9.099/95, é imperioso destacar que princípios fundamentais do processo penal, tais como o contraditório, a amplitude de defesa, o duplo grau de jurisdição e a assistência também servem de base, ainda que informalmente, para o procedimento do Juizado Especial Criminal (NOGUEIRA, 1996, p. 74-75).

Preleciona o art. 5<sup>o</sup>, inciso LV, da Constituição Federal, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Como bem destaca Rangel (2013, p. 17-18), o princípio do contraditório faz parte do sistema acusatório, no qual as partes possuem igualdade de condições. Segundo o autor:

A instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público (ou seu substituto

<sup>5</sup> Art. 65. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei.

<sup>§ 1<sup>o</sup></sup> Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo. (BRASIL, 1995).

<sup>6</sup> Art. 81. (...)

<sup>§ 1<sup>o</sup></sup> Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias. (BRASIL, 1995).



processual) em sua peça exordial. Não. A outra parte também deve ser ouvida (*audiatur est altera pars*). (RANGEL, 2013, p. 17).

Ressalta-se que, enquanto o referido princípio assegura a garantia da participação, ou seja, da parte poder impugnar as alegações que forem contrárias aos seus interesses, a ampla defesa determina a efetiva prática dessa participação, inclusive sob pena de nulidade nos casos em que for prejudicial ao acusado (OLIVEIRA, 2015, p. 44-45).

Em razão do princípio da ampla defesa, nos moldes do disposto no art. 5º, incisos LV e LXXIV, da Constituição Federal<sup>7</sup>, o Estado possui a obrigatoriedade de garantir defesa completa, pessoal ou técnica, a todo acusado, e a assistência judiciária gratuita aos necessitados (CAPEZ, 2012, p. 65-66).

Importante destacar ainda que, conforme leciona Nogueira (1996, p. 74), o tradicional princípio da assistência também está presente e é indispensável no JEC. O acompanhamento do processo por um advogado, desde a fase policial, advém da regra insculpida no art. 5º, LXIII, da Carta Magna, segundo a qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

Destaca-se que no Juizado Cível a assistência pelo causídico é dispensável quando o valor do pedido é inferior a vinte vezes o salário mínimo (art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.099/95<sup>8</sup>). Em contrapartida, é evidente a relevância da presença do advogado no âmbito criminal, sobretudo em razão dos princípios do contraditório e da ampla defesa (NOGUEIRA, 1996, p. 74-75).

Após breve análise dos princípios orientadores dos JECs, importa tecer algumas considerações a respeito das medidas despenalizadoras incorporadas pela Lei n. 9.099/95.

<sup>7</sup> Art. 5º [...]:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

[...]. (BRASIL, 1988).

<sup>8</sup> Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. (BRASIL, 1995).

## 4 AS MEDIDAS DESPENALIZADORAS INTRODUZIDAS PELA LEI N. 9.099/95

De maneira sucinta, leciona Avena (2010, p. 736) que os objetivos dos Juizados Especiais Criminais consistem “na reparação dos danos civis causados com a infração penal e na substituição da pena privativa da liberdade por outra que não tenha essa natureza”.

De fato, houve a introdução de quatro medidas despenalizadoras pela Lei n. 9.099/95: a composição dos danos civis, a transação penal, a representação nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas e a suspensão condicional do processo. Por meio delas, o acordo entre os envolvidos pode obstar o prosseguimento do feito, ou até mesmo a sua instauração (LIMA, 2017, p. 378).

A primeira delas encontra previsão no art. 74 do diploma legal. Extrai-se do dispositivo: “A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.” Na sequência, o parágrafo único disciplina que o acordo homologado provoca a renúncia ao direito de queixa ou representação quando se tratar de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação (BRASIL, 1995).

Destaca-se que a Lei n. 9.099/95 originou nova hipótese de extinção da punibilidade não prevista no rol do art. 107 do Código Penal<sup>9</sup>, na medida em que a composição dos danos civis homologada pelo juiz, mencionada acima, acarreta a extinção da punibilidade do autor (LIMA, 2010, p. 771).

Por outro lado, consoante dispõe o art. 75 da lei dos juizados<sup>10</sup>, caso a composição não seja atingida, a vítima poderá oferecer representação verbal, que será reduzida a termo. Aqui, importa mencionar que, muito embora o procedimento em análise seja regido pelo princípio da oralidade, alguns atos, como a representação, a denúncia e a sentença devem ser reduzidos a termo e, por-

<sup>9</sup> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

- I - pela morte do agente;
- II - pela anistia, graça ou indulto;
- III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV - pela prescrição, decadência ou preempção;
- V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- VII - (Revogado pela Lei n. 11.106, de 2005)
- VIII - (Revogado pela Lei n. 11.106, de 2005)
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1940).

<sup>10</sup> Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo. (BRASIL, 1995).

tanto, fogem à regra (LIMA, 2010, p. 773).

Ressalta-se, contudo, que, nos termos do parágrafo único do dispositivo acima citado “o não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei” (BRASIL, 1995).

Outra medida despenalizadora, a transação penal consiste no acordo realizado entre o autor do fato e o órgão acusatório, quando este propõe ao agente uma pena alternativa, não privativa de liberdade. De fato, satisfeitos os pressupostos legais e pautado no princípio da discricionariedade limitada, o Ministério Público pode deixar de promover a ação penal sob certas condições (CAPEZ, 2012, p. 613).

A referida medida vem estampada no art. 76, *caput*, da Lei n. 9.099/95, *in verbis*: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.” (BRASIL, 1995).

Nos termos do § 2º do dispositivo acima transcrito<sup>11</sup>, são ainda pressupostos para a proposta de transação penal não ter sido o autor do fato condenado pela prática de crime a pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, ou beneficiado anteriormente pela transação penal, no prazo de cinco anos. Ademais, a personalidade, a conduta social e os antecedentes do agente, bem ainda os motivos e as circunstâncias, devem indicar ser necessária e suficiente a medida (BRASIL, 1995).

A terceira medida despenalizadora citada, ou seja, a representação nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas, está prevista no art. 88 da Lei dos Juizados Especiais. A representação deverá ser oferecida dentro do prazo de seis meses do conhecimento da autoria, sob pena de extinção da punibilidade do autor do fato, pela decadência do direito (LIMA, 2017, p.378).

Por fim, com relação à medida despenalizadora da suspensão condicional do processo, é possível que, mediante o cumprimento de determinadas condições, o processo seja suspenso por um período de dois a quatro anos (LIMA,

<sup>11</sup> Art. 76. [...]

[...]

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. (BRASIL, 1995).

2017, p. 89). A respeito, dispõe o art. 89, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Lei n. 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas [sic] ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. (BRASIL, 1995).

A Lei 9.099/95, sobretudo em razão das medidas acima comentadas, provocou o surgimento de opiniões diversas na doutrina. Enquanto alguns autores defendem as inovações instituídas pela lei, outros não as recepcionaram com bons olhos.

## 5 OPINIÕES DOUTRINÁRIAS CONTRÁRIAS E FAVORÁVEIS

Após analisar alguns aspectos basilares dos juizados criminais, observou-se que, enquanto alguns doutrinadores enaltecem as inovações trazidas pela Lei 9.099/95, outros sustentam o insucesso do diploma legal ante o processo penal brasileiro.

Com efeito, a opinião de Wunderlich (2004, p. 249-250) é de que a proposta de levar o consenso à seara criminal brasileira foi um verdadeiro fracasso.

Para o autor, dentre os motivos que levam ao insucesso da Lei 9.099/95 está o fato de que, ao invés de auxiliar na diminuição das demandas sob a observação das Varas Comuns, os JECs passaram a atuar em situações delituosas que muitas vezes eram solucionadas nas próprias Delegacias de Polícia e, portanto, nem chegavam ao Juízo (WUNDERLICH, 2004, p. 250-252).

Ademais, o referido doutrinador ainda sustenta que a obrigatoriedade do termo circunstanciado ser encaminhado ao Poder Judiciário, bem como a facilidade do seu registro, fazem com que a palavra da vítima tenha uma valoração excessiva (WUNDERLICH, 2004, p. 252-253). Nas palavras do doutrinador:

É fato notório que com o advento dos Juizados basta uma diligência na delegacia de polícia para que o autor do fato seja chamado ao Poder Judiciário. Isso, ao meu ver, ocasionou uma hipervalorização do termo circunstanciado e da palavra da vítima. A vítima é ciente de que com a sua narrativa colocará o autor do fato à frente do juiz. Muitas vezes este instrumento é utilizado de forma abusiva e com intuito vingativo. Em alguns casos o autor é obrigado a constituir defensor e comparecer ao judiciário, mas na verdade houve um registro de ocorrência que narra um fato inexistente ou que não retrata a verdade. Isto porque não há qualquer investigação sobre aquilo que foi narrado. Além disso, o autor da suposta infração acaba por aceitar qualquer benefício que lhe seja formulado em audiência a fim de evitar um eventual processo. (WUNDERLICH, 2004, p. 253).

Outro ponto negativo levantado é que a audiência de conciliação não é realizada quando a vítima e o autor do fato residem em comarcas distintas. Levanta-se, ainda, que em alguns Estados é comum a realização de audiências coletivas, quando se formula uma proposta genérica de conciliação ou transação penal, desvirtuando-se dos moldes previstos na Lei 9.099/95. O autor entende que tal prática, além de ser humilhante para o suposto autor da infração, pode provocar a desvalorização da justiça consensual penal. (WUNDERLICH, 2004, p. 255-256).

Existem opiniões desfavoráveis de alguns doutrinadores que se dirigem, sobretudo, para as medidas despenalizadoras introduzidas pela Lei n. 9.099/95.

A opinião de Wunderlich (2004, p. 257-259) é de que a efetivação da transação penal é regra quase que absoluta, pois o suposto autor do fato é pressionado a aceitá-la. Além disso, segundo o jurista, muitas vezes a proposta formulada pelo Órgão Ministerial não se atenta à condição social e econômica do indivíduo, passando a favorecer uns em detrimento de outros. E tal instituto acaba sendo aceito por diversas razões, às vezes não jurídicas.

Destaca o doutrinador que, a fim de poupar o eventual constrangimento de enfrentar um processo criminal e, conseqüentemente, participar de audiências na condição de acusado, arrolar testemunhas para demonstrar sua inocência e ter que comunicar seu endereço ao Juízo no caso de alteração, a proposta acaba sendo levada a efeito pelo noticiado por pura conveniência, mesmo diante

da ausência de autoria ou do próprio fato delituoso (WUNDERLICH, 2004, p. 259-260).

Wunderlich (2004, p. 263) sustenta que, em razão da imposição de penas sem processo e da abreviação dos procedimentos, reputa-se prudente o retorno ao clássico processo. Segundo ele:

Discutir essa problemática e fazer um contraponto crítico e teórico é fundamental. A Lei 9.099/1995 deve ser revista em sua integralidade e, quiçá, abolida. Vale dizer ainda que o sistema de infrações de menor potencialidade ofensiva não poderia estar divorciado do sistema de garantias. Afinal, não há dois sistemas. O sistema é, de fato, o único possível: o *rígido sistema de garantias constitucionais*. (WUNDERLICH, 2004, p. 263-265, grifo do autor).

Nesse mesmo aspecto, Grinover et al (2000, p. 36-37) destacam a existência de opiniões no sentido da inconstitucionalidade da Lei 9.099/95, notadamente em razão do instituto da transação penal. Segundo os doutrinadores, para aqueles que entendem dessa forma, tal acordo viola: a) a presunção de inocência, prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal<sup>12</sup>; b) o devido processo legal, estampado no art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna<sup>13</sup>, pois, na hipótese, há aplicação de uma pena sem o reconhecimento da culpa e sem um processo; e, c) a igualdade processual (art. 5º, *caput* e inciso I, da CF<sup>14</sup>), já que o benefício da transação penal é afastado por aqueles que não podem ou não desejam a composição civil dos danos.

Em que pesem essas posições, Grinover et al (2000, p. 36-37) destacam que a transação penal está expressamente prevista na própria Constituição Federal, que autoriza a aplicação do instituto nos delitos de menor potencial ofensivo. Sendo assim, não haveria motivos para se falar em inconstitucionalidade da lei 9.099/95 sob o aspecto do devido processo legal.

<sup>12</sup> Art. 5º [...] [...] [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]. (BRASIL, 1988).

<sup>13</sup> Art. 5º [...] [...] [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]. (BRASIL, 1988).

<sup>14</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]. (BRASIL, 1988).

Os doutrinadores defendem, ainda, que a aceitação da proposta constitui na verdade uma técnica de defesa e não representa o reconhecimento da culpabilidade pelo autuado (GRINOVER et al., 2000, p. 37-38). Infere-se das lições dos autores:

Por outro lado, a aceitação da proposta de transação penal, pelo autuado (necessariamente assistido pelo defensor), longe de configurar afronta ao devido processo legal, representa técnica de defesa, a qual pode consubstanciar-se em diversas atividades defensivas: a) aguardar a acusação, para exercer oportunamente o direito de defesa, em contraditório, visando à absolvição ou, de qualquer modo, a situação mais favorável do que a atingível pela transação penal; ou b) aceitar a proposta de imediata aplicação da pena, para evitar o processo e o risco de uma condenação, tudo em benefício do próprio exercício da defesa.

Resta saber se o legislador federal agiu de maneira razoável, dentro do princípio da proporcionalidade constitucional, na fixação dos parâmetros da transação penal. A resposta surge positiva.

A aceitação da sanção penal não importa em reconhecimento da culpabilidade penal, não derivando da aplicação da pena consequências desfavoráveis em relação à reincidência ou aos antecedentes criminais e a seus registros. O único efeito penal da transação é impedir novo benefício pelo prazo de cinco anos, o que também é razoável.

Ou seja, no tocante à eventual violação do princípio da presunção de inocência, ressaltam os doutrinadores que o autuado que opta por acatar a proposta de transação penal, assim como aquele que está enfrentando um processo, continua sendo considerado inocente. Afinal, a aceitação não significa reconhecer a culpabilidade penal (GRINOVER et al., 2000, p. 39).

Por fim, quanto à suposta infringência do instituto ao princípio da isonomia, tem-se que a ausência de reparação dos danos não inviabiliza a proposta de transação penal. Por certo, a Lei n. 9.099/95 prevê que, não obtida a composição dos danos, sendo caso de ação pública condicionada, o ofendido poderá representar (art. 75<sup>15</sup>). E, havendo representação, o Ministério Público pode oferecer ao autuado proposta de transação penal (art. 76<sup>16</sup>).

As conclusões de Grinover et al. (2000, p. 43) acerca da suspensão condicional do processo também são positivas. Para eles, o instituto constitui “a via

<sup>15</sup> Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo. (BRASIL, 1995).

<sup>16</sup> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (BRASIL, 1995).

mais promissora da tão esperada desburocratização da Justiça criminal”. Infere-se das lições dos autores:

Quando *ab initio*, tendo em vista tratar-se de primário, bons antecedentes, boa personalidade, boa conduta social etc., já se vislumbra que haverá possibilidade de concessão futura de *sursis* (suspensão da execução da pena já aplicada), permite-se, desde que haja aceitação do acusado e de seu defensor, a suspensão do processo, mediante condições, iniciando-se prontamente o período de prova, de no mínimo dois anos, sem se discutir a culpabilidade.

Em troca dessa *conformidade processual*, o sistema legal oferece a não realização do interrogatório e tampouco haverá colheita de provas (audiências), sentença, rol de culpados, reincidência, maus antecedentes etc. E se as condições da suspensão – dentre elas está evidentemente a reparação dos danos à vítima – são inteiramente cumpridas e nova infração não vem a ser cometida, a punibilidade resultará extinta. É como se aquele fato nunca tivesse ocorrido na vida do imputado.

[...] ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições (essa não corre durante a suspensão), a *ressocialização* do autor dos fatos, sua não-reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc. Além de tudo, é instituto que será aplicado imediatamente por todos os juízes (não só os do Juizado Criminal), não requer absolutamente nenhuma estrutura nova sofisticada ou custosa e permitirá que a Justiça criminal finalmente conte com tempo disponível para cuidar com maior atenção da criminalidade grave, reduzindo-se sua escandalosa impunidade. (GRINOVER et al., 2000, p. 42-43, grifo dos autores).

Some-se que, numa análise mais ampla, consoante já mencionado em oportunidade anterior, Lima (2017, p. 377) sustenta que a previsão constitucional de criação dos juizados especiais teve como objetivo provocar a solução consensual dos conflitos, evitar a prescrição, revigorar a figura da vítima, conferir maior celeridade e informalidade ao processo nos crimes de menor gravidade e possibilitar que a Justiça Criminal contasse com mais tempo para avaliar os delitos mais graves. Nas palavras do autor:

[...] inspirada no princípio da intervenção mínima, a Lei nº 9.099/95 importou em expressiva transformação do panorama penal e processual penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegiasse a ampliação do espaço do consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. (LIMA, 2017, p. 378).



De fato, um dos pontos considerados positivos com a entrada em vigor da Lei n. 9.099/95 é a possibilidade de a Justiça dispensar mais atenção aos crimes de maior gravidade. Nas palavras de Cunha e Pinto (2008, p. 182):

Os juizados especiais criminais foram criados com o objetivo de desburocratizar a justiça penal, permitindo, para infrações penais menos relevantes, uma solução despenalizadora, ou seja, que não implica, necessariamente, na aplicação de uma pena. De outro lado, a racionalização trazida para os delitos de menor repercussão social, permite que o Estado (Polícia, Ministério Público e Magistratura) se dedique aos fatos mais graves, estes sim merecedores da aplicação rigorosa da lei penal. Além disso, nos juizados se valoriza a vítima, bem como se busca uma justiça de consenso.

Outrossim, ao discorrer acerca das alterações promovidas pela criação dos JECs, Capez (2012, p. 597) postula que a jurisdição de consenso não ofende os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, os quais cedem espaço para a busca do consenso entre os envolvidos. Ainda, o autor ressalta que ela não viola as disposições constitucionais, pois a própria Carta Magna prevê a tentativa de conciliação nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

E, como destacam Grinover et al. (2000, p. 43), além de dar cumprimento a uma determinação constitucional, a Lei n. 9.099/95 inovou sobremaneira o processo penal brasileiro. Em sua opinião:

É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebrou-se a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Abriu-se no campo penal um certo espaço para o *consenso*. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade *consensuada*. A preocupação central, agora, já não é só a decisão (formalista) do caso, senão a busca de *solução* para o conflito. A vítima, finalmente, começa a ser *redescoberta*, porque o novo sistema se preocupou precipuamente com a reparação dos danos. Em se tratando de infrações penais da competência dos Juizados Criminais, de ação privada ou pública condicionada, a *composição civil* chega ao extremo de extinguir a punibilidade (art. 74, parágrafo único). Em síntese, estão lançadas as bases de um novo paradigma de Justiça criminal: os operadores do direito (juízes, promotores, advogados, autoridades policiais etc.) estão desempenhando um novo *papel*: o de propulsores da conciliação no âmbito penal, sob a inspiração dos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (arts. 2.º e 62). (GRINOVER et al, 2000, p. 43-44, grifo dos autores).

Como se vê, não há uma concepção única na doutrina a respeito da Lei n. 9.099/95 e seus efeitos para a Justiça Criminal. As opiniões são diversas, cada qual amparada em fundamentos específicos.

## 6 CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a entrada em vigor da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, gerou profundas mudanças na jurisdição penal, ao dispor sobre os JECs. Muitas hipóteses, cuja solução demandava um processo contencioso, passaram a ser dirimidas através do consenso entre as partes.

Com o presente trabalho, buscou-se expor algumas percepções principais acerca dos efeitos provocados pelo referido diploma legal, tanto às figuras do autor do fato e da vítima, quanto ao processo penal como um todo. E, ainda, a visão de alguns doutrinadores acerca do novo procedimento incorporado nos Juizados.

Embora haja previsão constitucional para a criação dos JECs, ao longo da pesquisa foi possível constatar que a doutrina diverge ao manifestar sua opinião sobre o procedimento e as medidas despenalizadoras introduzidas pela Lei n. 9.099/95.

Enquanto alguns defendem que o diploma legal trouxe técnicas de defesa aos autores das infrações penais de menor potencial ofensivo, outros sustentam que este instituiu a possibilidade de aplicação de pena sem processo, em inegável violação a princípios constitucionais como a ampla defesa e o devido processo legal.

Outrossim, a opinião de que a lei introduziu um procedimento mais célere e menos burocrático é contestada pelo entendimento de que, ao invés de desafogar o Judiciário, os JECs levam à apreciação do Juízo situações que poderiam ser dirimidas nas próprias Delegacias de Polícia.

Imperioso destacar que as concepções manifestadas pela doutrina, tanto positivas quanto desfavoráveis à lei dos Juizados, estão amparadas por um valioso conjunto de argumentos. O conhecimento de ambas as posições possibilita ao leitor assimilar melhor a matéria e angariar suporte para a construção de uma convicção própria.

Ademais, fazendo parte do cotidiano forense, é irrefutável que os Juizados Especiais Criminais devem atrair para si uma atenção especial, e também por este motivo optou-se pela abordagem do tema.

Por fim, vale registrar que cada caso concreto, independentemente da gravidade, faça ele parte da Justiça Comum ou dos Juizados Especiais, demanda análise peculiar, a fim de se manter distante a injustiça.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**: esquematizado. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.603, de 9 de janeiro de 2018**. Altera a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, para incluir a simplicidade como critério orientador do processo perante os Juizados Especiais Criminais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13603.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13603.htm#art2)>. Acesso em: 18 jan. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo penal**: doutrina e prática. Bahia: Salvador: JusPODIVM, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei 9.099/95. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 233-269, mar/abr. 2004.

# MULTA PESSOAL AO AGENTE POLÍTICO: UMA POSSIBILIDADE DE EFETIVIDADE AO INSTITUTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PERSONAL FINES TO POLITICAL AGENTS: A POSSIBILITY OF  
EFFECTIVENESS TO PUBLIC CIVIL CLAIMS

**Marcio Vieira**

*Especialista na Carreira do Ministério Público  
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**RESUMO:** Este trabalho pretende analisar a possibilidade de multa pessoal ao gestor público por descumprimento de decisões judiciais que visam garantir a efetividade dos direitos sociais fundamentais. Além disso, trabalha a questão dos direitos estampados no art. 6º da Constituição Federal como fundamentais e de aplicação imediata, analisa a possibilidade do controle judicial de políticas públicas e o instrumento da ação civil pública como objeto de efetivação desses direitos e, finalmente, sugere a fixação de multa pessoal ao gestor público e não ao ente público por inércia em caso de descumprimento de obrigações que visam resguardar os direitos sociais básicos dos cidadãos.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Multa pessoal. Gestor público.

**ABSTRACT:** This paper intends to analyze the possibility of a personal fine to public managers for noncompliance with judicial decisions aimed at guaranteeing the effectiveness of fundamental social rights. The paper deals with the rights set forth in article 6 of the Federal Constitution as fundamental and immediately applicable. It analyzes the possibility of judicial control of public policies and the instrument of public civil claim as an object of fulfillment of these rights. The work suggests setting a personal fine for public managers and not for public entities due to inertia in case of noncompliance with obligations aimed at safeguarding the basic social rights of citizens.

**Keywords:** Social rights. Personal fine. Public manager.

Enviado em: 05-09-2018

Aceito em: 17-10-2018

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a plausibilidade jurídica de fixar multa pessoal ao gestor público decorrente da omissão estatal em implementar políticas públicas que visam garantir os direitos fundamentais sociais dos cidadãos. Para tanto, a fim de delimitar as balizas do trabalho, avaliar-se-ão os fundamentos jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais que permitem a aplicação de *astreintes* ao agente, em razão de desobediência de comandos judiciais que buscam assegurar esses direitos.

Com a consagração dos direitos sociais, a partir do art. 6º da Constituição Federal, surge a necessidade de efetivá-los, especialmente diante do art. 5º, § 1º, do texto constitucional, que versa sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Assim, diante desse contexto, sendo perceptível a omissão do poder público em efetivar os direitos sociais, extrai-se a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para assegurá-los, quando, logicamente, esgotados os outros meios de solução dos conflitos.

Assim, considerando a ação civil pública como um dos instrumentos que pretendem resguardar os direitos sociais reclamados pela coletividade, a fim de dar efetividade à prestação jurisdicional para os casos que envolvam a implementação de políticas públicas, até mesmo como forma de evitar a dilapidação do já combalido orçamento público, emerge o ponto sensível deste artigo, qual seja, a possibilidade de imposição de *astreintes* contra a pessoa natural do gestor e não exatamente contra o Estado, em caso de descumprimento da ordem judicial.

## 2 DA NECESSÁRIA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

De acordo com o art. 6º da Constituição Federal, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados constituem-se direitos sociais. Tais direitos, de acordo com Tavares (2006, p. 712), podem ser divididos em: direitos sociais dos trabalhadores; direitos sociais de seguridade social; direitos sociais de natureza econômica; direitos sociais da cultura; e direitos sociais de segurança.

Assim, dada sua topologia no texto constitucional, a Constituição Federal classificou-os como sendo fundamentais, abandonando a fórmula de textos anteriores que os localizavam em outros títulos, como, por exemplo, os relacionados à ordem econômica e social, circunstância que imprimia reduzida eficácia e efetividade a esses direitos. (SARLET, 2001, p. 17).

Vale registrar que a localização e contextualização dos direitos sociais no texto constitucional mostra-se importante em razão dos reflexos daí advindos, em especial na garantia de sua aplicabilidade, conforme o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, ao determinar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nota-se que, muito embora o dispositivo antes mencionado esteja inserido no capítulo da Constituição referente aos “direitos e deveres individuais e coletivos”, a doutrina entende que sua aplicação deve abranger todas as normas relativas a direitos fundamentais previstas no ordenamento constitucional, até mesmo porque “a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto de nossa Lei Fundamental, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF”. (SARLET, 2010, p. 16).

Os direitos sociais podem ser classificados como fundamentais de segunda geração/dimensão, uma vez que procuram conferir um caráter substancial às liberdades (direitos de primeira geração/dimensão), em que é necessária uma atuação positiva do Estado, visando conferir igualdade entre os indivíduos. Assim, de acordo com Galindo (2004, p. 59), a partir desse enfoque, não se tem a concepção de um Estado abstencionista, mas intervencionista no plano socioeconômico, em que os desprivilegiados teriam participação no bem-estar social, ou seja, possuiriam “direitos ao acesso e utilização de prestações estatais” ou, em outros termos, “direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade”.

Apesar de estarem localizadas no cume do sistema jurídico, nem sempre as normas que visam à proteção a direitos sociais, incluindo neste aspecto, as normas decorrentes da constitucionalização do direito (BARROSO, 2011, p. 376), conseguem atingir sua efetividade. Contudo, é necessário que se constate inexistir norma constitucional desprovida de eficácia e aplicabilidade. Afinal, o

compromisso constitucional relacionado aos direitos sociais, sem que o Estado tenha a possibilidade de promovê-los, não pode gerar ceticismo e frustração dos cidadãos, mas sim a busca por meios de concretizá-los.

Para tanto, exsurge o já mencionado dispositivo constitucional acerca da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias constitucionais (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal), em que a efetividade dar-se-á, na concepção de Silva (2003, p. 164), “até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento”, concluindo que “o Poder Judiciário, a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”.

Convém mencionar, ainda, que a questão da eficácia reduzida dos direitos sociais não está relacionada à letargia do legislador ordinário, mas sim ao processo de formular e implementar políticas públicas, em especial diante da escassez de recursos financeiros. Aliás, o legislador brasileiro é pródigo em regulamentar infraconstitucionalmente os direitos sociais, como se pode citar, por exemplo, as Leis n. 8.069/90 (infância e juventude), n. 8.080/90 (saúde), n. 8.742/93 (assistência social) e n. 9.394/96 (educação), que, embora tenham trazido mudanças significativas, muitas vezes não alcançaram a concretização esperada.

Nesse contexto, considerando a omissão de implementação das políticas públicas essenciais aos cidadãos, a fim de assegurar uma vida pautada na dignidade da pessoa humana, é trivial que o Poder Judiciário deverá intervir em políticas públicas, quando, logicamente, esgotados outros meios de solução dos conflitos.

### **3 DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

As políticas públicas podem ser definidas como “execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”. (APPIO, 2007, p. 136). É por elas que o Estado poderá, de forma organizada, realizar os objetivos já previstos na Constituição Federal, especialmente com relação aos direitos fundamentais que dependam de suas ações. (BARCELLOS, 2005, p. 90).



Logo, o que se percebe é que a questão relativa à eficácia dos direitos sociais está imbricada com o controle das políticas públicas que, em alguns momentos, pode ser realizado pelo Poder Judiciário. Diante, então, de ação ou omissão do Estado, quando esvaídos os outros meios de solução dos conflitos, haverá a possibilidade de intervenção judicial nas escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo, a fim de garantir determinada prestação social.

Sobre a intervenção do Poder Judiciário na “esfera discricionária” do ato administrativo, é maciço o entendimento jurisprudencial sobre sua possibilidade. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal dão conta que é dever do Estado proporcionar os meios que viabilizem o exercício de direitos fundamentais dos cidadãos, razão pela qual a concretização desses direitos não pode depender de avaliações meramente discricionárias e, portanto, ainda que a formulação e execução sejam atos primariamente relacionados aos Poderes Legislativo e Executivo, deverá o Judiciário determinar as hipóteses em que devam ser implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão “mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. (BRASIL, 2010b).

O orçamento, por sua vez, é o instrumento essencial para realização das políticas públicas, de forma que o controle judicial da execução desses programas, que tendem a viabilizar os direitos sociais, passa pelo controle da disponibilidade de recursos e da execução orçamentária.

É necessário atentar, contudo, que a arrecadação dos entes estatais é limitada e, em razão disso, há que se ponderar que o Estado não poderá realizar prestações sociais que ultrapassem sua disponibilidade financeira. Logo, não se podendo ignorar a realidade fática, a questão econômica deverá corresponder a um limite para implementação dos direitos sociais, especialmente porque o direito não tem o condão de gerar os recursos para realização das políticas públicas. (SARLET, 2010, p. 327).

Surge, então, o primeiro óbice para efetivação, via controle judicial, das políticas públicas, destacando-se o conceito que a doutrina e a jurisprudência costumam denominar como teoria da reserva do possível. Esta constitui-se elemento limitador da aplicação do direito ao verberar que a efetivação dos direitos sociais está condicionada à disponibilidade fática e jurídica dos recursos necessários para consecução de determinado interesse.

A antes citada teoria trata-se, na essência, de construção jurídica alemã originária de ação judicial (caso conhecido como "*numerus clausus*") em que estudantes objetivavam frequentar instituições de ensino superior ao argumento da garantia de livre escolha de trabalho, de ofício ou de profissão. A Suprema Corte daquele país decidiu que somente se pode exigir do Estado a prestação de direito social se observados os limites de razoabilidade, uma vez que se estaria sujeito à "reserva do possível". (STIBORSKI, [2015]).

Assim, ao verificar ser impossível atender as necessidades de todos os cidadãos, o Estado deve elencar as prioridades, ou seja, selecionar quais os direitos sociais devem ser priorizados. Essa "escolha trágica", denominação utilizada para respaldar a opção entre um e outro investimento, é realizada pelo administrador quando propõe a elaboração do orçamento e das próprias políticas públicas.

Entretanto, conforme leciona Joskowicz (2010, p. 10), é necessário verificar se a ausência de subsídios para o estabelecimento de política pública essencial não é decorrente de uma má alocação de recursos públicos. A autora discorre que é possível extrair do texto constitucional as prioridades estabelecidas pelo poder constituinte, dentre as quais a efetivação dos direitos fundamentais, razão pela qual o orçamento deve ser destinado prioritariamente aos fins considerados essenciais. Havendo, então, desvios de recursos, o argumento da reserva do possível perde sua legitimidade.

Logo, cabe aos poderes Legislativo e Executivo implementar os meios necessários ao acautelamento dos direitos sociais e não usufruir da teoria da reserva do possível, a não ser que devidamente fundamentada a impossibilidade de alcançar-se o resultado pretendido pela absoluta falta de recursos financeiros. A importante construção jurídica não pode ser utilizada como subterfúgio pelos maus administradores que visam se esquivar de suas responsabilidades.

Consoante bem advertiu o Ministro Celso de Mello, ao decidir monocraticamente a ação de descumprimento de preceito fundamental n. 45, mostra-se ilícita a criação de obstáculo artificial, mediante a manipulação da atividade financeira, que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Assim, salvo a

existência de justo motivo, a cláusula da “reserva do possível” não poderá ser utilizada como escusa para o descumprimento das obrigações constitucionais, “notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Registra-se que, não obstante a questão das limitações financeiras, não se pode deixar de considerar, também, um eventual segundo óbice alegado na questão do controle judicial das políticas públicas, qual seja, a alegação de afronta ao princípio da separação dos poderes. Contudo, como anotado na decisão antes citada, ADPF n. 45 (BRASIL, 2014), se os Poderes Legislativo e Executivo agirem de modo irrazoável ou procederem com nítida intenção de comprometer a eficácia de direitos sociais, de modo a comprometer as condições mínimas necessárias a uma existência digna, a atuação do Poder Judiciário faz-se necessária, por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, para garantir a fruição de bens injustamente sonegados pelo Estado.

Assim, sem que haja afronta ao princípio da separação dos poderes, não estando os recursos preordenados para garantir a efetivação de direitos fundamentais, “cabe ao Poder Judiciário, em cada caso, definir qual é o real espaço dentro do qual o Legislativo e o Executivo efetivamente podem fazer suas livres escolhas e se estas foram feitas com observância dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento” (JOSKOWICZ, 2010, p. 13), interferência que não poderá ser realizada no âmbito de discricionariedade do administrador (escolhas trágicas).

#### **4 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Ultrapassada a tese de que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se de analisar situações que envolvam políticas públicas, frente a uma das principais características dos direitos sociais, qual seja, sua indisponibilidade, tem-se que a ação civil pública é um dos meios adequados para proteção coletiva desses direitos, com expressa previsão no art. 129, inciso III, da Constituição Federal, complementada pela Lei n. 7.347/85, que, em seu art. 1º, prevê as hipóteses de sua propositura, especialmente quando outras ferramentas não conseguirem êxito na solução dos conflitos<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Podem ser citados como outras ferramentas as audiências públicas, a recomendação, o termo de ajustamento de

Zenkner (2006, p. 46), ao comentar os instrumentos hábeis de tutela para efetividade processual, menciona que o modelo de processo individualista estabelecido pela legislação processual civil (faz menção à legislação de 1973, mas que pode ser observada, em parte, no novo CPC) mostra uma carência evidente com relação aos litígios atuais. Assim, menciona que, diante da massificação das relações sociais, foram criados poderosos instrumentos de tutela dos direitos coletivos, incluindo, aí, a antes mencionada Lei da Ação Civil Pública, bem como o Código de Defesa do Consumidor.

Quanto a seu objeto, o art. 3º da Lei n. 7.347/85 disciplina que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, ressaltando-se, com relação as últimas hipóteses (obrigação de fazer ou não), que “o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária” (art. 11), especialmente se a medida for suficiente, compatível e independente de pedido do autor.

Com efeito, a legislação que rege a ação civil pública inicia um período em que o Poder Judiciário passou a garantir o exercício de direitos difusos, que, de acordo com a concepção prevista no Código de Defesa do Consumidor (legislação integrante do microsistema de tutela coletiva), são aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, inciso I). Tem-se, então uma transmutação na jurisdição “de singela subsunção do fato à norma de regência, para entrar em ponderações outras, de cunho sociológico, cultural, político e econômico”. (MANCUSO, 2001, p. 68).

De acordo com as lições de Alonso Júnior (2005, p. 209), o instituto da ação civil pública deve ser utilizado diante da verificação de ameaça, lesão ou sonegação de direitos coletivos fundamentais, mencionado que se verifica maior dificuldade de implementação dos direitos fundamentais sociais, previstos em geral em normas constitucionais de eficácia limitada, que dependem de concretização pelo legislador infraconstitucional para obter plena eficácia. Discorre, ainda, que, por meio da ação civil pública, poder-se-á acompanhar a conveni-

---

conduta e os atos dos Tribunais de Contas. São importantes canais que buscam a mitigação dos instrumentos tradicionais que abastecem o Poder Judiciário de demandas, colaborando, então com a desobstrução da máquina jurisdicional do Estado.

ência e oportunidade da Administração. Assim, se for analisado e concluído que a situação de não agir demonstra ofensa aos direitos fundamentais, existindo condições para uma atuação positiva, haverá sustentação para deflagração do processo. (ALONSO JUNIOR, p. 215).

Diante, então, da presença de algum direito social sonogado, seja ele de natureza difusa ou coletiva, caberá a propositura da ação civil pública por seus legitimados, como prevê o art. 1º, inciso IV, da Lei n. 7.347/85. Contudo, não basta apenas garantir o início de um procedimento, é preciso também garantir sua finalidade, de modo a proporcionar que os entes públicos responsáveis pela política em discussão cumpram peremptoriamente o exigido pelos administrados.

Nessa perspectiva, surge a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva, como será proposto no próximo item, a fim de conferir a ela segurança e efetividade, especialmente porque, consoante ensina Borba (2008, p. 151), na atualidade, a atenção deve ser voltada com maior agudez para a instrumentalidade do processo, em respeito, obviamente, às garantias inalienáveis do devido processo legal.

## **5 A MULTA PESSOAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM AÇÕES QUE ENVOLVAM POLÍTICAS PÚBLICAS**

Como já mencionado, o art. 11 da Lei da Ação Civil Pública prevê a possibilidade de cominação de multa diária em caso de descumprimento da prestação da atividade objeto da lide. O dispositivo deve ser lido em conjunto com os arts. 536<sup>2</sup> e 537<sup>3</sup> do Código de Processo Civil, que versam, também, sobre a hipótese de aplicação de multa no cumprimento de sentença.

Percebe-se, então, que a tutela inibitória, que tem fundamento nos dispositivos antes citados, como instrumento de efetividade do processo, é medida colocada à disposição do julgador para atribuir segurança e efetividade às

<sup>2</sup> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (sem grifos no original)

<sup>3</sup> Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. (sem grifos no original)

decisões judiciais com o intuito de garantir a própria respeitabilidade da ordem jurídica, tudo isso com vistas a resguardar, quando se trata de tutela coletiva dos direitos sociais, os próprios fundamentos da República, previstos no art. 1º da Constituição Federal. Afinal, fazer valer a autoridade da prestação jurisdicional, que é a última instância para solver os conflitos de interesse, é uma das mais evidentes expressões do Estado de Direito.

É necessário registrar, inicialmente, que não há dúvidas acerca da fixação de *astreintes* em face da pessoa jurídica de direito público, sem que exista maiores distinções em comparação com as pessoas de direito privado, conforme entendimento já fixado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos<sup>4</sup>.

É necessário, contudo, ressaltar que o entendimento jurisprudencial antes citado não se traduz em consenso na doutrina, que, de forma mais atenta aos anseios sociais, menciona que a multa deve ser direcionada aos agentes públicos. Com efeito, Greco Filho (2009, p. 245) menciona argumenta que este meio executivo é ineficaz “porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo”, acrescentando Arenhart (2008, p. 5) que, por não sofrer o titular do cargo público, pessoalmente, a ameaça do meio coercitivo que se pretende revelar, dificilmente ele será estimulado a cumprir a ordem judicial.

Logo, a fixação de multa contra a pessoa jurídica não se afigura a providência mais adequada para efetivação de direitos, até mesmo porque, consoante esclarece Fiori Júnior ([201-]], p. 3), o mau gestor não se importa com o erário, não se sentindo, logicamente, pressionado pelo prejuízo causado em função do descumprimento da ordem judicial, embora seja possível contra ele ação de regresso ou responsabilização por ato de improbidade administrativa.

<sup>4</sup> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. 3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; [...] REsp 1474665/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017. (BRASIL, 2017).

Ademais, Cunha (2016, p. 138-139) indica que qualquer fixação de *astreintes* contra a Fazenda Pública impõe a impressão do procedimento executivo sobre rito dos precatórios. Logo, de acordo com o processualista, a multa contra o ente estatal somente poderá ser exigida após o trânsito em julgado, razão pela qual se mostra necessária a adoção de meios alternativos para assegurar a eficácia prática dos meios executivos que, contudo, não visam a substituição da execução por precatórios, mas a efetividade da decisão judicial.

Não há dúvidas, portanto, de que são necessários outros meios para dar efetividade ao provimento jurisdicional que envolva direitos sociais. Essa busca passa, pois, por uma construção que busque a responsabilização imediata do agente público. Como antes mencionado, é certo que a responsabilização por ação de regresso ou por improbidade administrativa são medidas que podem ser tomadas contra pessoas naturais que impeçam a consagração das políticas públicas, providências que, contudo, não são dotadas de coercibilidade imediata.

Logo, afigura-se necessário dar força coercitiva e imediata com base nessa “ameaça” ao administrador. Como bem pontua Didier Júnior (2014, p. 453), para evitar a renitência dos maus gestores, diante do poder geral de efetivação conferido ao magistrado, não há impedimento para que ele fixe *astreintes* diretamente ao agente público responsável pelo cumprimento da obrigação, especialmente porque a ameaça vai mostrar-se séria e apta a satisfazer o credor.

Importante ressaltar que, embora inexista expressa previsão legal acerca da possibilidade de coerção do administrador público, tal entendimento deve decorrer de uma interpretação sistemática dos dispositivos legais que fomentam a hipótese de multa. O art. 11 da Lei da Ação Civil Pública, que permite a fixação de multa por descumprimento da obrigação de (não) fazer, cumulado com o art. 536, § 1º, do Código de Processo Civil, disponibiliza ao magistrado essa faculdade, uma vez que esse último dispõe, de forma exemplificativa, “entre outras”, quais medidas poderão ser adotadas para dar efetividade à decisão.

Sobre a questão relativa à presença de norma para concretização da aplicação da multa pessoal, é importante mencionar, ainda, que a doutrina de Guerra (2003, p. 77-78) afirma que não se pode deixar de utilizar o instrumento por ausência de previsão legal, até mesmo porque, diante de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, eles podem ser concretizados independente de lei e até mesmo *contra legem*, com a observância, obviamente, de outras garantias fundamentais.

Quanto à jurisprudência acerca da possibilidade de multa ao administrador público, cabe ressaltar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em geral, é refratária em admitir tal fixação. Encontra-se, no âmbito da citada Corte Judicial, as seguintes situações: (i) precedente que, reformando decisão de primeiro grau, redireciona a multa à pessoa jurídica envolvida<sup>5</sup>; (ii) julgado que entende que o gestor público deva figurar no polo passivo da demanda<sup>6</sup>; e (iii) acórdão que reconheceu a legitimidade da autoridade para figurar no polo passivo<sup>7</sup>.

No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, embora exista o entendimento predominante no sentido de não ser possível aplicação de multa ao agente público por não ter participado do processo<sup>8</sup>, há precedente em sentido oposto, que afirma que, no âmbito de ação civil pública, a multa “pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais”<sup>9</sup>.

Fixada, então, a premissa de que é possível, através interpretação sistêmica, a fixação de multa pessoal ao gestor público por descumprimento de ordem judicial que envolva políticas públicas, importa atentar-se às garantias do contraditório e da ampla defesa previstas no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Assim, consoante ensina Cunha (2016, p. 139), é necessário “que, antes de impor multa ao agente público, seja observado o contraditório, intimando-o para cumprir a decisão e advertindo-o da possibilidade de se expor à penalidade pecuniária”.

Marinoni (2013, p. 476), ao também discorrer sobre a participação do gestor no processo, menciona que não há procedência no argumento de que a pessoa natural do gestor não pode ser obrigada a pagar multa por não ser parte

<sup>5</sup> TJSC, Agravo de Instrumento n. 0150208-31.2015.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 04-10-2016.

<sup>6</sup> TJSC, Apelação Cível n. 2013.055289-1, de Caçador, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Terceira Câmara de Direito Público, j. 24-06-2014.

<sup>7</sup> TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.060991-1, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 27-10-2015

<sup>8</sup> Por exemplo, AgRg no AREsp 196.946/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 16/05/2013

<sup>9</sup> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER. ASTREINTES. VALOR. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. FIXAÇÃO CONTRA AGENTE PÚBLICO. VIABILIDADE. ART. 11 DA LEI Nº 7.347/85. 1. O pedido de minoração da quantia arbitrada a título de astreintes não ultrapassa a barreira do conhecimento, uma vez que o valor confirmado pela Corte de origem - R\$ 5.000 (cinco mil reais) por dia - não se mostra manifestamente desarrazoado e exorbitante. Por conseguinte, sua modificação dependeria de profunda incursão na seara fático-probatória. Incidência da Súmula 07/STJ. 2. A cominação de astreintes prevista no art. 11 da Lei nº 7.347/85 pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. 3. Recurso especial conhecido em parte e não provido. REsp 1111562/RN, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 18/09/2009. (BRASIL, 2010a)



no processo. Afirma, ainda, que a cobrança de multa não guarda relação com o fato de o inadimplente ser o responsável pelo cumprimento da decisão, uma vez que não se exige nada da autoridade em virtude do que foi discutido no processo, mas em razão de sua posição de agente capaz de dar cumprimento ao provimento jurisdicional. Logo, segundo o autor, a tese de que a multa não pode recair sobre sua pessoa só seria admitida se partisse da premissa de que o poder público pode descumprir decisões judiciais em prol do interesse público.

É oportuno destacar que o precedente antes citado do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.111.562/RN) foi objeto de embargos<sup>10</sup> declaratórios, em que restou assentada a necessidade de proporcionar às autoridades o contraditório e a ampla defesa, ressaltando que a simples intimação das autoridades para informar o conteúdo da decisão não é suficiente para ensejar a multa pessoal. Contudo, a solução aviada pelo relator no decorrer do seu voto, consubstanciada na formação de “processo sumário e incidental, onde viria assegurada a ampla defesa e o contraditório a esse mesmo agente administrativo”, baseada no procedimento da exibição de documentos previsto na legislação processual, afigura-se por demais burocratizada, na medida em que exacerba a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa e olvida o princípio da razoável duração do processo e os meios que garantam sua celeridade, também estampado no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

Acerca do ponto acima citado, vale mencionar as regras do instituto *contempt of court* (desprezo pela corte/ultraje à corte) do direito comparado, que visam, em síntese, garantir a boa administração da justiça e o prestígio do Poder Judiciário. No direito canadense, por exemplo, em caso de descumprimento de decisões da corte, o procedimento visa à efetividade e, como regra, não pode

<sup>10</sup> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASTREINTES. FIXAÇÃO CONTRA AGENTE PÚBLICO. VIABILIDADE. ART. 11 DA LEI Nº 7.347/85. FALTA DE PRÉVIA INTIMAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL. 1. Ainda que não tenha ocorrido a alegada contradição, pois as premissas do voto são coerentes com a conclusão a que chegou, o acórdão embargado foi omissivo, ao não atentar para as especiais circunstâncias deste caso, em que a astreinte veio a ser estendida aos agentes públicos que não haviam integrado a relação processual. 2. Como anotado no acórdão embargado, o art. 11 da Lei nº 7.347/85 autoriza o direcionamento da multa cominatória destinada a promover o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer estipulada no bojo de ação civil pública não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes públicos responsáveis pela efetivação das determinações judiciais, superando-se, assim, a deletéria ineficiência que adviria da imposição desta medida exclusivamente à pessoa jurídica de direito público. 3. Todavia, no caso dos autos, a prolação da decisão interlocutória que determinou a aplicação da multa não foi antecedida de qualquer ato processual tendente a chamar aos autos as referidas autoridades públicas, sucedendo-se apenas a expedição de mandados de intimação dirigidos a informar sobre o conteúdo do citado decisum. 4. Assim, as autoridades foram surpreendidas pela cominação de astreintes e sequer tiveram a oportunidade de manifestarem-se sobre o pedido deduzido pelo Parquet Estadual, de sorte que se acabou por desrespeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa sob o aspecto material propriamente dito, daí porque deve ser afastada a multa. 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. EDcl no REsp 1111562/RN, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 16/06/2010. (BRASIL, 2009).

ter maiores formalidades que as essenciais para assegurar o sumário exercício de defesa, ou seja, “quem seja considerado culpado [flagrado] por *contempt of court* na presença de um juiz no exercício de suas funções pode ser condenado de plano, providenciando-se para que seja chamado a justificar seu comportamento” (SANTOS, 2011, p. 95).

Logo, a fim de conferir eficácia aos pronunciamentos judiciais que busquem a efetivação de direitos sociais e políticas públicas, como forma de resguardar as garantias do contraditório e da ampla defesa, bem como garantir a razoável duração do processo, é necessário crer que seja suficiente a intimação do gestor público para que explicita as razões de sua inércia, sob pena da fixação de *astreintes* caso se mantenha silente ou o magistrado entenda que as explicações não o convençam.

Não faz sentido, então, a adoção de um formalismo exacerbado, com a formação de incidente, para que, no final do processo, reste configurada a responsabilidade pessoal do agente público. Adotar essa concepção significa reduzir a eficácia do provimento jurisdicional, como acontece com a imposição da multa à pessoa jurídica responsável, que, como já registrado, fica submetida a execução pelo procedimento dos precatórios. A simples intimação para que a pessoa responsável se defenda é medida que a sociedade espera, e se coaduna com os princípios norteadores do devido processo legal, que também alberga a duração razoável do processo.

Ora, a necessidade de formação de um processo incidente, considerando a rotatividade dos gestores em cargos que tendem a garantir a realização dos direitos sociais, inviabiliza qualquer tentativa de estabilização da demanda. Assim, o que se deve ter em mente, então, é que a interpretação da supracitada legislação processual não pode ser literal, mas, sim, realizada em consonância com a finalidade da norma que possibilita ao magistrado tomar medidas necessárias para dar maior efetividade aos comandos judiciais proferidos, podendo, inclusive, direcioná-la a terceiro que não integra a lide. Afinal, o art. 77, inciso IV, do Código de Processo Civil define os deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de alguma forma participarem do processo (aqui incluindo o agente público), cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação, inclusive

mencionando a possibilidade de aplicação do já citado art. 536 do mesmo diploma (art. 77, § 4º).

Com efeito, por meio dessa construção sistêmica, é possível, ainda evitando o formalismo exacerbado da necessidade de angularização de uma tríade processual (autor/estado-juiz/agente público), garantir aos cidadãos a satisfação de seus interesses sociais, não sendo viável, por respeito à dignidade da pessoa humana, que se aguardem a concretização de instrumentos processuais específicos, especialmente diante da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O princípio da proibição de resistência instrumental, conforme cita Canela Júnior (2011, p. 136), traduz-se justamente nisso: o impedimento de que a inexistência de subsídios processuais impeça a efetivação dos direitos fundamentais, razão pela qual deve ser autorizada ao magistrado a adaptação das normas subconstitucionais para atingir o fim pretendido.

Logicamente, por fim, importa ressaltar que não é todo e qualquer gestor que deve ser responsabilizado pessoalmente pela multa. É preciso aferir as circunstâncias pelo inadimplemento da obrigação, sempre analisado o tema sobre a ótica da necessidade da judicialização do fato e do princípio da reserva do possível. O que se pretende, então, não é adotar uma regra imutável com relação aos administradores da coisa pública, mas simplesmente impor àqueles que agem com dolo ou culpa, porque nestes casos não agem “em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio” (VARGAS, 2001, p. 125), do ônus da multa, a fim de dar maior efetividade ao provimento judicial determinado.

## 6 CONCLUSÃO

Não há dúvidas que os direitos sociais, estampados no art. 6º da Constituição Federal, são considerados fundamentais e, portanto, exigem que todo o sistema normativo seja configurado para que sejam implementados, especialmente diante do art. 5º, § 1º, do ordenamento constitucional, em que está prevista a aplicação imediata dos direitos fundamentais. Assim, considerando a explícita impossibilidade de implementação de políticas públicas que envolvam esses direitos, poderá haver a intervenção judicial para assegurar dignidade aos cidadãos.

Sendo, então, factível o controle judicial, é necessário atentar-se ao óbice apresentado em ações que possuem como objeto justamente a efetivação das

políticas públicas. Os recursos frequentemente são suficientes para satisfazer toda a gama de demandas, mas nem por isso o poder público pode utilizar o argumento da “reserva do possível” como forma de se exonerar de sua responsabilidade. Inexistindo, pois, causa plausível e justificável para eventual omissão, não há falar em indevida intromissão do Judiciário na margem de discricionariedade do Poder Executivo.

O controle judicial, em termos de tutela coletiva, pode ser impulsionado pela via da ação civil pública, instrumento que, diferentemente do processo civil comum, entrega um objeto determinado a parte, preocupando-se com os aspectos sociais, culturais, políticos e econômicos. Considerando, portanto, o objeto das demandas que envolvam a coletividade, é sempre necessário atentar para a criação de instrumentos que busquem proporcionar a entrega da prestação jurisdicional de forma mais efetiva.

Nesse contexto, reinante a inércia dos agentes estatais em cumprir as decisões judiciais que envolvam direitos sociais, surge como alternativa a imposição de multa ao gestor público pela sua culpa ou dolo para concretização do objeto pleiteado, sempre tendo como balizas a análise do controle judicial de políticas públicas (concreta impossibilidade de atendimento da reivindicação) e a garantia de princípios essenciais, como são as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, as garantias do contraditório e ampla defesa não podem servir como escudo para impossibilitar a aplicação da multa pessoal ao gestor público responsável pela obrigação. É necessário, então, que se adote uma interpretação sistêmica, sem formalismos exacerbados, a fim de que a observância do contraditório e da ampla defesa coadune com os demais princípios constitucionais, em que estão incluídos a garantia de um processo célere e respeito aos direitos sociais.

## REFERÊNCIAS

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A Ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos Direitos Fundamentais. *In: MILARÉ, Edis (coord.). A Ação Civil Pública Após Vinte Anos: efetividade e desafios*. 1ª ed. Coordenador: Edis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá. 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A doutrina brasileira da multa coercitiva – Três questões ainda polêmicas**. 2008. Disponível em: Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010171201.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, v. 240, p. 83-103, abr. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da tutela coletiva**. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 1111562/RN**. Relator:

Ministro Castro Meira. Distrito Federal, 1º de junho de 2010a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1111562&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1111562/RN**. Relator: Ministro Castro Meira. Distrito Federal, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1111562&b=ACOR&p=true&l=10&i=8>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1474665/RS**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Distrito Federal, 26 de abril de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402074797&dt\\_publicacao=22/06/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402074797&dt_publicacao=22/06/2017)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 29 de abril de 2014. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bu3e9ae>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603575 AgR**. Relator: Ministro Eros Grau. Distrito Federal, 20 de abril de 2010b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611114>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 5 - execução. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FIORI JÚNIOR, Sidney. **Da imposição de multa pessoal ao gestor pela ação ou omissão do poder público na garantia do direito da criança e do adolescente**. [201-]. Disponível em: <[http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/download/multa\\_pessoal\\_gestores.pdf](http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/download/multa_pessoal_gestores.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise de sua concretização cons-

titucional. Curitiba: Juruá, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: volume 3 - processo de execução a procedimentos especiais. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JOSKOWICZ, Graziela Mayra. A eficácia dos direitos sociais e o controle judicial das políticas públicas. **Revista da AGU**, v. 9, n. 24, p. 107-138, abr./jun. 2010. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/1617571](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1617571)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública**: Lei nº 7.347 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **Efetividade do processo civil coletivo**: a prisão civil no *contempt of court* como mecanismo de efetivação de decisões judiciais. Florianópolis, 2011. 158 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC-1058-D.pdf>>. Acesso em 14 mar. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, p. 17, 2001. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/6463366/os-direitos-fundamentais-sociais-na-cf-88-ingo-sarlet-2>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do possível**: Origem, conceito e ordens. [2015]. Disponível em: <<https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **As consequências da desobediência da ordem do juiz cível**. Curitiba: Juruá, 2001.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**. São Paulo: RT, 2006.



# A IMPORTÂNCIA DA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS PARA O EFETIVO COMBATE À LAVAGEM DE CAPITAIS E À CORRUPÇÃO: A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE LOCALIZAÇÃO DOS ATIVOS

THE IMPORTANCE OF ASSETS RECOVERY FOR THE EFFECTIVE FIGHT AGAINST CAPITAL LAUNDERING AND CORRUPTION: plea bargaining as an instrument to locate assets

**Ariane Bulla Jaquier**

*Especialista na Carreira do Ministério Público  
Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**RESUMO:** O presente estudo analisa o crime de lavagem de capitais sob a perspectiva dos múltiplos danos sociais, econômicos e políticos provocados pela delinquência econômica inserida em um mundo globalizado. Discorre sobre a motivação dos executores do crime: simultaneamente, evitar a punição pelo delito antecedente e tornar possível o gozo dos valores obtidos ilicitamente. Nesse sentido, seja pelos danos, seja pelo mote dos agentes criminosos, o artigo enfoca a necessidade da recuperação dos ativos provenientes da lavagem de dinheiro para a devida repressão do crime e para o combate à corrupção. Ao final, considerando a complexidade e a dinamicidade das ações que visam encobrir a origem ilícita do capital, destacou-se a necessidade de se empregar técnicas especiais de investigação para a localização de ganhos ilícitos e identificação de responsáveis, reservando-se atenção especial à colaboração premiada, uma vez que, em muitos casos, somente por meio de tal técnica é possível rastrear, ao menos de início, os proveitos do crime.

**Palavras-chave:** Lavagem de capitais. Corrupção. Recuperação de ativos. Colaboração premiada.

**ABSTRACT:** The present study analyzes the money laundering crime from the perspective of multiple social, economic and political damages caused by economic delinquency in a globalized world. It discusses the motivation of the crime perpetrators: simultaneously, to avoid punishment for the previous offense and to enable the enjoyment of the illicitly obtained values. In this sense, whether for damages or the motivation of criminal agents, the paper focuses on the need to recover money laundering assets for the proper repression of crime and for the fight against corruption. In the end, considering the complexity and dynamicity of actions aimed at hiding the illicit origin of capital, we highlight the need to employ special investigative techniques to locate illicit gains and to identify the agents. This involves paying special attention to plea bargaining, since that, in many cases, it is only through such a technique that it is possible to trace, at least initially, the profits of crime.

**Keywords:** Money laundering. Corruption. Asset recovery. Plea bargaining.

Enviado em: 30-07-2018

Aceito em: 06-10-2018

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a importância da recuperação dos ativos provenientes do crime de lavagem de capitais para a efetiva repressão do delito e para o combate à corrupção.

O estudo examina o fenômeno da lavagem de dinheiro sob a perspectiva da delinquência econômica, realizando a análise dos danos característicos desse crime e a motivação dos agentes criminosos, os quais, como regra geral, buscam furtar-se da persecução penal e evitar o confisco de seus bens. É dizer, a impunidade.

A quase ausência de fronteiras entre Estados soberanos, em termos comerciais e tecnológicos, propiciou as condições necessárias para que o crime alcançasse dimensões extraordinárias, tornando-se motivo de preocupação no plano internacional.

Delitos dessa natureza geram vultosos lucros e possuem danos característicos: além de fomentar a prática de novos ilícitos, uma vez que os seus agentes possuem recursos suficientes para (re)financiá-los. Além disso, ameaçam a estabilidade de governos frente à ruína que podem causar no âmbito econômico, político e social de uma nação.

Por consequência, políticas de prevenção e repressão à lavagem de capitais devem, necessariamente, ter como diretriz o ataque às finanças daquele que pratica a lavagem de dinheiro, haja vista que o motivo da execução do crime, em primeiro plano, consiste na obtenção de lucro.

Nesse sentir, considerando que constitui o cerne e a motivação deste estudo oferecer subsídios para demonstrar a necessidade de se recuperar o objeto do delito (bens, direitos ou valores), reservou-se atenção especial à recuperação dos valores auferidos por agentes corruptos para o efetivo combate à corrupção.

E não haveria de ser diferente, uma vez que o corrupto, no anseio de resguardar a vantagem indevida percebida, lança mão de alguma (ou algumas) das técnicas de reciclagem de ativos, a fim de conferir aparência de legalidade aos ganhos de proveniência ilícita. Também, os danos de um ou outro crime (lavagem de dinheiro e corrupção) guardam íntima relação (completam-se).

Seguindo, não há como tratar da recuperação dos ativos provenientes da lavagem de dinheiro sem atentar à mobilidade e à dinamicidade das atividades

típicas desse delito: a compreensão de seu *modus operandi* demonstra que o enfrentamento à criminalidade organizada estará fadado ao insucesso se tiver por fundamento o combate à criminalidade comum.

Nesse sentido, destacou-se no artigo a necessidade de se empregar técnicas especiais de investigação para a localização dos ganhos ilícitos e identificação de responsáveis, tendo sido conferida atenção especial à colaboração premiada, uma vez que, em alguns casos, só por meio de tal técnica torna-se viável rastrear, ao menos de início, os proveitos do crime.

Diante desse panorama, o estudo tenciona demonstrar, em última análise, que para a efetiva repressão à lavagem de capitais e à corrupção faz-se imprescindível a constrição dos bens e dos valores envolvidos na prática delitiva, seja porque o capital ilícito não será investido na prática de novos delitos, seja porque, ainda que mediatamente, a localização e a recuperação do capital ilícito conduzem à aniquilação da visão de que o crime pode ser lucrativo mesmo diante de uma sentença condenatória.

## 2 A IMPORTÂNCIA DA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS PARA A EFETIVA REPRESSÃO DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Para iniciarmos a análise do tema proposto, a fim de melhor compreendê-lo, optamos por trabalhar a conceituação da lavagem de dinheiro. Embora não seja objeto do presente estudo a abordagem do crime em tela sob os enfoques da dogmática básica (aspectos objetivos e subjetivos do tipo penal), a apresentação de um conceito torna-se relevante devido à essencialidade de certos elementos na construção de uma definição que pretenda demonstrar toda a complexidade do fenômeno criminal que se constitui o delito em exame (CORDERO, 2002. p. 90).

Por meio de uma definição analítica da lavagem de capitais, Cordero (2002, p. 91-93, grifo nosso) procede à distinção e à caracterização de tais elementos. Primeiramente, aponta a lavagem de dinheiro como um **processo** consistente em uma série de atuações progressivas, denominadas pela doutrina de fases ou etapas, destinadas ao objetivo principal daquele que “lava dinheiro”: poder usufruir de bens cuja origem seja ilícita sem despertar suspeitas.

Em seguida, afirma tratar-se de um processo de **ocultação**, pelo qual se intenta impedir o conhecimento de algo ou disfarçar a verdade. Nesse ponto,

o autor destaca que constitui questão fundamental a determinação do que se pretende ocultar.

Por fim, Cordero (2002, grifo nosso) indica como elemento essencial à definição do crime em estudo a **aparência de legitimidade** atingida pelos bens submetidos ao processo de lavagem de dinheiro, ressaltando que a ocultação da origem delitiva dos bens careceria de utilidade ao infrator se este, ao final, não pudesse dispor deles.

Na esteira do que foi referido, cita-se o conceito de lavagem de dinheiro desenvolvido por De Carli (2008, p. 116):

A lavagem de dinheiro é um processo de *depuração*. O crime, muitas vezes, é um negócio – tem objetivo de lucro. O crime econômico certamente deve ser visto assim. Como todo negócio, tem custos. Poderíamos encarar a lavagem de dinheiro como um processo produtivo que se destina a transformar dinheiro “sujo” em dinheiro “limpo”.

Maia (2007, p. 53), pioneiro no Brasil em escrever com propriedade sobre o delito em análise, compreende o fenômeno da lavagem de valores como:

O conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça.

De acordo com os conceitos que foram expostos, a par de demonstrarem que a doutrina é homogênea, denota-se que a essência do processo de reciclagem de dinheiro é a ocultação da origem (o delito antecedente) dos proveitos do delito. O distanciamento da vantagem indevida de sua origem espúria permite ao agente criminoso furtar-se das consequências jurídicas da prática do crime anterior (persecução penal – caso tenha ele sido o autor do crime) e, ainda, usufruir dos valores sem levantar suspeitas.

Para tanto, é necessário que o dinheiro seja movimentado “tantas vezes quanto possível, criando camadas de operações (através de interpostas pessoas, físicas e jurídicas)” (DE CARLI, 2008, p. 117), a fim de que, ao final, possa ser reinserido aos canais econômico-financeiros legais como se obtido licitamente.

No ponto, poder-se-ia citar algumas técnicas utilizadas para lavar dinheiro, o que se deixa de fazer em razão dos limites do trabalho. De qualquer for-

ma, no que tange às formas de reciclar valores, cumpre ressaltar que não são exclusivas de uma ou outra fase do delito em questão (conversão, dissimulação e integração), além do fato de que são utilizadas de forma combinada. Devido à complexidade do crime, qualquer simplificação desnaturaria a análise da verdade (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 103). Como consectário lógico da essência do crime (ocultação, dissimulação e engodo), já se extrai a dificuldade de se proceder ao confisco dos valores obtidos ilicitamente.

Os esquemas de integração<sup>1</sup> inserem os valores reciclados na economia de maneira que se apresentem como créditos oriundos da “criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou pela simples compra de bens” (MAIA, 2007, p. 40). É recorrente o estabelecimento de atividades baseadas em intenso efetivo, como restaurantes ou locadoras de veículos, pois permitem a injeção de capital “sujo”, e sua subsequente saída como dinheiro “limpo” (como lucros do negócio fictício ou rendas de locação) (DE CARLI, 2008, p. 119).

Por outro lado, não há se olvidar que parte dos ganhos obtidos pela transgressão da lei (prática do delito antecedente) será aplicada para subsidiar e ampliar negócios ilícitos mantidos pelos criminosos (subornos/corrupção, tráfico de drogas, de armas, falsificação de moeda, apoio ao terrorismo etc.) (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 103), do que se infere ser o processo de lavagem de dinheiro um “custo operacional que se convola em investimento” (MAIA, 2007, p. 40).

A extensão dos danos causados pela criminalidade econômica constitui-se no principal fundamento para demonstrar a necessidade de se recuperar os ativos provenientes da lavagem de dinheiro. Os impactos financeiros e sociais advindos desse delito são inegáveis: além de atentar contra o desenvolvimento econômico, financia outras atividades ilícitas, ocasionando prejuízos imensuráveis ao Estado (NAVES, 2002).

No campo econômico, a prática da lavagem de dinheiro implica graves distorções. A inserção de valores ilícitos no mercado formal, com o intuito de impedir a identificação da origem ilegal desses valores ou bens, produz uma falsa percepção de prosperidade econômica no país, uma vez que, na verdade, nada foi produzido: não foram gerados novos empregos, não houve o aumento de investimentos etc. (CALLEGARI, 2004, p. 136).

<sup>1</sup> A “integração” seria a etapa final do delito, quando os valores obtidos ilicitamente são introduzidos à economia legal (ou retornam a ela). Insta observar que a consumação do crime de lavagem de dinheiro dispensa a ocorrência de todas as fases (conversão, estratificação/dissimulação e integração), porquanto nenhum dos tipos penais exige, para a sua completude, que o dinheiro seja integrado no sistema econômico formal com aparência lícita (GOMES, 2007, p. 82).

A volatilidade desses capitais, ligada ao fato de que tais investimentos não decorrem de uma motivação econômica normal, mas unicamente especulativa, gera grande instabilidade monetária (ligada ao fluxo de capital internacional), além de oscilações nas taxas de câmbio e juros, que, frente à distorção econômica ocasionada, acarreta diretamente a implementação deficiente de políticas econômicas pelos Estados (DE CARLI, 2008, p. 106).

De fato, a lavagem de capitais repercute diretamente na formulação da política econômica e social de um país. Devido ao caráter clandestino das transações de lavagem de capitais, as alterações na demanda de dinheiro são motivadas por fatores estranhos aos fenômenos econômicos tidos como regulares (ou naturais), induzindo as autoridades a basearem suas decisões de política macroeconômica em dados distorcidos (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 105).

Nesse contexto, cumpre ainda dizer que a prática do crime de lavagem de dinheiro macula a confiabilidade das instituições financeiras nacionais envolvidas com essa criminalidade, terminando por abalar (devido à situação interna) a reputação do país frente à comunidade internacional. A integridade do sistema financeiro fica à deriva: inesperadas movimentações transfronteiriças do dinheiro, que até outrora estava “investido” no país, podem ocasionar a quebra de bancos e até mesmo crises financeiras (DE CARLI, 2008, p. 106).

Por todo o exposto, não há negar que os prejuízos advindos do crime de lavagem de dinheiro não se resumem a cifras negras, mas a danos concretos e pungentes, suportados por toda a sociedade:

De um lado, desemprego, vultosos prejuízos econômicos para empresários e investidores, diminuição dos índices de desenvolvimento humano, corrupção e insegurança pública e redução da arrecadação de impostos e de investimentos em educação e saúde. De outro lado, o enriquecimento ilícito e a utilização indevida de valores oriundos de graves crimes. (ARAS, 2007).

Não parece haver dúvida acerca da necessidade de se combater a lavagem de dinheiro. Como modalidade de delito econômico, para que a repressão Estatal seja satisfatória, é imprescindível que o Estado ataque o cerne da questão: o fluxo do dinheiro proveniente de atividades ilícitas (NAVES, 2002).

A lavagem de capitais deve ser vista como um mecanismo de defesa do transgressor destinado a evitar a ação repressiva da Justiça, de modo que se não reprimida adequadamente “reforça a impunidade, pois permite àquele que

praticou um crime usufruir do proveito ilicitamente obtido, ao mesmo tempo em que se capitaliza para refinar novas atividades criminosas” (DE CARLI, 2008, p. 108).

Portanto, deve-se evitar que o crime seja um negócio lucrativo. Não basta a identificação e a condenação penal dos criminosos, faz-se fundamental a recuperação do dinheiro. Uma vez que a lavagem de capitais presta-se, simultaneamente, a negar o crime antecedente e a tornar possível o gozo dos ganhos obtidos ilicitamente, verifica-se que a punição só será realmente efetiva se houver o confisco dos proveitos e instrumentos do crime.

### **3 A RECUPERAÇÃO DE ATIVOS COMO FATOR DETERMINANTE NA POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO**

Demonstrada a imprescindibilidade da recuperação dos ativos provenientes da lavagem de dinheiro para a efetiva repressão desse crime, passa-se a apresentar o tema sob outro enfoque: a importância da recuperação de ativos para o combate à corrupção.

Insta pontuar que, por óbvio, a punição tradicional – pena corporal – deve incidir e mantém aqui a sua importância, mas, considerando o que motiva a criminalidade econômica, tão somente o encarceramento do agente não é suficiente para desestimular a prática ilícita que deu origem ao lucro (e impedir o refinanciamento de novos crimes). Em outros termos, tão mais forte será o aspecto dissuasório da ação repressiva estatal quanto menor for a chance de o infrator manter a vantagem econômica percebida. Para tanto, como será demonstrado no capítulo seguinte, é necessário que os órgãos de persecução (mais precisamente de investigação) estejam preparados para, além de buscar os responsáveis, localizar o objeto do crime: a vantagem indevida.

Além da questão de punir devidamente, a conjugação de outras premissas também confirma a importância do tema (necessidade da recuperação dos ativos): (i) o processo de lavagem de dinheiro é levado a efeito pelas organizações criminosas para depurar os seus ganhos ilícitos e (ii) “em quase todos ramos de atividade ilícita praticado por organizações criminosas é possível encontrar, de alguma forma, a investida contra o dinheiro estatal” (MENDRONI, 2016, p. 75).

Mendroni (2016, p. 75) analisa a conjuntura acima da seguinte forma:

Para uma organização criminosa mais evoluída, por assim dizer, é muito mais fácil e menos custoso praticar corrupção entregando parte do dinheiro ilicitamente obtido a um funcionário público, cujo valor sempre dependerá do seu grau de poder, do que praticar crimes violentos, como assassinatos, que deixam cadáveres estirados e causam perplexidade e revolta da população, provocando imediata e rígida reação do poder público. A corrupção, ao contrário, opera efeitos no subterrâneo dos edifícios públicos, agindo silenciosamente e causando efeitos desejáveis pelos criminosos com incrível rapidez. As organizações criminosas típicas mafiosas são caracterizadas especialmente por se infiltrar fortemente na atividade comercial e política através da corrupção.

Na linha do que foi referido, extrai-se a conexão direta entre lavagem de dinheiro, corrupção e organização criminosa. Por óbvio que toda forma de corrupção deve ser enfrentada com o mesmo vigor, ocorre que a corrupção perpetrada por organizações criminosas, por questões lógicas (organização e poder econômico), é a que acarreta os danos mais nefastos à sociedade e arrasa de forma mais evidente a credibilidade das instituições públicas. Veja-se a atual situação política do Brasil.

O mesmo autor, na obra "Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais", indica os efeitos da corrupção à sociedade, os quais, como se pode perceber, coincidem com muitos daqueles advindos da prática da lavagem de capitais:

[...] corrói a democracia e os assuntos dos governos; causa distorção (diferenciação) nos serviços públicos; subverte o sistema legal, promovendo aplicação desigual das leis e da justiça; desestabiliza as instituições públicas com procedimentos ilegais, incluindo casos de nepotismo e atuação em interesse próprio com as coisas públicas; mistura abusivamente o "público" com o "privado", quando os agentes fazem uso de bens públicos para fins privados de forma ilegal ou irregular; prejudica o desenvolvimento econômico, incrementando a ineficiência dos bens e serviços públicos, interferindo nas regras da economia e prejudicando o crescimento econômico; inflaciona o custo dos negócios privados, com pagamentos desnecessários, acordo ilegais e práticas comerciais anticompetitivas; destrói a imagem do Governo e com ela corrói a sua legitimidade, causando descrédito da população em relação a ações governamentais imparciais. (MENDRONI, 2016, p. 75)

Como sustentado ao longo do artigo, os graves danos advindos da prática da lavagem de dinheiro e a motivação da criminalidade econômica devem servir de diretrizes para o efetivo combate ao delito. E não é diferente, como se pode notar, em relação à corrupção.



Diante da violação da lei penal, pune-se. Pune-se porque houve a violação de um bem juridicamente relevante. Pune-se em razão dos danos acima elencados. Dessarte, pode-se afirmar que a punição estaria guardando relação com as consequências do crime (pois as consequências do delito, normalmente, revelam o bem jurídico tutelado)<sup>2</sup>.

Progredindo no raciocínio exposto acima, a repressão deve guiar-se, também, à luz da motivação do criminoso, pois, tanto no delito de lavagem de capitais quanto no de corrupção, o risco do confisco do capital obtido de modo ilícito desestimula a própria prática criminosa que deu ensejo ao ganho ilegal e desencoraja a prática de novos crimes.

O estudo arrisca-se a indicar (tendo sido este o motivo da criação do presente capítulo) que, no caso da corrupção, mais do que na seara da lavagem de dinheiro, a recuperação da vantagem indevida tem o condão de inibir a prática criminosa (ou a reiteração dela).

Isso porque, nem sempre o delito antecedente à lavagem de dinheiro visa, por exemplo, ao lucro, podendo-se mencionar o financiamento ao terrorismo. O terrorismo pode consubstanciar-se em um fim em si mesmo (por questões religiosas), e, mesmo assim, a reciclagem de capitais será levada a efeito para, por exemplo, financiar o crime e/ou fazer com que o dinheiro adentre as fronteiras do país alvo sob um manto de licitude.

Agora, no âmbito da corrupção, ao fim e ao cabo, a razão do comportamento do corrupto, daquele que auferir a vantagem indevida, está, justamente, na possibilidade do ganho, do lucro.

Se o risco de perder os proveitos do crime é alto, menor é a motivação de praticar o crime. Explica-se.

No que tange à motivação dos agentes corruptos, Pagotto (2011, p. 2) explica:

A prática nacional e internacional tem demonstrado que os frutos de corrupção precisam ser escondidos e, num momento posterior, colocados à disposição dos agentes corruptos para que possam usufruir dos benefícios de sua atividade ilícita. Sem a “formalização” de tais recursos oriundos de atividades ilícitas, os riscos de detecção da

<sup>2</sup> O entendimento adotado rechaça o conceito metódico de bem jurídico, segundo o qual por bem jurídico entende-se unicamente o fim das normas, a ratio legis. Se a função do Direito Penal fosse entendida apenas como garantia de vigência das normas, o conceito de bem jurídico perderia sua substancialidade. Nessa ótica, adota-se o conceito de Roxin (2005, p. 18-19), o qual entende bens jurídicos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nestes objetivos”. Por isso que se sustenta que, de uma forma ou outra, as consequências do crime acabam revelando os bens jurídicos tutelados pela norma.

prática corrupta aumentam substancialmente. Logo, foi enfatizada a percepção de que os corruptos se utilizam dos mesmos mecanismos que traficantes de armas e de drogas, bem como terroristas.

O mesmo autor afirma que identificar a motivação do agente corrupto é um fator que contribui para o sucesso de uma política de combate à corrupção. Nesse sentido, as autoridades que combatem a corrupção “deveriam indagar a razão do comportamento corrupto para reagir melhor, atuando sobre as causas” (PAGOTTO, 2011, p. 2)

Nessa perspectiva, Pagotto (2011, p. 4) questiona até que ponto compensaria ao corrupto “aceitar o risco adicional de ser detectado e punido pelo benefício desfrutado”, e oferece a seguinte resposta, citando Susan Rose-Ackerman em “A economia política da corrupção”:

Independentemente da sanção imposta pela lei penal a alguém condenado por corrupção, os custos de se perder um cargo governamental por conduta ilícita deverão ampliar-se. [...] as penalidades devem ser atreladas aos benefícios marginais das propinas recebidas. Até certo ponto, essa é uma tarefa que cabe à lei penal e a processos de monitoramento interno. Há dois aspectos envolvidos aqui: as probabilidades de detecção e de castigo e a intensidade do castigo dada à condenação. (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 83 apud PAGOTTO, 2011, p. 4).

Com isso, depreende-se que a repressão à corrupção deve ocorrer de tal maneira a não permitir que o criminoso, ao avaliar os riscos da conduta, conclua que os danos a serem suportados diante de uma sentença condenatória ainda assim seriam inferiores aos benefícios obtidos. Em outras palavras, se o crime valer a pena em termos financeiros, a punição não será capaz de inibir a prática criminosa.

Diante da conjuntura apresentada, parece restar confirmada a assertiva apresentada de que quanto maior a possibilidade do confisco da vantagem indevida auferida pelo corrupto (a qual, relembre-se, como regra, passa pelo processo de depuração da lavagem de dinheiro), menor é a motivação do criminoso para agir.

Alargando a compreensão, a justificar o título do capítulo, e trazendo à baila a ideia de que “a mera repressão chega sempre demasiadamente tarde e não incide diretamente nas chaves últimas do fato criminal” (DE CARLI, 2008, p. 131), pode-se concluir que uma atuação eficaz dos órgãos responsáveis pela

persecução penal voltada à recuperação dos benefícios indevidamente auferidos por agentes corruptos tem o condão de alterar a política criminal de combate à corrupção, na medida em que tal postura servirá como fator considerável na análise dos riscos da conduta (análise esta feita pelo infrator).

Para tanto, torna-se imperioso àqueles a quem incumbe a investigação e o processo de crimes deste jaez estarem capacitados e alinhados a esta perspectiva.

#### **4 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE LOCALIZAÇÃO DOS ATIVOS**

Inicialmente, pontua-se que, neste capítulo, far-se-á menção apenas a ativos provenientes do crime de lavagem de dinheiro, porquanto, consoante mencionado acima, os numerários auferidos por agentes corruptos, como regra, passarão pelo processo de depuração.

Também, salienta-se que o objetivo do presente estudo não reside na exposição dos aspectos processuais do instituto da colaboração premiada, mas em demonstrar a sua importância para a localização dos produtos derivados da lavagem de dinheiro.

O crime de lavagem de capitais é notadamente marcado pela transnacionalidade das operações que o constituem. Esse caráter internacional, em realidade, é inerente à própria essência do delito: como consectário lógico, quanto maior o distanciamento do capital ilícito de sua origem, através da circulação desses valores pelos canais financeiros e bancários de diversos países, maiores serão os empecilhos para o seu rastreamento. Em verdade, mesmo que o dinheiro transite apenas em território nacional, também serão enfrentadas dificuldades para a sua localização.

A globalização econômica, fenômeno que pode ser traduzido, sinteticamente, pela internacionalização da indústria e dos capitais, bem como pela expansão do comércio internacional (BRASIL, 2008, p. 51), proporcionando – por meio de inovações tecnológicas – a mobilidade instantânea do dinheiro para praticamente qualquer localidade do globo terrestre, fornecendo as condições necessárias ao sucesso dos delitos de natureza econômica.

As palavras de Bauman (1999, p. 16-17) são esclarecedoras para entender as “vantagens” obtidas pelos criminosos com a liberdade de movimento que o capital alcançou nesse novo contexto de globalização do mercado:

A mobilidade adquirida por “pessoas que investem” – aquelas com capital, com o dinheiro necessário para investir – significa uma nova desconexão do poder face a obrigações, com efeito uma desconexão sem precedentes na sua radical incondicionalidade: obrigações com os empregados, mas também com os jovens e fracos, com as gerações futuras e com a auto-reprodução das condições gerais de vida; em suma, liberdade face ao dever de contribuir para a vida cotidiana e a perpetuação da comunidade. Surge uma nova assimetria entre a natureza extraterritorial do poder e a contínua territorialidade da “vida como um todo” – assimetria que o poder agora desarraigado, capaz de se mudar de repente ou sem aviso, é livre para explorar e abandonar às consequências dessa exploração. Livrar-se da responsabilidade pelas consequências é o ganho mais cobiçado e ansiado que a nova mobilidade propicia ao capital sem amarras locais, que flutua livremente.

Nessa conjuntura, as atividades da lavagem de dinheiro sobrepõem as fronteiras nacionais dos Estados, “tocando” soberanias e jurisdições diferentes (CORDERO, 2002, p. 51), restando visível que métodos tradicionais de investigação estão fadados ao insucesso no âmbito da criminalidade organizada.

Nessa linha, verifica-se que os sistemas de prevenção e repressão ao crime da lavagem de dinheiro (e da corrupção) só alcançarão níveis satisfatórios se puderem atingir as forças econômicas das organizações criminosas qualquer que seja a extensão do crime praticado. A forma de sucumbir o grupo criminoso (inclusive a partir da ideia de desincentivar o delito a partir do aumento do risco) é atingindo o seu “bolso”, descapitalizando-o.

“O Estado deve cumprir a regra padrão no combate à lavagem de dinheiro: *Follow the Money*” (ARAS, 2007). A expressão, que na tradução literal significa “siga o dinheiro”, aponta a necessidade de se seguir a trilha do dinheiro (*paper trail*), tanto para se chegar ao autor do delito, quanto para recuperar os bens e valores originados do crime.

Lima (2013, p. 59) adverte que:

[...] nos crimes de lavagem, cada vez mais sofisticados, é difícil para os órgãos de investigação e persecução criminal simplesmente seguir o rastro financeiro dos valores ilícitamente obtidos (“follow the money”), pois o dinheiro perde-se em um emaranhado de operações sucessivas, muitas vezes envolvendo países diversos.

E arremata que “não se trata, portanto, de seguir o dinheiro, mas de conhecer os seus caminhos, veículos e os seus transportadores” (LIMA, 2013, p. 60).

A investigação, por conseguinte, deve ser primordialmente patrimonial, a

ponto de vincular o dinheiro ao sujeito e este ao crime (antecedente), em razão da necessidade de se comprovar o conhecimento do autor da lavagem de dinheiro acerca da origem ilícita dos bens (elemento subjetivo – não precisando ele ser o autor do ilícito anterior).

Dentro desse panorama, tendo em vista a complexidade das operações desenvolvidas pelos infratores, é imprescindível que os órgãos de prevenção e repressão utilizem mecanismos especiais no campo da investigação da lavagem de dinheiro (COSTA, 2007, p. 131), inserindo-se nesse contexto as denominadas técnicas especiais de investigação e, mais precisamente, a colaboração premiada.

Aras (2013, p. 505) conceitua as técnicas especiais de investigação nos seguintes termos:

“Técnicas especiais de investigação” (TEI) são as ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração e a persecução de crimes graves, que exijam o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que se baseiam normalmente em prova documental ou testemunhal.

Prossegue no conceito ressaltando, justamente, que as técnicas especiais de investigação “permitem que os órgãos de persecução anulem a “vantagem competitiva” das ações do crime organizado e de entes terroristas, para os quais a clandestinidade e o segredo são fundamentais” (ARAS, 2013, p. 505). Isso porque, “um traço marcante das TEI é a sua aptidão para a coleta de informações, indícios ou provas de um crime sem o conhecimento do suspeito, investigado ou réu, de modo a propiciar aos órgãos estatais o fator surpresa” (ARAS, 2013, p. 505).

O autor finaliza o conceito das “TEI” indicando como traço comum entre elas a sua finalidade: “todas se prestam a aperfeiçoar a produção de provas que, de outra forma, não seriam obtidas pelos órgãos de persecução criminal”. (ARAS, 2013, p. 507).

No que tange especificamente à colaboração premiada, nas palavras de Pereira (2016, p. 193-194):

Compreendida como instituto complexo e poliforme, com híbrida natureza penal e processual, a colaboração premiada é uma técnica de investigação e meio de prova sustentada na cooperação de

pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados; inserida no ordenamento jurídico como mecanismo de justiça consensual, buscando o ingresso cognitivo dos órgãos de persecução penal no interior de atividades criminosas a partir da ampla confissão e de revelações do colaborados, sendo que a atitude cooperativa advém da expectativa de prêmio consistente em futura amenização da punição, em vista da informação voluntariamente prestada.

Conjugando as lições dos autores acima citados, tem-se que por meio das técnicas especiais de investigação e, especificamente, da colaboração premiada, os órgãos de persecução criminal podem alcançar informações acerca do *modus operandi* de um crime que, por meio da investigação tradicional, não alcançariam. E, como se sabe, nos dias de hoje, informação é poder.

Adentrando no campo da localização dos ativos provenientes da lavagem de dinheiro, excluindo a possibilidade de colaboração premiada, e considerando o panorama fático em que um agente corrupto tenha se valido de um sistema alternativo de remessas<sup>3</sup> para ocultar a vantagem ilícita percebida, verifica-se praticamente impossível a localização do numerário se alguém não indicar o paradeiro do capital.

A fim de reforçar o argumento, trazemos como exemplo um mecanismo usual de lavagem de dinheiro conhecido por “dólar-cabo”.

A operação por meio de dólar-cabo pode ocorrer em dois sentidos diferentes, quais sejam: a remessa de valores ao exterior e seu posterior reingresso (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 221). No primeiro caso, a pessoa física ou jurídica (cliente) disponibiliza valores em moeda nacional ao doleiro a fim de vê-los creditados em uma conta bancária no exterior. O doleiro ordena a um terceiro (gerente de conta mantida no exterior, com quem possui estreita relação de confiança) que efetue débito em uma conta de sua titularidade, no montante correspondente em dólares ao valor pago pelo cliente do ordenador no Brasil. A quantia ajustada será então creditada na conta bancária indicada pelo cliente comprador.

Na via oposta, o mesmo sistema de compensação bancária é utilizado, todavia a pessoa entrega o numerário ao doleiro no exterior para que este os

<sup>3</sup> Segundo Dallagnol (2013, p. 393), a definição dos Sistemas Alternativos de Remessa “inclui grande variedade de serviços, legais ou ilegais, regulados (p. ex. os money service business americanos, dentre os quais a Western Union) ou não regulados (p. ex. o dólar-cabo brasileiro), prestados por uma variedade de métodos tanto por grandes empresas multinacionais como por pequenas redes locais, abarcando agentes que operam totalmente, ou em parte, fora do sistema bancário. Apesar dessa característica conceitual, e embora seja possível empregar em compensações em rede apenas recursos em espécie ou mesmo mercadorias, normalmente, em parte do procedimento de remessa, são usados no âmbito dos ARSs os serviços bancários convencionais.”

disponibilize no Brasil, já convertido em moeda nacional.

Denota-se que o dinheiro objeto de operações do tipo dólar-cabo não chega a ultrapassar as fronteiras nacionais, o que juntamente com a ausência de registro de tais operações no Banco Central do Brasil, obstaculiza a persecução do rastro do numerário (*paper trail*) e a identificação de seus titulares.

Nessa toada, denota-se que eventual colaboração premiada seria imprescindível não só à localização, mas também, e por óbvio, à recuperação de ativos, sem o que, na linha de entendimento exposta neste artigo, não se reprime efetivamente a criminalidade econômica.

Nesse viés, denota-se que o instituto da colaboração premiada

[...] é mais do que parece, pois não se circunscreve à *delatio*, ou à identificação dos corréus (chamamento de corréu). Esta é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da administração da Justiça Criminal. Além de revelar a identidade e o paradeiro de seus cúmplices (delação), o colaborador pode facilitar a localização de coisas subtraídas, valores desviados e de quaisquer bens, direitos ou valores obtidos ou mantidos por meios ilícitos. Com isso, o revelador concorre para a restituição dos ativos ao erário ou para a recomposição do patrimônio da vítima. (ARAS, 2013, p. 533).

Como se verifica, a partir da colaboração premiada, *não é só possível chegar* a respostas que vão permitir a perfeita cognição de um crime, mas a informações que permitem, a par de contribuírem na investigação e no processo criminal, solucionar ou remediar situações, como a recuperação para os cofres públicos de valores desviados ou sonegados em razão da corrupção do aparelho estatal, sonegação ou fraude fiscal.

Por consequência, é imprescindível que cada membro dos órgãos de persecução tenha o conhecimento de toda essa gama de possibilidades que o instituto permite, a fim de que se saiba, primordialmente, quando lançar mão de um acordo de colaboração, *para quem e o que oferecer*.

A realidade atual nos mostra que o alto grau de organização *das empresas criminosas*, bem como o seu poderio econômico, não permite que se lute contra elas de forma desorganizada, sem uma estratégia de atuação. E muito menos que se lute sozinho.

## 5 CONCLUSÃO

Em face de tudo o que foi exposto, resta indubitável que o trato repressivo à lavagem de dinheiro e à corrupção deve ter por fim destruir o poderio econômico de seus agentes, seja em razão dos nefastos danos decorrentes de tais delitos, seja porque a motivação do agente criminoso, em um ou outro crime, é a manutenção da vantagem indevida (mesmo quando punido criminalmente).

Nesse vértice, é imprescindível que, em especial, a Polícia Judiciária e o Ministério Público, na condição de órgãos de persecução, saibam atuar de forma eficaz no combate à criminalidade econômica, o que começa por entender que, para haver uma paridade de forças (entre Justiça e criminalidade organizada – em sentidos antagônicos, é evidente), torna-se de suma importância o trabalho integrado entre órgãos atuantes na área penal. Além disso, a compreensão de que é imprescindível a existência de estruturas internas (servidores especializados em áreas diversas e sistema de informática de ponta) nas Instituições para dar o adequado apoio técnico àqueles que atuam diretamente na investigação e no processo penal.

Isso porque, se assim não for, diante da invencível carga de trabalho dos órgãos integrantes do sistema de persecução penal, não se faz frente à criminalidade organizada. Aliás, esse esforço conjunto (e técnico) tende a tornar a ação repressiva mais célere, e celeridade pode ser pressuposto determinante para a recuperação de ativos que estão sendo ocultados, uma vez que muitos dos mecanismos de lavagem de capitais propiciam a movimentação do dinheiro de forma quase que instantânea, não deixando rastros persecutórios.

Portanto, a atuação organizada dos órgãos responsáveis pela repressão aos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção aliada à utilização de instrumentos especiais de investigação, tendo por norte não só a identificação de responsáveis como também os ganhos ilícitos, apresenta-se, sem dúvida, como a forma mais eficiente de combater tais delitos.

Nesse contexto, a colaboração premiada apresenta-se como técnica especial de investigação importantíssima à localização *dos* ativos, sem a qual, em muitos casos, não se chegaria à cifra negra dos crimes econômicos.

Assim, a partir de uma atuação repressiva tendo por diretriz a necessidade da recuperação de ativos para o efetivo combate à lavagem de dinheiro



e à corrupção, os órgãos de persecução penal têm o poder de alterar a política criminal de afrontamento a esses delitos, porquanto, na análise de riscos feita pelo infrator, alta será a probabilidade do confisco de bens a valores e, por consequência, menor será o estímulo à prática do ato ilícito. Ou seja, a impunidade será considerada como algo não provável.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1411, maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9862/sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Penal**. Brasília: 2008.

CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. Barueri: Manole, 2004.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CORDERO, Isidoro Blanco. **El Delito de Blanqueo de Capitales**. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2002.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro:** ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

GOMES, Abel Fernandes. Lavagem de Dinheiro: notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Orgs). **Lavagem de Dinheiro:** comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro:** prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes do crime):** anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado:** aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NAVES, Nilson Vital. Lavagem de dinheiro. **BDJur**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/999>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

PAGOTTO, Leopoldo. A legislação sobre lavagem de dinheiro enquanto alteradora dos incentivos no combate à corrupção. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, [S.l.], v. 53, p. 1-11, jul. 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada:** legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas:** a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

# AUTORIA POR CONVICÇÃO: UMA RELEITURA DA CULPABILIDADE NO PARADIGMA GARANTISTA DA INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA

PERPETRATION BY CONVICTION: A REVIEW OF CULPABILITY  
WITHIN THE GUARANTISM/JUSNATURALISM OF MINIMAL  
CRIMINAL INTERVENTION

**José Luiz de Moura Faleiros**

*Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais  
Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal*

**RESUMO:** Para uma ampla compreensão do tema da Autoria por Convicção, é necessário que se busque, no campo do direito penal, esclarecimentos acerca das peculiaridades que envolvem a autoria e a culpabilidade. A mera conjectura que envolve o tema mencionado altera sobremaneira a dinâmica da matéria, trazendo novas nuances a assuntos como coautoria e participação em delitos, culpabilidade, dolo, culpa, convicção e consciência frente ao Estado Democrático de Direito, cujo estudo se apresenta indispensável a todos os operadores do Direito Penal. Dito isso, empregar-se-á o método dedutivo para a realização de pesquisa lastreada na investigação bibliográfica de conceitos, retrocedendo à gênese do objeto contido na premissa maior do estudo, para, ao final, ilustrando-se o contexto inaugurado pelo paradigma do chamado "direito penal mínimo", apurar a concretude da hipótese descrita, da qual se procurará extrair uma conclusão.

**Palavras-chave:** Autoria por convicção. Culpabilidade. Direito penal mínimo.

**ABSTRACT:** For a broad understanding of the topic of Perpetration by Conviction, it is necessary to seek, within the field of criminal law, clarifications about the peculiarities surrounding perpetration and culpability. The mere conjecture involving aforementioned topic greatly changes the dynamics surrounding the matter, highlighting new nuances to issues such as co-perpetration and participation in crimes, guilt, deceit, conviction and conscience in the face of the Democratic Rule of Law, the study of which is indispensable for every criminal law operator. That being said, the deductive method shall be employed towards a research effort that shall focus on bibliographical concepts with regard to the specific object contemplated in the main premise of the study in order to ultimately illustrate the context created by the "minimal criminal law" paradigm, as well as analyze whether the hypothesis described shall be confirmed or not and from which a conclusion shall be tentatively extracted.

**Keywords:** Perpetration by conviction. Culpability. Minimal criminal law.

## 1 INTRODUÇÃO

Na década de 1980, os movimentos denominados progressistas, impuseram novas reflexões sobre o Direito Penal. Os ditames da criminologia crítica ganharam espaço e colocou-se em xeque a proposta do controle social penal. Preocupados com a imposição da sanção aflictiva apenas aos fracos, aos denominados excluídos, aos marginalizados do sistema social, o que exigia novos rumos, enfim, outro padrão, ressurgiram os ideais do Direito Penal liberal e as garantias, que sempre lhe foram próprias – sobretudo as garantias materiais, sem desprezo das formais –, porquanto aquelas estão inseridas totalmente no ideal do Estado Democrático de Direito, que oferece ao cidadão a garantia de que sua liberdade não seja conspurcada.

Apresentou-se, então, o “garantismo” e o “direito penal mínimo”, cujo encargo fundamental é a defesa dos direitos humanos, evidenciando a crise imposta aos paradigmas antes mencionados a ponto de acarretar redução da denominada “virtualidade limitadora desses princípios”. Esse fenômeno, que é fruto das novas tendências político-criminais que já influenciaram a legislação positiva dos países centrais, é catalisado pela extrema capacidade de propagação dos meios de comunicação, que o fizeram chegar aos países periféricos, inclusive ao Brasil.

Com isso, o discurso do Direito Penal de intervenção mínima passou a ser veiculado sem nenhuma correspondência com a realidade legislativa, já antiga e incapaz de acompanhar *pari passu* os novos fluxos comunicacionais. Assim, descriminalização, despenalização e diversificação tornaram-se conceitos “fora de moda”, em desuso. A palavra de ordem, agora, tornou-se “criminalizar”, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade puramente simbólica.

A partir dessa premissa, extrai-se o tema-problema da pesquisa que ora se apresenta: se as garantias dos direitos são inderrogáveis e indisponíveis, uma vez que, no processo penal, não existe outro critério senão o da lógica da indução, fundada na pluralidade ou não das provas ou conformações, ao se analisar as ocorrências decorrentes da consciência na formatação do elemento denominado “convicção” para atribuição da autoria delitual, como transpor o obstáculo existente entre a Ciência Jurídica e o garantismo de liberdade ideológica, aliado à consciência, no âmbito do Estado Democrático de Direito?

Ao garantir os valores da personalidade de cada indivíduo, adequando-os às minorias, tendo-se em vista o mínimo campo de ação do Direito Penal, os

bens jurídicos penalmente protegidos passam a ser o alvo principal de toda proteção. E, como a personalidade do indivíduo se realiza em sua própria consciência ética, disso decorrendo a autoria criminal que a exclui dos crimes que causam dano social considerável, como sequestro, latrocínio, homicídio, dentre outros, o aprimoramento do instituto passa a demandar intervenção lógico-sistemática que o catalise a partir da proteção de direitos fundamentais.

Dito isso, empregar-se-á o método dedutivo para a realização de pesquisa lastreada na investigação bibliográfica de conceitos, retrocedendo à gênese do objeto contido na premissa maior do estudo, para, ao final, ilustrando-se o contexto inaugurado pelo paradigma do chamado “direito penal mínimo”, apurar a concretude da hipótese descrita no parágrafo anterior, da qual se procurará extrair uma conclusão.

## 2 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DO CONCEITO JURÍDICO-CRIMINAL DE AUTORIA

Abandonando todos os conceitos que procuram evidenciar o que significa a expressão “autor de infração penal”, pode-se reconhecer a autoria em toda pessoa humana que realiza o “verbo” caracterizador do fato típico. Merece nota, aliás, a abordagem de Juarez Cirino dos Santos sobre a “criminologia radical”, que

[...] distingue *objetivos ideológicos aparentes* do sistema punitivo (repressão da criminalidade, controle e redução do crime e ressocialização do criminoso) e *objetivos reais ocultos* do sistema punitivo (reprodução das relações de produção e da massa criminalizada), demonstrando que o fracasso histórico do sistema penal limita-se aos *objetivos ideológicos aparentes*, porque os *objetivos reais ocultos* do sistema punitivo representam o êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista. (SANTOS, 2018, p. 126).

Nesse complexo contexto social, a autoria, tendo-se em vista cada espécie de crime, apresenta peculiaridades específicas. Nos crimes comissivos, apresenta características próprias que a diferem da autoria de um crime comissivo por omissão. O mesmo ocorre quando realizado, por exemplo, o verbo “matar” nos crimes de homicídio doloso e culposos, ou em qualquer crime que admite esta variação de elementos subjetivos. Outros tipos penais exigem certas e determinadas condições ou qualidades do agente para a caracterização da autoria, como a qualidade de “funcionário público” no crime de peculato.

O fato de a autoria guardar relação com o tipo de crime ao qual se concorre não impede que se formule um conceito genérico de autor. As especificidades das figuras delitivas, que apresentam distinções entre as várias noções de autor, não impedem a extração de traços comuns de todas elas. Formular um conceito amplo de autor não significa negar as já mencionadas especificidades da autoria, em face dos diferentes tipos penais. Tampouco se pretende igualar, num mesmo plano, toda e qualquer autoria, para efeito de imposição de sanção penal. O conceito genérico de autor tem um claro sentido didático: contribui para a perfeita compreensão da matéria. Além disso, exige-se a fixação de uma base segura sobre a qual deverá erguer-se referido conceito.

O elemento comum, com base no qual é possível fornecer um conceito genérico de autoria, é o da “conformidade da conduta às notas formais do tipo legal” (BETTIOL, 1971, p. 239) ou da subsunção da conduta ao tipo. Autor, portanto, é aquele que, de forma direta ou indireta (autoria mediata), realiza a ação expressada no verbo típico da figura delituosa. A figura do autor, visto sob este prisma, corresponde à concepção formal objetiva, que é marcada pela diversidade de forma entre a atividade do autor e a do partícipe. Um, o autor, desempenha atividade típica em si mesma. Outro, o partícipe, não realiza, por si só, a atividade típica.

Segundo Ramos (1996, p. 26):

Não basta que a conduta do autor seja típica. É preciso, para que se configure a autoria, que a conduta típica não esteja acobertada por nenhuma causa de exclusão da ilicitude. Não se pode, ainda, desprezar o elemento subjetivo para a conceituação de autor, pois é este elemento que, agregado à conduta típica e antijurídica, lhe confere relevância jurídico penal, [...].

Rodríguez Mourullo (1970, p. 562), diante do conceito assim formulado, assevera que não se pode confundir as noções de “autor” e de “sujeito ativo” do delito. O primeiro é o sujeito que pratica a ação típica – o que não quer significar seja o mesmo responsável penalmente. Um inimputável pode ser sujeito ativo, embora não possa ser autor. O autor do delito é a pessoa que, além de praticar a ação típica, o faz antijurídica e culpavelmente.

## 2.1 MANIFESTAÇÃO DA AUTORIA

Delimitando-se a noção de autoria, constrói-se a teoria do concurso de agentes. Existem três formas de manifestação da autoria, além das formas dolosa e culposa, que serão analisadas adiante.

### 2.1.1 *Autoria imediata*

Para a concepção formal-objetiva, autor direto, ou imediato, é aquele que, de maneira pessoal e direta, antijurídica e culpável, realiza a conduta descrita no tipo. A autoria imediata é forma principal e normal de autoria, em relação à qual não é possível desvincular a ideia de realização física do tipo, de prática pessoal dos atos executórios. Na autoria imediata, a ideia de realização do tipo se confunde com a ideia de execução física e pessoal do crime.

Pretendendo esgotar a noção de autoria direta na teoria do domínio da ação<sup>1</sup>, o finalismo não prescindiu da circunstância da realização da conduta típica: “é autor direto aquele que tem o domínio do fato na forma do domínio da ação, pela pessoal e dolosa realização da conduta típica”. (BATISTA, 1979, p. 58) O autor direto possui, então, o domínio da ação, exatamente porque realiza atos típicos de execução. Só pode dominar a ação quem pode decidir sobre sua continuação ou sobre sua interrupção.

Tratando da autoria direta, tem-se o conceito de Santos (2014, p. 350):

A autoria direta define a realização pessoal do tipo de injusto pelo autor – mediante atividade do próprio corpo –, que detém, com exclusividade, o domínio do fato: realização individual da ação de matar, de ofender a integridade ou a saúde corporal de outrem etc. Os tipos legais descrevem, em geral, ações ou omissão de ações individuais e, na hipótese de realização individual do tipo de injusto, a questão da autoria se reduz ao problema criminalístico de identificação da pessoa física do autor, resolvida integralmente pelo conceito restritivo de autor, absorvido pela teoria do domínio do fato.

Para o finalismo, não havendo domínio do fato sem o dolo, a noção do domínio não favorece aquele conceito genérico de autor a que já nos referimos. Não se presta, igualmente, para construir um conceito único de autor direto que

<sup>1</sup> O conceito geral de autor, nos delitos dolosos, é extraído da ideia de domínio do Fato. Afirma Welzel (1976, p. 143): “La característica general de autor: el dominio final sobre el hecho”. Este conceito amplo abrange a autoria direta (domínio do fato sob a forma de domínio da ação) e a autoria mediata (não há domínio da ação, porque não há prática pessoal e direta da conduta típica). É o conceito adotado por Wessels (1976, p. 121): “Autor direto é quem comete o fato punível ‘pessoalmente’.”

abranja a autoria direta nos delitos culposos. Se autor direto é aquele que realiza pessoal e dolosamente a conduta típica, quem é autor direto de um crime culposo?<sup>2</sup>

Vislumbra-se, então, a necessidade de aprofundamento na análise da convicção do autor que realiza o fato típico.

### 2.1.2 *Autoria mediata*

Autor mediato é aquele que pratica a ação através da utilização de outra pessoa, que a executa direta e imediatamente. A doutrina diverge acerca da figura do autor mediato. Hungria (1983, p. 324-326) nega validade ou utilidade ao conceito. Criticando a teoria da acessoriedade da participação, afirma que a noção de autoria mediata não passa de um “artifício”, uma “ficção”, uma “metáfora intolerável”. Diz que a expressão autor mediato redundante numa impropriedade: “se o executor não é mais que um instrumento passivo, quem dele se serviu é autor ‘mediato’, como sê-lo-ia quem praticasse um crime fazendo funcionar um ‘robot’.”

É verdade que a expressão autor mediato não é exata<sup>3</sup>. Contudo, é adotada uma vez que seu uso já se encontra consagrado pela doutrina. Não se pode desconsiderar aquele que se serve de uma pessoa humana para a prática de crime. Quem o faz é sujeito mediato do delito, devendo ser punido.

Para Fragoso (1990, p. 263), pode ser o caso da enfermeira, que, em cumprimento a ordem do médico, que age dolosamente, atua de boa-fé ao ministrar ao doente uma dose fatal de veneno, ao invés do remédio adequado. Trata-se de uma hipótese de erro inevitável determinado por terceiro, que age com dolo. Neste caso, há dois agentes, embora não se possa falar em concurso ou participação. Não há participação na conduta do médico, pois falta, em relação à conduta da enfermeira, o elemento da culpa em sentido amplo. A enfermeira ficará isenta de pena. O médico, embora não vá responder pelo resultado na qualidade de partícipe, não deverá isentar-se de punição, que lhe será imposta

<sup>2</sup> Responde Welzel (1976, p. 143): “Autor de un delito culposo es todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de modo no doloso un resultado típico.” Vê-se que o finalismo não trabalha com um conceito amplo de autor, a partir da ideia de domínio do fato. A nota característica do conceito de autor, nos delitos culposos, é dada pela causalidade.

<sup>3</sup> Segundo Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 350-351): “As hipóteses de autoria mediata podem ser estudadas conforme dois critérios: a) um critério tradicional, que classifica a autoria mediata conforme o estágio do conceito de crime afetado pelo domínio do autor sobre o instrumento; b) um critério moderno, que classifica a autoria mediata conforme a natureza do domínio da vontade do instrumento.”



na condição de autor mediato do crime. O executor, no caso, a enfermeira, não passa de mero instrumento para a execução do delito.

Dá-se a autoria mediata não apenas nas hipóteses de erro determinado por terceiro, mas em todos os casos em que o executor for um instrumento juridicamente não responsável, porque age sem culpabilidade. Falta-lhe, então, convicção para a prática do delito. (WESSELS, 1976, p. 123)

A legislação penal pátria impõe que cada agente responda pelo crime nos limites de sua culpabilidade: a culpa é algo individual. É, em última análise, uma circunstância de caráter pessoal. O art. 30 do Código Penal dispõe que as circunstâncias pessoais, quando não elementares do crime, não se comunicam aos diversos partícipes.

Resta examinar a possibilidade de existência da autoria mediata nos crimes culposos.

O conceito finalista de autor, fundado na ideia de domínio final do fato, não explica a autoria nos crimes culposos com base na mesma ideia. Nos delitos culposos falta ao autor o domínio do fato, segundo a concepção finalista, pois esse domínio só pode ser concebido na forma dolosa.<sup>4</sup> Para Welzel (1976, p. 143):

todo grado de concausación respecto del resultado típico producido no dolosamente, mediante una acción que no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, fundamenta la autoría del respectivo delito culposo. Por esta razón no existe, en el ámbito de los delitos culposos, la diferencia entre autoría y participación.

Desta premissa, assentada no raciocínio finalista, podem ser extraídas três conclusões: (i) em se tratando de delitos culposos os finalistas trabalham com um conceito extensivo de autor; (ii) a concepção finalista de autor se baseia num conceito causal de ação para os delitos culposos; (iii) a autoria mediata culposa é teoricamente incompatível com a ideia de domínio do fato.

Sendo assim, se é a noção de domínio do fato que torna possível uma nítida separação entre autor (que possui o domínio do fato) e partícipe (que não possui o domínio do fato) e, ainda, se a ação, nos delitos culposos, repele uma explicação na linha do domínio do fato, logo, não há como distinguir autores e partícipes em um delito culposos.

<sup>4</sup> É como afirma Welzel (1976, p. 145): "Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige de forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho." Ainda sobre o tema, comenta Nilo Batista (1979, p. 54): "Está claro que essa posição de domínio só é concebível com a intervenção da consciência e vontade do agente: não pode haver domínio do fato sem dolo, aqui compreendido como conhecer e querer os elementos objetivos que compõem o tipo legal".

## 2.2 AUTORIA E COAUTORIA

Autoria e coautoria são conceitos que a doutrina explora desde longa data, apontando conceitos e extraíndo da pragmática os registros contextuais que propiciam uma compreensão mais assertiva do tema. Basicamente, a investigação fática conduz à concretude dos aspectos concernentes à dogmática e viabiliza uma compreensão, a partir da leitura causal, do escopo de incidência do domínio do fato:

Pode suceder que num delito concorram vários autores. Se os vários autores concorrem de forma que cada um deles realiza a totalidade da conduta típica, como no caso de cinco pessoas que desferem socos contra uma sexta, todos causando nela lesões, haverá uma coautoria que não admite dúvidas, pois cada um tem o domínio do fato quanto ao delito de lesões que lhe é próprio. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 581)

Para que fique ainda mais claro, imagine-se o exemplo de

[...] quem se apodera do dinheiro dos cofres de um banco, enquanto outro mantém todo o pessoal contra a parede, sob ameaça de revólver, um deles não está cometendo furto (art. 155 do CP), e o outro delito de constrangimento ilegal (art. 146 do CP), mas ambos cometem um delito de roubo à mão armada (art. 157, §2º, I, do CP). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 581)

O exemplo indicado por Zaffaroni e Pierangeli indica o que eles próprios elucidam como “domínio funcional do fato”. Basicamente, segundo os autores, este domínio decorre de situações em que a contribuição de cada participante do conluio delituoso, a partir da estrutura de planejamento executório do crime em concreto, contribui de maneira tal que, retirada de contexto qualquer dessas elementares, o fato não ocorreria. Nesse cenário, a hipótese é de clara coautoria, e não de mera participação. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 581).

Confira-se um outro importante exemplo:

O chofer do automóvel será coautor quando se trata de um roubo em que se aja por surpresa e é necessário desaparecer do local antes que os presentes reajam e soe o alarme, ou quando a falta do transporte de outro modo tivesse impedido a consumação, porque o fato seria descoberto de imediato. O chofer do caminhão de transporte, que carrega o gado, produto do roubo, é coautor se, no caso em que se tivesse sido dispensado, a pista dos autores poderia ter sido logo seguida, e estes teriam sido detidos. Ao contrário, o chofer

será um mero partícipe se a contribuição que traz para o fato reside na mera comodidade dos autores, ou do autor, apenas facilitando a empresa delitiva, que bem podia realizar-se sem sua cooperação. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 581)

É possível concluir, a partir dos conceitos e exemplos trazidos por Zaffaroni e Pierangeli, que o domínio do fato se manifesta pela conjugação de requisitos típicos que compõem – quando presentes – as elementares identificadoras da adjetivação do sujeito como “autor” de um delito. Noutros termos, havendo vários indivíduos envolvidos na ação delituosa, a contribuição fática de cada um, verificada em concreto, permitirá melhor compreensão de suas ações (ou inações) para que, em exercício interpretativo, se possa dessumir o verdadeiro detentor do domínio do fato.

### 2.3 Autorias dolosa e culposa

A autoria dolosa, como salientado, decorre da consciência do agente, expressada pela vontade que causa o resultado ofensivo ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal. O resultado é produzido intencionalmente. O fundamento da autoria culposa é completamente distinto, pois a mesma baseia-se unicamente na causação, em face da produção do resultado pela violação de algum dever de cuidado; inexistente domínio do fato.

Extensivamente, todos são autores sendo que a participação decorre de regra atenuadora da pena, que se baseia em mero *animus*. Para a doutrina moderna, o conceito extensivo de autor está considerando autor doloso<sup>5</sup> da mesma forma que autor culposo, por embasar a autoria dolosa no domínio do fato e a culposa na causação do resultado.

Isto traz consequências bastante diferentes no que concerne à participação, porquanto a mesma só é concebível na autoria dolosa. Na tipicidade culposa, considera-se autor todo aquele que atua para causar um resultado. Somente aqueles que sustentam o conceito extensivo de autor, distinguindo-o da cumplicidade por *animus*, podem admitir a participação culposa. Do contrário, ela é inaceitável. No Código Penal brasileiro, o conceito extensivo de autor, fundado sempre na causalidade, e a participação entendida como forma de atenuação,

<sup>5</sup> Importante o conceito de Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 128): “O dolo é a vontade consciente de realizar um crime ou – mais tecnicamente – a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal. Assim, o dolo é composto de um elemento intelectual (consciência, ou representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, ou energia psíquica), como fatores formadores da ação típica dolosa”

carecem de sentido, porque existem formas de participação que nada atenuam, *v.g.*, 'o cúmplice necessário', o que não seria necessário se todos os concorrentes fossem autores.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 582), “[n]ão é admissível a participação culposa em delito doloso, nem a participação dolosa em delito em delito culposo e tampouco a participação culposa em delito culposo. A única participação possível é a dolosa em delito doloso.”

O fundamento da autoria culposa é completamente distinto porque esta se baseia exclusivamente na causação: o autor culposo é o que causa um resultado determinado pela violação de um dever de cuidado, não se podendo falar, no caso, de domínio do fato.

Quando o conceito extensivo de autor pretende que todos são autores, e que a participação é uma regra para atenuar a pena que tem base num mero *animus*, está considerando o autor doloso da mesma maneira que o autor culposo, ou melhor, estão estendendo o campo da autoria culposa à dolosa. A verdade é que, enquanto a autoria dolosa se baseia no domínio do fato, a culposa se baseia na causação do resultado.

Ainda segundo Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 582):

A diferente fundamentação que têm a autoria dolosa (no domínio do fato) e a culpa (na causação do resultado) traz consequência bastante diversas no que concerne à participação: *a participação somente é concebível na autoria dolosa.*

Isso se deve a que, na tipicidade culposa, todo aquele que põe uma causa para o resultado é autor. Apenas aqueles que sustentam o conceito extensivo de autor, distinguindo-o da cumplicidade por um *animus*, podem admitir a participação culposa. Do contrário, ela é inadmissível. Já vimos que, no nosso Código Penal, o conceito extensivo de autor fundado sempre na causalidade, e a participação entendida como forma de atenuação, carece de sentido, porque existem formas de participação (pelo menos, o cúmplice necessário) que nada atenuam o que não seria necessário se todos os concorrentes fossem autores.

Repita-se que não é admissível a participação culposa em delito doloso, nem a participação dolosa em delito culposo e tampouco a participação culposa em delito culposo. A única participação possível é a dolosa em delito doloso. Assim, quando um sujeito empresta uma arma a seu vizinho, que lhe argumenta que deve regressar tarde e teme algum assalto, não comete qualquer cumplicidade culposa se o vizinho usa a arma para matar sua mulher, sem prejuízo de

que possa haver de sua parte uma autoria culposa, se estiverem presentes os requisitos típicos a ela correspondentes.

Noutro exemplo, se um sujeito diz a outro, que é míope, que dispare contra aquilo que o míope vê como vulto e o que lhe indica vê como uma pessoa, mas lhe assegura que é um javali, é absurdo pretender que há uma instigação dolosa a delito culposo porque o que há é uma autoria mediata de delito doloso. Assim, também, quando o acompanhante do motorista o convence a violar uma norma de trânsito e causa a morte de alguém, ao convencê-lo pôs uma causa, e, portanto, é um coautor e não um partícipe. Quando um sujeito quer fazer uma brincadeira a outro, convencendo-o de que a água em que nada não tem profundidade, sabendo que o outro não sabe nadar, para isto sendo ajudado por um terceiro que permanece na orla e que faz mesma afirmação, se o que não sabe nadar joga-se à água e se afoga, o que está na orla é tão autor quanto o que está na água, porque ambos terão sido causadores do resultado. Todas essas hipóteses são consequências necessárias do princípio de que o autor culposo é basicamente o causador, e o autor doloso é aquele que tem o domínio do fato.

Todas essas digressões doutrinárias impõem a necessidade de aferição da convicção daquele que possui o domínio do fato e daquele que causa o resultado.

### 3 CULPABILIDADE E AUTORIA

A maioria dos autores diverge quanto ao conceito de culpabilidade. A nova parte geral do Código Penal, notadamente, quanto aos aspectos traçados na Constituição da República, permite afirmar que a culpabilidade não se constitui em juízo de valor, tendo se avançado rumo à teoria da adequação social ao considerar elementos fáticos e se fundamentar na conduta do agente que, ao realizar o tipo, possui alternativas para agir de várias formas.

A moderna dogmática penal diferencia a culpa moral da culpa penal:

A culpa moral está intimamente relacionada com a própria existência do homem, enquanto ser racional. O homem age na busca desta racionalidade, tentando superar, através do pensamento lógico, sua irracionalidade. Nessa busca, sentindo sua presença como parte da realidade, o homem enfrenta obstáculos, que se traduzem nas necessidades de seu agir e, para satisfazê-las, deve decidir diante de vias alternativas. Algumas destas necessidades são de ordem material e, facilmente, afastadas ou eliminadas, como: alimentar-se, vestir-se, dormir etc. Outras, entretanto, se encontram na sua razão de existir e implicam valorações do agir, enquanto ser social.” (CAMARGO, 1994, p. 64)

A unilateralidade e o subjetivismo da ação do mesmo agente, aliados à voluntariedade, foram expostos por Del Vecchio, em face do neokantismo (REALE, 1965, p. 303). Fundado nos ensinamentos de Habermas, é possível afirmar que a culpa moral está relacionada aos conflitos interpessoais que se contrapõem a outros interesses opostos, impondo a admissão de alternativa apresentada objetivamente.

A culpa moral, admitida por muitas legislações, foi repelida da legislação penal brasileira na década de 1960. Passou-se, então, ao desenvolvimento da dogmática penal, atingindo os liames da culpabilidade penal. Inicialmente, trabalhou-se a teoria da retribuição, mas não se vislumbrou os limites do poder de punir do Estado.

Para Roxin (1986, p. 19), “a teoria da retribuição como forma de expiação penal da culpa humana somente será plausível como um ato de fé”. Por sua vez, Chaves Camargo tece críticas, porquanto a mesma pena imposta a um indivíduo não se pode aplicar a outro como exemplo, objetivando evitar novos crimes:

[...] com o objetivo de justificar a pena, num Estado de Direito, organizações como sociedade civil, Feuerbach, na Alemanha, estabelece o princípio da legalidade, segundo o qual somente se aplica uma pena com previsão legal, desde que haja uma conduta criminosa e uma previsão da reprimenda penal. A pena tem um efeito intimidatório, como prevenção geral. (CAMARGO, 1994, p. 76-77)

As ideias de retribuição e expiação, apesar de causarem grandes impressões, foram e continuam sendo alvo de grandes discussões doutrinárias. Ainda segundo Chaves Camargo (1994, p. 77), o positivismo-naturalista substituiu a pena pela medida de segurança. Von Liszt considerava a proteção do bem jurídico o fundamento da pena, ligando o dolo e a culpa ao resultado da ação. Hans Welzel, ao trabalhar o finalismo, renovou a dogmática penal, retirando da culpabilidade o dolo e a culpa, transferindo-os para o tipo; a culpabilidade passou a ser pressuposto da pena.

Atualmente, ainda se busca uma justificativa para a culpa penal, mas a culpa moral foi afastada, porquanto a pena não tem dentre seus atributos a imposição ou modificação de condutas morais. O poder de punir do Estado também sofreu limitação em face da consciência do agente e da intervenção mínima. Estes princípios integram o Estado Democrático de Direito, impondo sua adoção a nível constitucional, a exemplo do ocorrido no Brasil em 1988.

### 3.1 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Tendo o dolo e a culpa sido trasladados pela doutrina finalista dos fundamentos da culpabilidade para a ação – de modo que, no próprio tipo, passaram a ser indicados de forma positiva e negativa –, quando presentes, justificam a pena, ou sua isenção, como consequência da ação praticada.

Welzel, a seu tempo, preocupado com questões semânticas pela forma variada que penalistas se referiam à culpabilidade normativa, frisou que a essência da culpabilidade é a reprovabilidade. A nova construção, que teve início com Welzel, é deveras importante para a realização do ideal de justiça no campo do direito penal. Ao transferir o dolo e a culpa *stricto sensu* para o tipo, aliviou-se a culpabilidade de alguns corpos estranhos, sem, todavia, perdê-los, visto que são apenas transferidos de localização. (TOLEDO, 1997, p. 232)

Ao tratar dos elementos da culpabilidade, Chaves Camargo assevera que:

[...] de acordo com o artigo 27 do Código Penal Brasileiro, o menor de 18 anos está isento de responsabilidade penal. A inimputabilidade, no caso, é absoluta e se constitui num obstáculo, não só para o processo penal, como também para a aplicação da pena. Por ser normativa, não se discute sobre a capacidade de culpabilidade do menor, sendo o mesmo tratado em legislação especial. (CAMARGO, 1994, p. 138)

A questão da limitação absoluta é combatida, pois ignora a capacidade de ação de pessoas nesta faixa etária, notadamente em razão dos infundáveis delitos praticados por pessoas que se encontram na adolescência.

Para os seguidores do finalismo, os elementos da culpabilidade são a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato e a exigibilidade de obediência à ordem jurídica. O já citado Chaves Camargo avalia que os seus elementos “se reduzem, nos aspectos indicados, a um único conceito, a consciência da ilicitude, que irá refletir em todo o conceito de crime”. (CAMARGO, 1994, p. 144).

### 3.2 CULPABILIDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O tecnicismo jurídico do século passado sempre influenciou a legislação penal pátria. Na primeira metade da década de 1980, quando se editou a nova parte geral do Código Penal brasileiro, procuraram aplicar-lhe as novas concep-

ções do delito, trabalhando o princípio da culpabilidade sem desprezar o agente, evidenciando apreço à dogmática. Deram especial atenção ao finalismo sem, contudo, apresentarem argumentos passíveis de aceitação plena:

A culpabilidade, como juízo de reprovação pela realização não justificada do tipo de injusto, compreende (1) a imputabilidade (excluída ou reduzida por menoridade e por doenças mentais), (2) a consciência da antijuridicidade (excluída ou reduzida em hipóteses de erro de proibição), e (3) a exigibilidade de comportamento diverso (excluída ou reduzida em situações de exculpação legais e supralegais). (SANTOS, 2014, p. 79).

Há evidente preocupação em considerar o crime como mero fato revestido de tipicidade e ilicitude, enquanto a culpabilidade, pressuposto da pena. Extraíram desta o dolo e a culpa, transferindo-os para a denominada ação final típica.

O que se pretende neste minguado trabalho é despertar os apaixonados pelo direito penal à reflexão sobre o que acontece quando algum ser humano age, produzindo alteração ao mundo exterior. Busca-se o reconhecimento da convicção do autor à luz do atual sistema jurídico penal pátrio, adequando-o à dogmática moderna, notadamente a que está sendo debatida na Alemanha.

### 3.3 ELEMENTOS DA CONSCIÊNCIA

Dentre as inúmeras dificuldades apresentadas para conceituação no direito penal, a que se apresenta com maior dificuldade é a da consciência da ilicitude, como elemento informador de todo o comportamento humano revestido de reprovabilidade.

Muitos têm sido os critérios para estabelecimento do conteúdo da consciência da antijuridicidade. Nesse contexto, Camargo (1994, p. 158) apresenta algumas teorias para se chegar a um conceito moderno sobre a consciência da ilicitude, tais sejam, culpas do autor, pelo caráter, pela conduta de vida e pelo fato. Para a primeira delas “a consciência da ilicitude é intrínseca ao autor, à sua personalidade”. Esta, embora muitos autores não pretendam admitir, é o reflexo da periculosidade, tão enaltecida por Cesare Lombroso.

As regras do Estado Democrático de Direito não permitem que a consciência da antijuridicidade seja examinada somente como reflexo da personalidade. A teoria da culpa pelo caráter liga este àquela, fundamentando a personalidade.



Toledo (apud Camargo, 1994, p. 158) aduz que: “a formação do caráter, através da existência humana faz o homem agir voluntariamente diante de uma situação, resultante de uma situação, resultante de uma opção entre o vício (crime) e a virtude (agir corretamente na sociedade)”. O caráter é refletido pela ação e a pena decorrerá da voluntariedade.

Quando a dogmática penal vislumbrou que seriam necessários elementos contundentes para embasamento da reprovação, desfez-se o grande esforço para justificar a culpabilidade como decorrência do caráter.

A teoria que considera a culpa pela conduta da vida, decorrente de infundáveis fatos que impossibilitam a separação do que é lícito e não ilícito, serviu apenas para criar um liame entre a inexistência de consciência do autor do fato ilícito em razão de toda displicência de sua vida (dolo). Para os penalistas modernos, a chamada “culpa pelo fato” é a que melhor indica a consciência da antijuridicidade, ligada à reprovabilidade decorrente do ilícito penal.

### 3.4 CONVICÇÃO DA CONSCIÊNCIA

Habermas (1982), ao propor a teoria do agir comunicativo, suscitou a adequação da consciência da antijuridicidade ao modo de vida de quem ofende bens jurídicos de seus semelhantes. Apesar de não ser único, o consenso é considerado *critério de verdade*, em face da teoria consensual. O agir comunicativo é muito influenciado pela moral, mas é o momento da realização comunicativa que deve se revestir de ética, para a ciência penal.

Na medida em que o ser humano se desenvolve, seu código de comunicação vai se edificando, até que haja consciência do que ocorre em seu redor. As regras sociais vão sendo desenvolvidas, exteriorizando as mais diversas formas de padrão de vida expressadas pela linguagem. Nesta fase, é possível aferir a existência ou não de consciência da antijuridicidade, ou seja, da consciência do que o bem jurídico representa para o ser humano e a relevância que o dano tem na ordem jurídica, quando aquele é atacado pela ação humana, evidenciando a capacidade do agir comunicativo dentro do contexto social.

Também não é suficiente que o fato social esteja revestido de tipicidade para que haja reprovação penal. Deve ser considerado o tipo de injusto, adequado ao ilícito, para que o Estado possa intervir na relação comunicativa, além da

consciência da antijuridicidade como elemento da culpabilidade, para que seja aferida a reprovabilidade. Ao aferir-se a consciência da antijuridicidade, expressão do modo de vida da pessoa humana infratora, adicionada da reprovação pelos desvalores da ação e do resultado, conclui-se pela justificação do delito como fato típico, antijurídico e culpável. Através dos elementos da culpabilidade pode-se estabelecer para cada pessoa infratora, portanto individualmente, a dosagem da pena.

#### **4 CULPABILIDADE E AUTORIA EM UM ECOSISTEMA MARCADO PELO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Direito e moral são, hodiernamente, dissociados.<sup>6</sup> A liberdade ideológica e de consciência, dentre inúmeros outros direitos atrelados ao fundamento constitucional da cidadania, formam uma plêiade de novas formas de reflexão sobre o verdadeiro *telos* do direito penal, notadamente quanto à dogmática aplicável ao seu espectro de racionalidade dentro do ordenamento. Dessa forma, questões inerentes à imposição da sanção aflitiva apenas aos denominados excluídos do sistema social propiciaram o ressurgimento dos ideais do direito penal liberal, em festejo ao ideal do Estado Democrático de Direito, que garante ao cidadão a preservação de sua liberdade em face de excessos.

Tiveram sua gênese, então, o “garantismo” e o “direito penal mínimo”, cujo encargo fundamental é a defesa dos direitos humanos. Entretanto, a crise imposta aos paradigmas antes mencionados, no início da década de 1990, reduziu a denominada “virtualidade limitadora desses princípios”. (SILVA SÁNCHEZ, 1996, p. 39-50).

Dentro de sua individualidade própria, o agente atua sem causar ofensa à ordem jurídica. Contudo, agindo em grupo ou dentro do contexto social, suas convicções apresentam problemas, notadamente quando seu modo de agir fere os valores vigentes no grupo social. Ao atingir qualquer bem jurídico e causar dano social relevante, ocorre um dissenso comunicativo, impondo a interferência do Estado para que não haja vingança privada.

<sup>6</sup> Segundo Ferrajoli (2002, p. 175): “Os preceitos e os juízos morais, segundo tal convicção, não se baseiam nem no direito e tampouco em qualquer outro sistema positivo de normas - religiosas, ou sociais, ou de qualquer outro modo objetivas - mas, apenas e tão-somente, na autonomia da consciência individual. Ambas as teses supramencionadas constituem uma aquisição basilar da civilização liberal, além de refletirem o processo por meio do qual, no início da Idade Moderna, tornarem-se laicos tanto o direito como a moral, desvinculando-se, enquanto esferas distintas e separadas, de qualquer liame com supostas ontologias de valores.”

A Constituição apresenta os limites do agir social e os da interferência estatal quando ocorrem danos a bens jurídicos acolhidos pela lei penal, que prevê sanções àqueles que se desvirtuam dos limites aceitáveis de comunicação. Portanto, a lei penal encontra seus limites na Carta Magna. O conflito surge quando se procura fixar o limite de atuação mínima do direito penal como última instância de proteção dos bens tutelados pela norma jurídica.

A Constituição da República, apesar de não os considerar em sua inteireza, contemplou o modelo garantista e o princípio da intervenção penal mínima, que são, como analisados, pilares caracterizadores do Estado Democrático de Direito.

O discurso do direito penal de intervenção mínima é feito sem nenhuma correspondência com a realidade legislativa. Para melhor elucidar esse contexto, mister distinguir alguns termos correlatos, como “descriminalização”, “despenalização”, “diversificação” e “intervenção mínima”. Sobre o tema, descrevem Zaffaroni e Pierangeli:

- a) A *descriminalização* é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal. Isto é o que propõe o Comitê Europeu para a Descriminalização em relação a vários delitos: cheques, furtos em fábricas pelos empregados, furtos em grandes lojas etc. A descriminalização pode ser “de fato”, quando o sistema penal deixa de agir, sem que formalmente tenha perdido competência para isto, o que entre nós ocorre, por exemplo, com o adultério. [...]
- b) A *despenalização* é o ato de “degradar” a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações etc.).
- c) *Diversificação* é a possibilidade legal de que o processo penal seja suspenso em certo momento e a solução ao conflito alcançada de forma não punitiva. É o que acontece no “sistema de prova” anglo-saxão ou o que está sendo tentado em alguns países a respeito dos maus-tratos a crianças. [...]
- d) *Intervenção mínima* é uma tendência político-criminal contemporânea, que postula a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado. Trata-se de uma tendência que, por um lado, recolhe argumentos abolicionistas e por outro a experiência negativa quanto às intervenções que agravam os conflitos ao invés de resolvê-los. [...]. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 314)

As tendências que procuram estrangular o “garantismo” e o “direito penal mínimo” e influir na legislação positiva, não podem desviar o aplicador do direito

do compromisso com a democracia, com a igualdade, com as garantias, com os direitos humanos e com a universalidade desses direitos.

#### 4.1 O LÓCUS JURÍDICO DA AUTORIA POR CONVICÇÃO

Quando a paz social é quebrada pela prática de infrações penais e o Estado avoca para si a responsabilidade de subsumir a norma ao caso concreto, compondo a lide penal e recobrando a paz social, antes quebrada pela comunicação danosa, aplicando a lei penal vigente ao fato concreto, o Estado-Juiz exerce o *jus perserquendi* e o *jus puniendi*, não podendo se ater apenas aos parâmetros legais, doutrinários e jurisprudenciais, sob o risco de praticar grande injustiça.

A consciência ética, que é a realização da personalidade do indivíduo, em muitos casos, deve ser considerada em primeiro lugar. Obviamente, os delitos de altíssima reprovabilidade, como os crimes hediondos e os assemelhados, dentre outros que causam danos sociais imensuráveis, jamais serão admitidos ou justificados.

Quando o fato social revestido de ilicitude não produzir dano social relevante, deverá ser examinado o agente que atua por convicção, pois, se a observância irrestrita da norma jurídica lhe ocasionar um dano desproporcional, ferindo sua personalidade, o julgador incorrerá em negação de direitos.

É incontestável a aceitação da autoria por convicção pela dogmática penal. Contudo, os doutrinadores se divergem sobre a reprovabilidade. Bockelmann (apud CAMARGO, 1994, p. 187-188) “propõe a abolição de toda a fórmula legal, porque qualquer reação poderia significar para o autor uma injustiça, na medida em que se viu obrigado a agir de modo absoluto, em razão de sua consciência. O mesmo autor dispensa a atenuação da pena, por considerá-la contraproducente.”

Quanto aos crimes de relevante valor social, esta posição não encontrou adeptos, apesar de ser admitida nos referentes a questões pessoais. As justificativas ou causas de exclusão da antijuridicidade também poderiam abranger a autoria por convicção. Para alguns, esta tese não pode ser aceita porque muitos são os casos que se enquadrariam perfeitamente na causa justificante, mas que não são admitidos na realidade.

## 4.2 DOLO VS. CONVICÇÃO

Segundo a teoria tradicional do crime doloso, notadamente em face do propalado finalismo, dolo passou a ser singelamente definido como a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito. Face a esse conceito, é possível afirmar que inexiste uma crítica séria e contundente que se possa fazer ao conceito causal de ação. Esta, acrescida da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, constitui um conceito claro de crime. Apesar das divergências, perfeitamente estava constituída a antijuridicidade pela valoração da ação, concebida de um modo causal-objetivo; ademais, o juízo de censura que recaísse sobre o agente do fato pertencia à culpabilidade. O princípio da legalidade estava assegurado pela tipicidade (sobre a qual muitos discordam, apesar de não apresentar comprometimento).

O sistema, simples, foi atacado na base, isto é, na ação. Pinçaram os elementos subjetivos e os normativos do tipo. Hans Welzel, sobre o que a maioria considerou insuficiente, pode formular um conceito de ação finalista, com seu artigo pioneiro *Kausalität und Handlung* (BRANDÃO, 2000, p. 91), no qual critica a influência do naturalismo na Ciência Penal, perceptível no conceito causal de ação, assim como na filosofia jurídica neokantiana, com sua separação entre o ser e o dever ser, a realidade e o valor.

Com esta observação, tem-se o dolo, que, para os adeptos da corrente finalista:

[...] é consciência e vontade na realização da vontade típica. Compreende um elemento cognitivo (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e um elemento volitivo (vontade de realizá-la). A consciência da ilicitude (ou da antijuridicidade) da ação, que, segundo a doutrina tradicional, é elementar ao dolo, em realidade não o integra, pertencendo à culpabilidade, como elemento essencial ao juízo de reprovação. (FRAGOSO, 1995, p. 171).

Costa Júnior (1991, v. I, p. 83), contrastando a lei, inclui a “consciência do injusto” no conceito. Independente da vontade de qualquer intérprete ou comentador do Código Penal, a verdade está posta legislativamente no *caput* do art. 20. O autor sustenta que, se o dolo está na ação, uma vez que esta é elemento do tipo, pode-se dizer que a lei pátria adota um “dolo do tipo” caracterizado da maneira apontada por Fragoso. Contudo, se o problema da pena se resolvesse

assim tão facilmente, não haveria qualquer hesitação na adesão integral à sua teoria. Porém, as dificuldades não se esgotam aí.

Na concepção finalista, o tipo passa a ser objetivo e subjetivo. Assim, numa situação de homicídio, o tipo objetivo corresponde a “matar alguém”, enquanto o tipo subjetivo compõe-se da consciência e da vontade de matar alguém. A nova concepção não altera os elementos subjetivos do tipo ou do injusto; eles não pertencem ao dolo do tipo, uma vez que o mesmo se esgota na vontade e na consciência da realização típica; antes, a ilicitude é que fica dependendo desse especial fim de agir, o que, ao fim e ao cabo, conserva-se na orientação vinda do princípio do século: quando a descrição típica faz uso de tais elementos especiais, emprega expressões como “para si ou para outrem”, “com o intuito de”, “para fim libidinoso”, “para obter vantagem indevida”, “para casamento” etc.

Apesar dos infundáveis ataques, cunhou-se, na doutrina e na jurisprudência pátrias, a expressão “dolo específico”, que se manifesta quando o autor da ação típica age com certa e determinada intenção, ou com especial fim de agir (elemento subjetivo do injusto). Isto deveria integrar a linguagem técnica do direito penal por seu caráter essencialmente compreensivo. Para a existência do dolo, o agente deve conhecer todos os elementos do tipo, presentes e futuros, uma vez que o resultado e o nexos causal necessariamente deverão ser objeto de sua representação. A vontade, consistindo na resolução de executar a ação típica, estende-se a todos os elementos objetivos.

Há quem pretenda que o dolo abarque, também, as circunstâncias em que o juiz vai basear-se para aplicar a pena, e bem assim as consequências do fato punível. Por mais liberal que se queira ser, a exigência é inadmissível em face do direito brasileiro.

Na Alemanha, como é sabido, há duas formas de imputação subjetiva: o dolo e a culpa, sendo que o art. 15 do Código Penal, após a reforma de 1974, não diz o que se deve entender por dolo. O Parlamento da então República Federal não levou em conta as definições de “intenção”, “dolo” e “conhecimento”, contidas nos arts. 16 e 17 do Projeto Oficial, de 1962, e de “dolo” e “conhecimento”, mencionadas no art. 17 do Projeto Alternativo, de 1966. Assim sendo, o conceito de dolo é inferido dos dispositivos sobre o erro (arts. 16 e 17) e do contraste entre dolo e culpa em sentido estrito (art. 15).

A lei brasileira de 1984 tem nítida inspiração germânica quando se dedica à solução contida no art. 20, em que distingue três classes de dolo: a) a inten-

ção; b) o dolo direto; c) o dolo eventual. De uma maneira geral, fala-se em “intenção” naquelas situações que, no direito brasileiro, configurariam os elementos subjetivos do tipo ou do injusto.

A exemplo do que se deu na Alemanha, culminando com a entrada em vigor de um novo Código, o reformador brasileiro optou pela chamada teoria limitada da culpabilidade, cujos resultados práticos, quanto ao dolo, podem ser resumidos: (i) conceituado apenas com consciência e vontade de realização do tipo, é transferido da culpabilidade para aquele, sem a consciência da ilicitude (dolo natural); (ii) a consciência da ilicitude passa a fazer parte da culpabilidade, ou do juízo de reprovação.

Pelo sistema finalista da ação, a realização do tipo somente “indicia” a ilicitude. Ao revés, entende-se que o fato típico é ilícito. Só não o será se houver uma justificativa. A generalidade dos autores que tratam da dupla função do dolo também é no sentido de que o dolo do tipo exerce a mesma função indiciária no setor da culpabilidade. Muñoz Conde manifesta-se contrário à ideia da dupla função do dolo de maneira expressa:

Ideias como estas podem conduzir a uma relativização perigosa do sistema [...]. Certamente pode ser um fato, do ponto de vista político-criminal, relevante para várias categorias delituosas, mas o enquadramento sistemático desse fato deve efetivar-se em uma categoria que possa apreendê-lo em sua totalidade. Se a categoria não pode cumprir essa missão, deve ser modificada, e se, por estar dotada de um conteúdo preciso e determinado, se isto não fosse possível, o fato deve incluir-se em outra categoria. Voltar a incluir estes elementos (o dolo e os restantes elementos subjetivos do tipo) na culpabilidade me parece uma complicação desnecessária e uma falta antissistemática [...]. O que não se pode é querer incluir um mesmo fato em duas categorias sistemáticas distintas; para que servem as classificações e distinções sistemáticas? (MUÑOZ CONDE, 1972, p. 12).

Seguindo o pensamento de Muñoz Conde, o que caberia é a verificação quanto à necessidade de se considerar o dolo, novamente, como forma de culpabilidade, pois sua dupla função não enfrenta impedimento algum, uma vez que não inviabiliza nada no plano ontológico. O próprio Welzel reconhece que o dolo, como pressuposto do juízo de reprovação, já é um elemento da culpabilidade. Portanto, a questão é indiscutível.

No Brasil, o problema não se apresenta porque os órgãos judiciais penais continuam emitindo seus juízos de censura penal com base na “intensidade do

dolo” (se se tratar de delito doloso), sem tomar conhecimento de que o dolo é componente do tipo legal de crime.

### 4.3 CULPA VS. CONVICÇÃO

O Código Penal brasileiro, em seu art. 18, estabelece que o crime é culposo “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. O parágrafo único ressalva os casos expressos em leis, pois “ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Ademais, o art. 19 do mesmo diploma legal assevera que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

Vê-se que o Código Penal não fixou uma noção de culpa, preferindo declarar quando é que a lei considera culposo o delito. Tampouco mencionou as duas formas de culpa, em sentido estrito. Encampando uma posição liberal e democrática, manteve a regra da punição a título de dolo, admitindo, apenas por exceção, a punibilidade a título culposo.

Contrariando Welzel e seus seguidores, obtempera-se que a culpa, em sentido estrito, é forma atenuada de reprovação. Não existem integralmente a previsão e a vontade de todo o processo delituoso. O agente não quer o resultado de dano ou de perigo, nem mesmo eventualmente, pois, do contrário, haveria de responder por dolo eventual. Sendo excepcional a punição a esse título, a lei deverá prever quais são os tipos culposos. Estes são abertos, no sentido de não serem “indício” da ilicitude.

A forma básica da culpa é a inconsciente. Em razão da falta de cuidado devido, o agente dá causa a um resultado criminoso, que não foi nem querido, nem previsto. Tem-se, aí, os dois aspectos a se considerar: a conduta (naturalmente dominada pela vontade, pois, do contrário, não seria conduta) afrontosa às exigências de cuidado exigido do homem comum, e o resultado não desejado, configurador de um crime; resultado que poderia e deveria ser previsto pelo agente. A ordem jurídica estima poder exigir de todos que ajam dentro de padrões compatíveis com a normalidade social. A atuação fora desses padrões põe em risco a harmonia social. Todos os homens em comunidade têm o dever de agir com cautela e prevenção, de molde a não dar causa, sem vontade, a um resultado antijurídico.



Esse é o grande problema de uma sociedade que se vai industrializando, ampliando consideravelmente a área territorial agricultável, empreendendo, enfim, criando novas exigências de convivência pacífica entre os cidadãos. A cada dia, os riscos de involuntária lesão aumentam, sem que as pessoas, na mesma proporção, tomem as cautelas devidas para impedir resultados ilícitos não desejados.

É insofismável que a violência nas grandes metrópoles faz a população desejar e procurar cada vez mais o porte de armas, quando não se limita a simplesmente adquirir armas de fogo, aumentando ainda mais a violência. Paradoxalmente, enquanto o criminoso toma a arma do deficiente pacato, não se admite a descriminalização dos delitos culposos; a ausência de diligência, em vez de atenuar, aumentaria.

Admitir a responsabilidade objetiva também não aproveita, porque os termos claros em que a lei coloca a questão não permitem que se fale em resultado fortuito: o resultado não é desejado, mas, tampouco, se está a trabalhar na esfera do imprevisível.

A generalidade doutrinária decompõe o processo do crime culposos em quatro elementos: a) uma atividade inicial voluntária, dominada pela imprudência, negligência ou imperícia; b) a causação de um resultado definido na lei como crime; c) ausência de vontade e de previsão desse resultado; d) possibilidade de previsão desse último.

Quando o indivíduo age culposamente, então, ele quer a ação, mas não deseja o sacrifício do bem jurídico alheio, nem mesmo de forma eventual. A falta de atenção é que é fundamental no julgamento do comportamento causador de um resultado culposos. As circunstâncias é que dirão se o fato se apresentava, ou não, em desacordo com as normas gerais de conduta do homem comum. Contudo, mesmo não desejado nem previsto, é crucial que o resultado fosse previsível, pois o limite mínimo da culpabilidade é a previsibilidade. Portanto, a forma básica da culpa é a inconsciente.

No Código Penal alemão, as infrações culposas podem ser contadas nos dedos das mãos, pois não chegam a uma dúzia. A culpa inconsciente, portanto, é a forma típica da culpa. É a culpa sem previsão. Porém, a dogmática construiu e está solidificando a culpa consciente, em que o resultado é previsto e na qual o agente somente atua na esperança de que não ocorra a ofensa a bem jurídico

alheio. Aproxima-se do dolo eventual, mas com ele não se confunde. Na culpa consciente, o agente não assume o risco do resultado. As duas formas de culpa se equivalem, não se podendo distingui-las aprioristicamente para tratamento penal diverso.

Nelson Hungria assevera que:

[...] tanto faz prever o resultado previsível, quanto prevê-lo, mas confiando levemente em que não sobreviverá, ou mesmo querê-lo, mas supondo-o, por precipitada e errônea apreciação das circunstâncias, não contrário ao direito. Há em todas essas hipóteses uma predominante nota comum: omissão de precaução ou diligência, a que se está adstrito, na medida ordinária, para não ocasionar a lesão de bens ou interesses alheios. (HUNGRIA, 1983, p. 185).

Como visto, tanto nos crimes dolosos, quanto nos culposos, o agente possui consciência de que seu modo de agir, voluntário ou involuntário, causará danos relevantes a bens jurídicos de outrem.

A questão fundamental da responsabilização penal está adstrita à produção efetiva do dano, pois, quando o agente atua intencionalmente à produção do resultado, sua autoria é convicta e, quando o seu atuar não produz resultado diretamente desejado, mas decorrente de seu modo de agir, sua autoria também decorre de convicção, pois a nenhum homem médio, dotado de capacidade de raciocínio e, portanto, de diligência, é permitido agir de maneira a produzir danos a outros indivíduos. Na chamada culpa em sentido estrito, decorrente de imprudência, negligência ou imperícia, o agente não quer o resultado danoso, mas possui consciência de que, em face da exteriorização de seus atos perigosos, ausentes de diligência ou inaptos, poderão advir resultados indesejados. Se estes efetivamente ocorrem, causando ofensa a bens jurídicos de terceiros, então sua autoria há que ser considerada consciente, pois havia convicção quando praticou a ação.

Havendo ofensa relevante a bens jurídicos de outras pessoas, a consciência convicta pode, no mínimo, funcionar como causa de atenuação da reprimenda, ou então, todas as digressões a respeito do direito penal mínimo, que se evolui, tornar-se-iam incoerentes.

De outra banda, se os bens jurídicos se referirem à personalidade do agente, sua conduta não deverá ser aprioristicamente revestida de ilicitude. Sua

convicção de autor deve ser respeitada, sob pena de grave ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Não se admitindo a autoria por convicção, como causa de exclusão do crime, na esfera da culpabilidade que, para o finalismo, atinge a pena, as análises apontadas manifestam-se com mais intensidade de conflito. Na Alemanha, alguns não aceitam a convicção do autor como dirimente de culpa, enquanto outros, fundados nos julgamentos do Tribunal Constitucional Federal, asseveram sobre a regra geral de reprovação das condutas por razão de consciência, decidindo-se pela impunidade do agente que causa dano a bem jurídico de outrem, em face de alguma espécie de convicção (p. ex. religiosa).

Na dogmática penal brasileira, esta teoria ainda está longe de ser adotada, mas, na medida em que os estudos se aprofundam e as teorias aplicáveis sofrem abalos por se mostrarem inconsistentes, e a dogmática penal se aperfeiçoa e evolui, sua aceitação tenderá a granjear adeptos e defensores. As autorias por convicção poderão atingir tanto o crime, como um todo, quanto a culpabilidade, dependendo do caso concreto. Não obstante, a convicção do autor, ressalvados aqueles crimes que causam ofensas altamente reprováveis, deve ser aferida em face do avanço apresentado pelas relações humanas e pela necessidade de evolução do direito, não se cogitando, em absoluto, de adequação do pensamento dos aplicadores do denominado “direito alternativo”, que aqui é repugnado por completo, porquanto ofensivo à ordem jurídica e ao Estado Democrático de Direito.

Neste novo milênio, em que tudo se aperfeiçoa velozmente, quase tanto quanto o avanço da luz sobre a escuridão das trevas, ainda prevalece o entendimento de que o direito penal deve ser limitador das ações humanas em face da imposição irascível de sanções penais, sem a necessidade de análise sobre o que se passa no íntimo de quem pratica o ilícito.

Os ambientes, os fatores socioeconômicos etc. interferem diretamente na personalidade e na conduta social do ser humano e este, quando pratica fatos sociais, age por convicção. Quando esta produz ações danosas a interesses ou bens alheios, a dogmática penal precisa se inteirar sobre tudo que se passa à sua volta, para aferir a autoria decorrente da convicção da consciência. Como assevera Camargo (1994, p. 190), “o tratamento de cada situação deverá ser diferenciado, não havendo uma orientação dogmática fechada para o problema do autor por convicção de consciência”.

## 5 CONCLUSÃO

Neste breve trabalho, fez-se uma análise do problema da autoria por convicção, partindo-se dos motivos determinantes, pelo legislador, quanto ao tema, trazendo-se a lume, a exposição do mesmo, amparado em pesquisa doutrinária.

Com a reforma penal de 1984, o legislador inovou a estrutura do direito penal brasileiro, mas deixou lacunas quanto a certos temas que compreendem o universo da matéria. Dúvidas existem, portanto, sobre quais são os limites da convicção do autor, como se pode interpretá-la e eficazmente adequá-la às condutas típicas, sobre como age o delinquente, no momento da prática infracional, e quanto à forma com que sua consciência tem sido aferida a ponto de evidenciar a existência ou não de convicção.

Eis a questão que, precipuamente, norteou o debate e a problematização deste trabalho: qual é o efetivo alcance da culpabilidade no direito penal pátrio? Como resposta a esta indagação, viu-se que a culpabilidade, que contém a consciência da ilicitude, está adstrita ao princípio constitucional da legalidade, observadas as bases do Estado Democrático de Direito. Assim, sendo o direito penal fonte técnico-jurídica, cuja característica é servir-se indistintamente de todos os processos lógicos, tanto de análise como da indução ou dedução, além de possuir caráter humanístico, e, levando-se em conta que o mundo moderno tem voltado sua atenção à dignidade da pessoa humana, e esta só terá eficácia se respeitados os direitos patenteados no ordenamento jurídico, se fez necessário aprofundar os estudos sobre o elemento subjetivo do delito.

Havendo preocupação constante no que concerne às alterações ocorridas na dogmática penal pátria em razão da reforma à parte geral do Código Penal, de 1984, e à promulgação da Carta Magna de 1988, sua aplicabilidade e seus desdobramentos são passíveis de entendimento sob novo prisma, denotado pelas divergências e dificuldades de adequação das diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais quanto à aplicação, no campo prático, e à necessidade de buscar, incessantemente, o mais amplo e perfeito método de interpretação da ciência penal.

A culpabilidade, em toda sua plenitude, foi adotada pelo direito penal. Todavia, os avanços implementados nos diversos seguimentos da sociedade moderna impõem constantes alterações nos textos legais e, notadamente, na forma

de interpretação de seus institutos. Haja vista a teoria do direito penal mínimo, o garantismo, enfim, as modernas doutrinas que estão a nortear o direito penal como um todo. Como salientado alhures, na década de 1980, os movimentos denominados progressistas impuseram novas reflexões sobre o direito penal.

Modernamente, os ditames da criminologia crítica passaram a ocupar novo *locus* na dogmática penal, fazendo ressurgir os ideais do direito penal liberal, com o festejo das características que sempre lhe foram próprias, sobretudo das garantias materiais, porquanto inseridas no ideal do Estado Democrático de Direito.

A busca incessante de uma pena (não só segura, no sentido de sua legalidade, como também necessária socialmente) leva a acreditar que o princípio da culpabilidade, aliado à convicção do autor, tem seu papel relevante para o direito penal.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Tradução e anotações de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. Notas de Everardo da Cunha Luna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. II.

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 148, p. 89-95, out./dez. 2000.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias. 1994.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva 1991, v. I.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. I, t. II.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona; Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introdução. *In*: ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

RAMOS, Beatriz Vargas. **Do concurso de pessoas**: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1965.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. El autor mediato en el derecho penal español. Estudio en homenaje al Prof. Luíz Jiménez de Asúa. *In*: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luíz. **Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho**. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 4. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 39-50, jul./set. 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WELZEL, Hans. **La teoría de la acción finalista**. Tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traduzido de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

# PANDEMIA E PRISÃO DOMICILIAR: PERPETUANDO O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

PANDEMIC AND HOUSE ARREST: PERPETUATING THE STATE OF  
UNCONSTITUTIONAL THINGS

**Bianca Garcia Neri**

*Doutora em Sociologia e Direito pelo Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF).  
Professora e Pesquisadora Produtividade da Universidade Estácio de Sá*

**Jaqueline Vasconcellos de Miranda Carvalho**

*Graduanda em Direito pela Universidade Estácio de Sá*

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar o tratamento que vem recebendo a população carcerária, frente aos impactos do novo Coronavírus. Trata-se de situação de calamidade que fez o mundo refletir sobre suas práticas e repensar seu modo de vida. Ao trazer a questão para o contexto prisional, necessário ter em mente que as medidas de prevenção e combate à doença precisam ser pensadas e adaptadas às peculiaridades que este apresenta. No caso brasileiro, em especial, o desafio se torna ainda maior, tendo em vista as precárias condições a que, historicamente, estão sujeitas as pessoas privadas de liberdade, fazendo-se relevante refletir sobre o paradoxo existente entre tal cenário e as medidas recomendáveis para garantia da saúde e da vida.

**Palavras-chave:** Covid-19. Sistema carcerário brasileiro. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

**ABSTRACT:** This work aims to analyze the treatment given to prison population in view of the impacts caused by the new Coronavirus. It is a calamitous situation that forced the world reflect on its practices and rethink its way of life. When bringing this issue to a prison context, we must keep in mind that the measures carried out to prevent and fight the disease need to be well thought out and adjusted to the peculiarities presented by the prison system. Within the Brazilian scenario, in particular, the challenge becomes even greater given precarious conditions historically faced by people deprived of liberty, a reflection on the existing paradox between this scenario and the recommended measures aimed at guaranteeing proper health and life thus being extremely relevant.

**Keywords:** Covid-19. Brazilian prison system. Court of Justice of Rio de Janeiro.

Enviado em: 1º-11-2020

Aceito em: 02-12-2020



## 1. INTRODUÇÃO

“O ser humano é descartável no Brasil como *modess* usado ou Bombril. Cadeia? Guarda o que o sistema não quis, esconde o que a novela não diz.” (DIÁRIO DE UM DETENTO, 1998). A presente frase, dita pelo ex-apanado Jocenir, em sua carta mundialmente conhecida após ser musicalizada pelo artista Mano Brown, revela o tratamento que recebem aqueles que se encontram submetidos às prisões brasileiras.

A precariedade das condições prisionais ensejou, em 2015, ao ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), denunciando as barbáries dos cárceres e as constantes violações a direitos fundamentais, requerendo-se ao Supremo Tribunal Federal (STF) o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional (ECI) e a determinação de medidas urgentes de política pública para pôr fim a tal cenário. (BRASIL, 2015). Originário da jurisprudência colombiana<sup>1</sup>, o ECI diz respeito à determinada situação em que se constate a existência de violação grave e massiva a direitos humanos, decorrente de atos do Poder Público, que se apresenta inerte perante de tal quadro, sendo necessária, portanto, uma série de modificações estruturais que contam com a colaboração de todos os agentes do Estado e com a fiscalização da sociedade. Pressupõe-se, assim, uma demanda de ordem sistêmica, que não se apresenta apenas como um problema pontual, específico, motivo pelo qual mobiliza o poder público como um todo, a fim de viabilizar condições mais dignas, tutelando os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva. (HERNÁNDEZ, 2003).

Ao despertar o interesse de estudiosos e pesquisadores no Brasil (CAMPOS, 2015), o referido instituto serviu como fundamento para a ADPF n. 347, que denuncia o quadro de profunda violação a direitos fundamentais presente

<sup>1</sup> A Corte Constitucional Colombiana (CCC) manifestou-se pela primeira vez sobre o estado de coisas inconstitucional diante do caso de professores que questionaram judicialmente a ausência do recebimento de benefícios previdenciários, ora recusados pelas autoridades locais. Percebeu-se que o problema atingia um número indeterminado de pessoas e que se tratava, portanto, de uma falha estrutural, não atribuível apenas a um único órgão. Assim, na *Sentencia de Unificación* (SU) 559/97, a Corte reconheceu o estado de coisas inconstitucional e determinou a regularização da situação dos professores por todos os municípios que tivessem casos semelhantes, a fim de sanar tal quadro de desrespeito a direito fundamental, sendo, portanto, uma decisão que não se limitou às partes do processo e que exigiu a colaboração de diversos órgãos. (COLÔMBIA, 1997). Outro precedente paradigmático para compreender a origem do estado de coisas inconstitucional foi a *Sentencia de Tutela* - T 153/98, em que se questionou a superlotação e as condições desumanas em que viviam os presos nas Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. Analisando os dados empíricos que respaldaram o processo, a CCC constatou que o referido cenário de violação a direitos fundamentais se repetia em outras unidades carcerárias, afetando um número indeterminado de detentos. Assim, ao declarar o estado de coisas inconstitucional, diante da gravidade da situação estrutural que se apresentava em relação às condições carcerárias na Colômbia, o Tribunal oficiou inúmeros órgãos responsáveis para que adotassem medidas capazes de reverter tal quadro que, por sua extensão, demandava uma atuação conjunta. (COLÔMBIA, 1998).

no sistema penitenciário brasileiro, visando à implementação de medidas por parte do poder público a fim de reverter ou, pelo menos, melhorar tal quadro.<sup>2</sup> Já na petição inicial narrou-se o “inferno” das unidades prisionais, com “celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos.” (BRASIL, 2015). Dados empíricos foram trazidos para comprovar tais alegações, mencionando-se, ainda, trechos do Relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2009, promovida pela Câmara dos Deputados, demonstrando, portanto, que tal situação de calamidade é de conhecimento público. (BRASIL, 2017).

Dessa forma, é possível perceber a existência da permanente e grave violação aos direitos fundamentais daqueles que se encontram sob a custódia do Estado, tratando-se de uma situação presente em todas as unidades da federação, de amplo conhecimento, mas que, infelizmente, não conta com a adoção de medidas eficazes, por parte de nenhum dos poderes, para pôr fim a essa lamentável realidade. A despeito de ainda não ter havido um pronunciamento de mérito no referido processo, a Corte, ao julgar a medida cautelar, reconheceu o estado de coisas inconstitucional, dando parcial provimento, especialmente, para determinar a implementação das audiências de custódia em todo o país e a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional<sup>3</sup>.

Esse, portanto, é o contexto em que se insere o presente trabalho, cujo objetivo principal é analisar o tratamento que vem recebendo a população pri-

<sup>2</sup> Os autores da ADPF n. 347 pleiteiam ao Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade desse estado de coisas, estimulando os poderes constituídos a adotarem medidas capazes de solucionar os problemas enfrentados pela população carcerária, e que supervisione a sua efetiva implementação, como se pode conferir no seguinte trecho: “Por fim, espera o Arguente seja julgada procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de modo a: a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima; c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos; [...] e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de 72 Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça. [...] i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. [...]” (BRASIL, 2015).

<sup>3</sup> Assim, por maioria de votos, deu-se parcial provimento para: “Determinar aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; Determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos; Determinar à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.” (BRASIL, 2015). Recentemente, o STF citou o estado de coisas inconstitucional em acórdão proferido no bojo do Recurso Extraordinário n. 580.252/MS, com repercussão geral reconhecida sob o Tema 365, decidindo pela responsabilidade do estado em ressarcir os danos, inclusive morais, “comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.” (BRASIL, 2018).

sional frente à pandemia do novo Coronavírus. A despeito dos inúmeros estudos e recomendações de saúde e higiene pela comunidade científica, entende-se que o sistema carcerário apresenta peculiaridades próprias, que demandam cuidados específicos, revelando, assim, um paradoxo frente ao constante descaso que há anos se verifica nas penitenciárias brasileiras<sup>4</sup>.

Assim, para compreender como vêm sendo implementadas na prática pelo Judiciário as medidas para preservação da integridade física das pessoas em situação de privação de liberdade, realizou-se pesquisa jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, especialmente no que tange ao deferimento ou indeferimento da prisão domiciliar, por ser medida capaz de reduzir a superlotação carcerária, garantir minimamente o distanciamento e, assim, resguardar a dignidade da pessoa humana.

## 2 SISTEMA CARCERÁRIO, PANDEMIA E AS RECOMENDAÇÕES

Desde a declaração da Organização Mundial da Saúde sobre a situação pandêmica provocada pelo novo Coronavírus, toda a sociedade civil e judiciária brasileira vem se debruçando sobre o tema, seja traçando ações de prevenção ao contágio, seja disputando nos tribunais decisões favoráveis que promovam a proteção à saúde e à vida da população. Nesse contexto, grandes debates têm sido levantados visando discutir as medidas a serem adotadas em relação àqueles que se encontram em situação de cárcere, gerando inúmeras controvérsias, diante da complexidade do assunto.

Tão logo foi recomendado o isolamento social, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) protocolou petição no bojo da Arguição e Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, requerendo ao Supremo Tribunal Federal que determinasse medidas imediatas para reduzir o potencial lesivo da Covid-19 entre a população carcerária. O referido órgão, por meio da tutela incidental, destacou a necessidade de preservação da vida e da saúde dos presos e, por extensão, da sociedade, ressaltando, ainda, que em outros países – como no Irã – houve a liberação temporária e que medidas mais restritivas, como a proibição de visitas – adotada na Itália –, gerou rebeliões, fugas e mortes.

<sup>4</sup> A situação do sistema prisional é tão grave que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já condenou o Brasil a cumprir medidas provisórias para garantir aos presos condições mínimas que assegurem sua integridade física. Como exemplo, é possível citar a determinação da Corte Interamericana, em relação ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizada em São Luiz/MA, no sentido de: "Requerer ao Estado que adote, de forma imediata, todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, assim como de qualquer pessoa que se encontre neste estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários, funcionários e visitantes." (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014).

Ao analisar o pedido, o Ministro Marco Aurélio – relator na ADPF 347 –, apesar de negar seguimento à cautelar, diante da impropriedade jurídico-processual<sup>5</sup>, lembrando do reconhecimento em 2015 do estado de coisas inconstitucional, ante a “situação precária e desumana dos presídios”, assentou a “conveniência e necessidade” de pronunciamento pelo Plenário da Corte Suprema. Ademais, de imediato, tendo em conta a orientação do Ministério da Saúde de segregação por 14 dias, conclamou os juízes a analisarem com a máxima urgência a adoção de medidas para evitar a disseminação do vírus no ambiente prisional, recomendando, assim, que fossem analisadas:

- a) *liberdade condicional* a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos;
- b) *regime domiciliar* aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19;
- c) *regime domiciliar* às gestantes e lactantes;
- d) *regime domiciliar* a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça;
- e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça;
- f) *medidas alternativas* a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça;
- g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico;
- h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Em Plenário, entretanto, por maioria de votos, a decisão monocrática do Ministro relator não foi referendada, sob o fundamento de que o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) não tem legitimidade para formular pedidos e que tal pedido não constava da inicial, havendo, portanto, uma ampliação superveniente da demanda, o que não se admite. Além disso, entendeu-se que a conclamação feita aos magistrados representava verdadeira ordem para realizar uma espécie de mutirão ao se analisar todos os processos, o que seria inviável.<sup>6</sup>

De acordo com a Constituição Federal (artigo 103-B), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem competência para a fiscalização e a normatização do Poder Judiciário, motivo pelo qual foi expedida a Recomendação n. 62/2020, que

<sup>5</sup> Tendo em vista que o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) não compõe os polos da ação, uma vez que foi admitido tão somente como *amicus curiae*, não lhe caberia formular pedidos, ainda que em caráter incidental.

<sup>6</sup> Destaca-se que tal posicionamento foi oriundo da divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes e acompanhado pela maioria da Corte, de modo que apenas o Ministro Gilmar Mendes concordou com o relator, visto que o pedido do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) estaria contemplado no amplo escopo da ADPF 347, em que se discutem as más condições sanitárias dos presídios, a falta de assistência e a superlotação.

orienta aos Tribunais e magistrados a adotarem medidas preventivas à propagação da infecção no âmbito dos sistemas prisional e socioeducativo.<sup>7</sup> Em relação aos magistrados que atuam na fase de conhecimento do processo, a atenção voltou-se para o tratamento das chamadas prisões cautelares, recomendando assim as seguintes medidas, de acordo com o artigo 4º:

Art. 4º. [...]

I – a *reavaliação das prisões provisórias*, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, *priorizando-se*:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II – a *suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo*, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III – a *máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva*, observado o protocolo das autoridades sanitárias. (BRASIL, 2020b, grifos no original).

Da mesma forma, aos magistrados com competência para a execução penal, recomenda-se a concessão de saída antecipada nas hipóteses destacadas acima, para aqueles que se encontram em regime semiaberto e fechado, seja por pertencerem ao chamado grupo de risco, seja por se encontrarem acautelados em unidades superlotadas e sem condições adequadas de higiene e assistência. Além disso, o artigo 5º recomenda, ainda, a concessão de prisão domiciliar a todas as pessoas que se encontram em regime aberto ou semiaberto, bem como

<sup>7</sup> Em seu artigo 1º, a recomendação apresenta a seguinte finalidade: “Art. 1º Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo. Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas: I – a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções; II – redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; III – garantia da continuidade da prestação jurisdicional, observando-se os direitos e garantias individuais e o devido processo legal.” (BRASIL, 2020b, grifos no original).

àquelas que estejam com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, em unidades que não permitam o distanciamento social.<sup>8</sup>

Visando monitorar o impacto da doença no sistema penitenciário e no socioeducativo, bem como orientar as ações do Judiciário no contexto da Recomendação n. 62/2020, o Conselho Nacional de Justiça lançou uma página em seu portal na *internet* ([www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19](http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19)) com informações sobre a disseminação do novo Coronavírus. As informações disponibilizadas são resultado do esforço conjunto do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Prisional e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ) com o apoio das equipes, nacional e locais, do programa Justiça Presente – parceria do CNJ com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, a fim de guiar as ações do Judiciário. (BRASIL, 2020a).<sup>9</sup>

Dentre os dados,<sup>10</sup> é possível verificar a existência de 24.200 casos confirmados de pessoas infectas, dentre as quais 17.057 correspondem a presos e 7.143 a servidores, apresentando tendência de aumento de 61,7% em relação ao mês anterior. O relatório especifica, ainda, a divisão dos números por região, com grande destaque para a região Sudeste, que apresenta o maior índice tanto

<sup>8</sup> Nesse sentido: Art. 5º Recomendar *aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas*: I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária; III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução; IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal; V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (*sursis*) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias; Parágrafo único. Em caso de adiamento da concessão do benefício da saída temporária, o ato deverá ser comunicado com máxima antecedência a presos e seus familiares, sendo-lhes informado, assim que possível, a data reagendada para o usufruto, considerando as orientações das autoridades sanitárias relativas aos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do novo coronavírus. (BRASIL, 2020, grifos no original).

<sup>9</sup> De acordo com o referido site “Para garantir a proteção da vida e da saúde coletiva conforme determina a Constituição, permitindo que pessoas sob tutela do Estado tenham condições dignas de cumprimento de suas responsabilizações, o DMF/CNJ vem trabalhando em normativas, orientações e ações de monitoramento com o apoio de tribunais, com dados disponibilizados nesta página. Além de um Boletim Semanal sobre Contágios e Óbitos no Sistema Prisional e no Socioeducativo, também são disponibilizados dados coletados regularmente pelos GMFs/Tribunais de Justiça com o Monitoramento das Ações de Enfrentamento à Covid-19 em Espaços de Privação de Liberdade. A sistematização de normativas, implementação de planos de contingência, modificação de regimes e outras medidas contra a epidemia adotadas pelos Tribunais de Justiça a partir da Recomendação 62/2020 estão disponíveis no Monitoramento CNJ sobre o tema.” ([www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19](http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19)).

<sup>10</sup> Os dados, com atualização semanal, que serão apresentados correspondem à última atualização disponível – 17 de agosto de 2020 – quando da elaboração do presente artigo.

no que tange ao número de casos confirmados (31,8%), quanto ao número de óbitos (48,9%). (BRASIL, 2020a).

Tais percentuais, bem como os que serão trazidos a seguir, referem-se apenas às pessoas presas, tendo em vista ser o objeto deste artigo. Complementando as informações, em relação aos casos confirmados, por região: Norte apresenta 11,4%, Nordeste, 19,6%, Sul, 14,5%, Centro-Oeste, 22,7%. Em relação ao número de óbitos, por região, tem-se que: Norte apresenta 15,6%, Nordeste, 16,7%, Sul, 8,9%, Centro-Oeste, 10%. O relatório salienta que a incidência de casos deve ser analisada à luz dos contextos locais, com especial atenção para: “o tamanho das populações privadas de liberdade nesses estabelecimentos e seus respectivos quadros de servidores; a política de testagem adotada por cada Unidade da Federação nessas instituições; a transparência e regularidade na divulgação dessa informação.” (BRASIL, 2020a).

Esses indicadores mostram, portanto, a necessidade de uma atenção maior voltada para o sistema carcerário, pensando em medidas a partir de suas peculiaridades e da urgência em colocar luz sobre aqueles que historicamente vivem às sombras.

### **3 A CONCRETIZAÇÃO DAS MEDIDAS A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO**

Em julho de 2020, ganhou ampla repercussão na mídia, bem como passou a acirrar os debates entre juristas e acadêmicos, a decisão do Ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu prisão domiciliar a Fabrício Queiroz e a sua esposa. No julgamento do *habeas corpus* n. 594.360, o relator entendeu que o réu faz jus a tal benefício por ser pessoa portadora de doença grave e não ter cometido crime com violência ou grave ameaça. Do mesmo modo, o benefício foi deferido a sua esposa, por ser razoável presumir que sua presença ao lado do marido fosse recomendável para lhe dispensar as atenções necessárias. (BRASIL, 2020c).

Tal fato, apesar de não ser o objeto principal deste artigo, serviu como elemento propulsor para despertar o interesse pela pesquisa acerca das decisões judiciais no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), frente aos pedidos de prisão domiciliar em decorrência da pandemia. Para tanto, realizou-se pesquisa de jurisprudência no portal eletrônico do referido tribunal ([www.tjrj.](http://www.tjrj.)

jus.br), utilizando-se os seguintes termos de busca: “prisão e domiciliar e covid e coronavírus e pandemia”. Como resultado, foram obtidas 137 decisões (monocráticas e colegiadas), cuja leitura viabilizou algumas reflexões.

Ressalta-se que a escolha pelo TJRJ se deu por estar localizado na região que apresentou os maiores índices (de casos confirmados e de óbitos) – a despeito de tais dados não poderem ser analisados de maneira absoluta –, bem como por ser o local de atuação das autoras deste artigo. Além disso, a opção por um tribunal local permite analisar processos que envolvem pessoas que, via de regra, não possuem foro por prerrogativa de função, nem elevada condição financeira para recorrer às instâncias superiores, englobando, portanto, aqueles que compõem grande parte dos números do sistema prisional.

De início, chama atenção o *habeas corpus* coletivo (RIO DE JANEIRO, 2020b) que foi impetrado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro em favor de todas as pessoas idosas privadas de liberdade no presídio José Frederico Marques e no Instituto Penal Cândido Mendes<sup>11</sup>, postulando o livramento condicional antecipado ou, subsidiariamente, prisão albergue domiciliar em razão da pandemia. A petição fundamenta-se não só mas especialmente na Nota Técnica sobre os Impactos da COVID-19 no Sistema Prisional do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2020a), expedida pelo Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura<sup>12</sup>, que destaca a incapacidade em garantir a integridade física dos presos, que, diante da pandemia, correrão risco ainda maior.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Conforme se extrai dos autos: “Restringe-se o pedido aos idosos internos de duas unidades prisionais: o Instituto Penal Cândido Mendes, para onde a SEAP encaminhou todos os idosos do sistema; e o Presídio José Frederico Marques, ‘porta de entrada’ para onde são encaminhados todos os novos presos, até serem transferidos para outra unidade.” (RIO DE JANEIRO, 2020b).

<sup>12</sup> De acordo com sua página na internet (<http://mecanismoerj.com.br>), trata-se de um “órgão criado pela Lei Estadual n. 5.778 de 30 de junho de 2010, vinculado à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro que tem como objetivo planejar, realizar e conduzir visitas periódicas e regulares a espaços de privação de liberdade, qualquer que seja a forma ou fundamento de detenção, aprisionamento, contenção ou colocação em estabelecimento público ou privado de controle, vigilância, internação, abrigo ou tratamento, para verificar as condições em que se encontram submetidas as pessoas privadas de liberdade, com intuito de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes. Segundo o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, os Mecanismos também têm como atribuição recomendar medidas para a adequação dos espaços de privação de liberdade aos parâmetros internacionais e nacionais e acompanhar as medidas implementadas para atender às recomendações.”

<sup>13</sup> Assim: “No Estado do Rio de Janeiro (ERJ), é notório que *sequer a atenção básica à saúde é garantida*. Os resultados estão nas assustadoras cifras de *óbitos registradas no sistema prisional, tendo o ERJ números cinco vezes superiores à média nacional*. Em pesquisa realizada em parceria da Fiocruz com o Ministério Público, a análise de um total de 521 óbitos analisados 83% foram mortes causadas por doenças, muitas das quais só evoluem à óbito em cenários de total falta de assistência, como por exemplo os óbitos por tuberculose. Além de ser uma doença absolutamente tratável, a tuberculose é responsável por 45% dos óbitos por doenças infecciosas do sistema prisional. [...] No universo de pessoas privadas de liberdade, o percentual de grupos de risco e grupos vulneráveis é certamente muito maior. No caso da tuberculose, por exemplo, o índice geral de incidência na população é de 32 para cada 100.000 habitantes, no sistema prisional nacional é de 932 para cada 100.000 e no sistema prisional do ERJ a incidência atinge a casa dos 2000 para cada 100.000. O cenário horripilante não parece sequer ser capaz de dimensionar o tamanho do impacto de uma epidemia de COVID-19 nesse universo. *O atual cenário do sistema prisional fluminense vulnerabiliza as pessoas privadas de liberdade e as coloca em um risco real à vida diante de uma epidemia de coronavírus*. O fornecimento precário de água e o estado de absoluta superlotação já impossibilitam o cumprimento das duas medidas de prevenção mais exaustivamente publicadas por órgãos, entidades e veículos de mídia: manter as mãos limpas e evitar aglomerações. Não obstante, contribui para um ambiente permanentemente insalubre que aliado a uma assistência material precária



No entanto, mesmo diante de tal cenário e de pedido direcionado àqueles que de fato se encontram em situação de vulnerabilidade, o TJRJ entendeu não ser cabível, uma vez que as autoridades competentes já estariam adotando as medidas necessárias e que o deferimento do pedido levaria a uma “liberação maciça de presos, causando desresponsabilidade do Estado”, devendo os magistrados analisarem cada caso individualmente – ainda que isso possa importar na sobrecarga do Judiciário e na demora em deferir medida de tamanha urgência.

Outras decisões também se pautaram na negativa quanto à precariedade das condições carcerárias do Rio de Janeiro, como no caso de um preso que estava aguardando para realizar a perícia de insanidade mental em razão de possível doença, mas teve seu pedido de prisão domiciliar indeferido, uma vez que “não há prova de que a prisão esteja prejudicando a saúde do paciente, sendo certo que o Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro dispõe de instrumentos para que recebam todo o cuidado necessário, dando-lhe todas as condições e tratamento adequado.” (RIO DE JANEIRO, 2020c).<sup>14</sup>

Aspecto também que chamou atenção na pesquisa foi a grande quantidade de pedidos negados sob o argumento de que a Recomendação n. 62/2020 se trata de mera orientação, não possuindo caráter vinculante, de modo que fica a cargo de cada magistrado decidir, diante do caso concreto, qual é a melhor medida a ser adotada – ou, até mesmo, não adotar qualquer medida.<sup>15</sup> Assim, em diversos julgados, tomando por base essa lógica da inexistência de ordem por parte do CNJ, o Tribunal indeferiu o pedido de prisão domiciliar, argumentando a necessidade de demonstração de risco concreto de contágio ou perigo de contágio da doença.<sup>16</sup>

---

ou inexistente por parte do Estado, siga aumentando o número de pessoas que podem ser classificadas como grupo de risco ou vulneráveis ao contágio por diversas moléstias. [...] *O quadro dos serviços de assistência à saúde nas unidades prisionais é praticamente inexistente.* Quase não há médicos e as unidades ambulatoriais, destinadas à atenção básica e imediata, funcionam – apenas em horário comercial – basicamente com auxiliares e técnicos de enfermagem que administram o parco estoque de insumos e medicamentos. [...]” (RIO DE JANEIRO, 2020a, grifo nosso).

<sup>14</sup> No mesmo sentido, em outro *habeas corpus*, ficou decidido que: “De qualquer forma, registre-se, também, que medidas para evitar a contaminação já foram adotadas pelos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública, bem como pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro e também pelo TJERJ, visando ao resguardo de todos, inclusive das pessoas presas, as quais tem se mostrado eficazes. [...] Em razão do estado de emergência decretado pelo Governador, por exemplo, os presos encontram-se em isolamento carcerário, estando as visitas suspensas, bem como já vem sendo adotadas pelo Juiz da VEP medidas outras a fim de proteger os acautelados.” (RIO DE JANEIRO, 2020d).

<sup>15</sup> Tal como se verifica no seguinte julgado: “Importa mencionar-se, ademais, que as Recomendações administrativas do CNJ traçam apenas diretrizes genéricas, sobre questões de natureza processual penal, as quais, no geral, já estão contempladas na legislação processual penal comum e especial, sendo que as mesmas não subtraem, a competência prevalente da atividade jurisdicional que cada Magistrado titulariza para impor a melhor solução jurídica, com força de lei para o caso concreto.” (RIO DE JANEIRO, 2020e).

<sup>16</sup> Tal como se extrai do seguinte trecho de julgamento em sede de *habeas corpus*: “Integrando o preso ou não grupo de risco, eventual substituição da prisão preventiva ou definitiva por quaisquer outras medidas em decorrência da pandemia deve ser antecedida de análise criteriosa, no caso concreto, da real necessidade da medida e da existência de risco concreto de contaminação e propagação do vírus no interior do Presídio [...]” (RIO DE JANEIRO, 2020d).

Dessa maneira, *habeas corpus* foram denegados por considerar que o réu havia apresentado meras “alegações genéricas e abstratas”<sup>17</sup>, sem que de fato demonstrasse a efetiva contaminação ou seu potencial risco, mesmo diante de todas as evidências quanto às condições em que vivem as pessoas privadas de liberdade e ao potencial de propagação da doença. No entanto, surpreende – ou não –, o fato de encontrar decisões em que, mesmo o réu tendo comprovado ter contraído a doença, não fez jus à prisão domiciliar, tendo em vista a possibilidade de tratamento dentro do sistema prisional.<sup>18</sup>

Tais decisões foram apenas alguns exemplos do que a pesquisa apresentou, mas ilustram o tratamento que as pessoas privadas de liberdade vêm recebendo no Rio de Janeiro, sendo a grande maioria presos provisórios, processados por crimes praticados sem violência ou grave ameaça<sup>19</sup>. Mesmo havendo dados concretos acerca da precariedade do sistema carcerário, revelados por órgão criado pelo próprio Estado – Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura –, e estando em risco pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, dentre as 137 decisões que foram encontradas, apenas 1 teve o pedido deferido.<sup>20</sup> No entanto, da leitura do referido julgado, percebe-se que a ordem de *habeas corpus* foi concedida por haver excesso de prazo na prisão preventiva, visto que o réu estava preso há mais de um ano esperando julgamento, não guardando, portanto, qualquer relação com a situação da pandemia.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> [...] “os argumentos veiculados pelo impetrante, não passam de *meras alegações genéricas e abstratas*, não tendo sido apresentada qualquer prova pré-constituída, em concreto, de que o paciente apresente algum sintoma de ter sido infectado pelo Covid-19, ou que esteja na iminência de o sê-lo, com o risco real e efetivo, de molde a não poder receber tratamento emergencial pelo sistema público de saúde do Estado, a ensejar a necessidade excepcional de sua soltura ou a conversão da forma de cumprimento ergastular em *prisão domiciliar*.” (RIO DE JANEIRO, 2020f).

<sup>18</sup> “Não obstante o paciente tenha juntado documentos médicos *comprovando ter testado positivo para COVID-19* (Docs. 000002, Anexo 1), não há prova de que a prisão esteja prejudicando sua saúde, sendo certo que, o Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro dispõe de instrumentos para que recebam todo o cuidado necessário, dando-lhe todas as condições e tratamento adequado, sendo certo que, como ponderado pela digna Autoridade apontada como coatora, já se findou o período de isolamento indicado pelo Ministério da Saúde, não havendo qualquer risco ao paciente. (RIO DE JANEIRO, 2020f, grifo nosso).

<sup>19</sup> Há parcela considerável de processos envolvendo crimes de tráfico de drogas e afins, sendo certo que diversas pesquisas já revelaram o quanto, muitas vezes, fatores extralegais e estigmatizantes interferem na definição de quem é usuário e quem é traficante, revelando o caráter seletivo do sistema de justiça criminal. (MISSE, 1997; GRILLO; POLICARPO; VERÍSSIMO, 2011).

<sup>20</sup> As conclusões foram extraídas com base nos julgamentos divulgados no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o que não necessariamente corresponde ao universo de decisões que ocorreram nas câmaras criminais, visto que pode haver julgados que não foram publicados no portal.

<sup>21</sup> “Tempo de prisão provisória excedido por morosidade da máquina estatal, sem a mínima colaboração da defesa. Constrição imposta que resulta em ofensa imediata ao princípio da razoabilidade da duração do processo. Inaceitável a ideia de que o jurisdicionado fique indefinidamente à espera da prolação de sentença para que, somente então, seja alcançada a efetividade máxima da jurisdição. Ineficiência da atividade estatal como causa determinante da extrapolação do prazo de duração do processo. Paciente não integrante do grupo de risco a que alude a Recomendação CNJ no. 62/2020. Condição de saúde não comprometida de imediato. Situação relatada não recepcionada pela norma administrativa benevolente. Alegação de contaminação pelo COVID-19 afastada. [...] Infere-se do caderno processual formado e da consulta eletrônica dos autos originários que a alegação de constrangimento ilegal prospera. Isso porque, passados mais de 365 dias desde o encarceramento, a instrução criminal longe está de ser concluída, resultando em manifesto prejuízo para o acusado.” (RIO DE JANEIRO, 2020h).

## CONCLUSÃO

A pandemia decorrente do novo Coronavírus, que surpreendeu o mundo e que tantas mudanças causou, não pode deixar de surtir efeitos no sistema carcerário brasileiro e de trazer à tona questões que, muitas vezes, ficam obscurecidas quando se trata daqueles que se encontram historicamente à margem da sociedade. Nas palavras de Mandela (2012), “costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos”.

O presente artigo procurou, então, refletir acerca do tratamento dispensado aos presos no Brasil à luz dos impactos da Covid-19, demonstrando não apenas as medidas publicadas em caráter geral e abstrato – atos normativos –, mas também, como de fato vêm sendo concretizadas na prática. Para tanto, optou-se por realizar um levantamento jurisprudencial a partir das decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apenas em relação ao deferimento ou indeferimento da prisão domiciliar no período de pandemia.

Foi possível perceber, portanto, a partir dos resultados apresentados, que, mesmo em um momento de calamidade pública mundial, a privação da liberdade continua não sendo tratada como medida excepcional, mas sim como a regra. As decisões encontradas deixaram claro que o tribunal carioca busca todo tipo de fundamento, inclusive contraditórios entre si, para negar um benefício que seria capaz de assegurar minimamente a integridade física não só dos presos, mas também dos agentes penitenciários.

Assim, por trás de recomendações que parecem trazer uma preocupação com aqueles que se encontram sob a custódia do Estado, continuamos perpetuando o estado de coisas inconstitucional, em que medidas como segregação, suspensão das visitas e afastamento do convívio social ainda prevalecem, mesmo diante de dados empíricos que revelam a incapacidade de garantia da dignidade da pessoa humana. A pandemia fez o mundo mudar, mas parece não ter sido capaz de afastar o caráter seletivo e segregador que orienta o sistema de justiça criminal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **CPI – Sistema Carcerário Brasileiro**. Relatório final. Série comissões em ação. Brasília, DF: Edições Câmara, 2017. E-book.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Boletim Semanal CNJ Covid-19**. Brasília, DF, 17 de agosto de 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-19.08.20.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação n. 62/2020**. Brasília, DF, 17 de março de 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 594360**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 04 de agosto de 2020c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-habeas-corpus-concedido-stj.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) Representativo de Controvérsia 580.252/MS**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&-classeProcesso=RE&numeroTema=365>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. Tese (Doutorado em

Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. SU-559/97. **Sentencia de Unificación n. 559**. Bogotá, 06 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. T 153/98. **Sentencia de Tutela n. 153**. Bogotá, 28 de abril de 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do complexo penitenciário de Pedrinhas. [San José, Costa Rica], 14 de novembro de 2014. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf). Acesso em: 20 out. 2019.

DIÁRIO de um detento. Compositores: Mano Brown; Josemir Prado. In: **SO-BREVIVENDO no inferno**. Intérprete: Racionais Mc's, 1998. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RP0VDttGZQQ>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

GRILLO, Carolina; POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos. A 'dura' e o 'desenrolô': efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. **Revista de Sociologia e Política**, v. 19, n. 40, p. 135-148, 2011.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional". **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. Ano 1, n.1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

MANDELA, Nelson. **Longa caminhada até a liberdade**. Editora: Nossa Cultura, 2012.

MISSE, Michel. As ligações perigosas: mercado informal, ilegal, narcotráfico e violência no Rio. **Contemporaneidade e Educação**, v. 1, 1997.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Mecanismo estadual de prevenção e combate à tortura. **Nota Técnica sobre os Impactos da COVID-19 no Sistema Prisional do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, [2020a]. Disponível em: <http://mecanismorj.com.br/wp-content/uploads/Nota-técnica-sobre-os-impactos-do-COVID-19-no-sistema-prisional-do-Rio-de-Janeiro.-MEPCTRJ.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Terceira Câmara Criminal. **Habeas Corpus n. 018054-14.2020.8.19.0000**. Relator: Desembargador Antonio Carlos Nascimento Amado. Rio de Janeiro, RJ, 10 de agosto de 2020b. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 15. ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Segunda Câmara Criminal. **Habeas Corpus n. 0033772-51.2020.8.19.0000**. Relatora: Desembargadora Kátia Maria Amaral Jangutta. Rio de Janeiro, RJ, 07 de agosto de 2020c. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 15. ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Criminal. **Habeas Corpus n. 0043813-77.2020.8.19.0000**. Relatora: Desembargadora Adriana Lopes Moutinho. Rio de Janeiro, 12 de agosto de 2020d. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 15.ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Criminal. **Habeas Corpus n. 0043817-17.2020.8.19.0000**. Relatora: Desembargadora Elizabete Alves de Aguiar. Rio de Janeiro, 05 de agosto de 2020e. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 15.ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Criminal. **Habeas Corpus n. 0021246-52.2020.8.19.0000**. Relatora: Desembargadora Elizabete Alves De Aguiar. Rio de Janeiro, 03 agosto de 2020f. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 15. ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Segunda Câmara Criminal. **Habeas Corpus n. 0035883-08.2020.8.19.0000**. Relatora: Desembargadora Kátia Maria Amaral Jangutta. Rio de Janeiro, 12 agosto de 2020g. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 15. ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Criminal. **Habeas Corpus n. 0021958-42.2020.8.19.0000**. Relator: Desembargador Joaquim Domingos De Almeida Neto. Rio de Janeiro, 14 de julho de 2020h. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 15.ago.2020.

# A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS FIRMADA NA TESE 129 DA REPERCUSSÃO GERAL: UMA CRÍTICA E UMA PROPOSTA

THE INTERPRETATION OF THE SUPREME FEDERAL COURT ABOUT CRIMINAL BACKGROUND FIRMED IN THESIS 129 OF THE GENERAL REPERCUSSION: A CRITICISM AND A PROPOSAL

**Jorge Paulo Damante Pereira**

*Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Mato Grosso  
Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso*

**RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo a análise da dignidade do art. 59 do Código Penal, com destaque à possibilidade interpretativa do elemento “antecedentes criminais” para fixação de *quantum* de pena. De forma específica, propõe-se ao exame dos votos referentes à tese 129 proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. É neste contexto que se desenvolverá o estudo, a partir de ótica principiológica enquanto mandamentos que expressam não só direitos ao cidadão, mas, também, deveres dos julgadores perante a sociedade, aqui em relação à individualização da pena. Pretende-se identificar, portanto, a dimensão dialógica de aplicação de pena inserida em um contexto social-democrático através de esforço interpretativo que permita a compreensão dual do princípio da isonomia. Para tanto, valeu-se da pesquisa bibliográfica qualitativa, utilizando-se de obras específicas e julgados acerca da temática.

**Palavras-chave:** Antecedentes Criminais. Aplicação de pena. Tese 129.

**ABSTRACT:** This research aims to analyze the dignity of art. 59 of the Penal Code, with emphasis on the interpretative possibility of the element “criminal record” for setting the amount of penalty. Specifically, it is proposed to analyze the votes regarding thesis 129 made by the ministers of the Supreme Federal Court. It is in this context that the research will be developed, from a principiological perspective as commandments that express not only rights to the citizen, but also the duties of the judges towards society, here in relation to the individualization of the sentence. It is intended, therefore, to identify the dialogical dimension of punishment inserted in a social-democratic context through an interpretive effort that allows a dual understanding of the principle of isonomy. For that, it used qualitative bibliographic research, using specific works and judged on the theme.

**Keywords:** Criminal Background. Penalty application. Thesis 129.

Enviado em: 21-10-2020

Aceito em: 04-12-2020



## 1 INTRODUÇÃO

Considerando que para os crimes, em geral, a lei penal prevê, em abstrato, uma quantidade variável de pena (mínimo e máximo), faz-se necessária a existência de critérios para que se encontre a pena justa e adequada a cada caso concreto<sup>1</sup>. Sobre o tema, sabe-se que o Código Penal adota o critério trifásico de fixação da pena<sup>2</sup>: a primeira fase serve à fixação da pena-base; a segunda consiste na análise da existência ou não de circunstâncias legais agravantes ou atenuantes e na terceira fase examina-se a incidência ou não de alguma causa geral ou especial de aumento ou diminuição da pena, que, se for o caso, se aplicará sobre a pena intermediária.

Quanto à primeira fase da aplicação da pena, o art. 59, *caput*, do Código Penal, elenca as chamadas circunstâncias judiciais, que não são senão critérios disponibilizados pela lei penal ao juiz para a fixação e individualização da pena-base na sentença penal condenatória, tratando-se, com efeito, de oito balizamentos: (1) culpabilidade, (2) antecedentes, (3) conduta social, (4) personalidade, (5) motivos, (6) circunstâncias do crime, (7) consequências do crime e também (8) o comportamento da vítima.

Ocupamo-nos, neste artigo, com o exame de um desses critérios do art. 59, *caput*, do Código Penal, qual seja, os *antecedentes*, e sua relação com o princípio constitucional de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF)<sup>3</sup>, na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente no que se refere à Tese 129 da Repercussão Geral, já que o tema foi exaustivamente examinado no âmbito daquela Corte no julgado do RE nº 591.094 (2014)<sup>4</sup>.

Iniciamos pela análise do voto condutor do Acórdão e dos que o acompanharam, em seguida, ingressamos no exame dos votos divergentes, para, depois, tecermos considerações críticas acerca da não ponderação dos princípios da isonomia e da individualização da pena na fixação da Tese nº 129, finalizando por concluir que a interpretação dada ao tema pelo Supremo Tribunal Federal superestima o princípio de não culpabilidade em detrimento daqueles outros

<sup>1</sup> Aliás, a individualização da pena tem assento constitucional. Art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...).

<sup>2</sup> Art. 68 do CP: A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

<sup>3</sup> Ou princípio da presunção de inocência (as duas expressões são correntes na doutrina).

<sup>4</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>. Acesso em: 15/07/2020.

dois princípios constitucionais citados, ao tempo em que apresentamos uma interpretação diversa, que entendemos dotada de maior racionalidade e também razoabilidade.

## 2 UMA PALAVRA SOBRE O SIGNIFICADO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS

Antes de ingressar no exame do *leading case* da Tese nº 129, permitimo-nos um breve comentário doutrinário sobre o que se entende pela expressão *antecedentes criminais*. De acordo com Greco (2006, p. 602), “os antecedentes dizem respeito a todo histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência”. Para Nucci (2018, p. 436), “trata-se de tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal”.

Sobre o tema, veja-se também Jesus (2014, p. 604):

Antecedentes são os fatos da vida pregressa do agente, sejam bons, sejam maus, como, p. ex.: condenações penais anteriores, absolvições penais anteriores, inquéritos arquivados, inquéritos ou ações penais trancadas por causas extintivas da punibilidade, ações penais em andamento, passagens pela Justiça da Infância e Juventude, suspensão ou perda do poder familiar, tutela ou curatela, falência, condenação em separação judicial etc.

De notar-se, por primeiro, que o Código Penal não se utiliza da expressão *maus antecedentes*, mas se vale de *bons antecedentes*. Portanto, para o Código Penal, ou a pessoa tem bons antecedentes ou não os tem, hipótese em que registrará *antecedentes*.

Veja-se, por exemplo, que um dos critérios para a obtenção do livramento condicional é ter bons antecedentes (art. 83, I, CP). Ainda, no crime de apropriação indébita previdenciária, se o agente tiver bons antecedentes poderá se beneficiar com o perdão judicial ou ser punido somente com multa, obedecidos outros critérios cumulativos (art. 168-A, § 3º, CP). Idem ocorre no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 2º, CP).

Por outro lado, a existência de antecedentes criminais pode, ao menos segundo o Código Penal: (1) obstar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, III, CP); (2) ser utilizada como um dos critérios para fixação da pena-base do agente (art. 59, *caput*, CP); (3) obstar o reconhe-

cimento do crime continuado nos delitos dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 71, parágrafo único, CP); e (4) obstar a suspensão condicional da pena – *sursis* (art. 77, II, CP).

De todo modo, o que parece bem evidenciado é que a *mens legis* foi dispensar tratamento diferenciado a quem pratica um delito como um fato absolutamente isolado em sua vida, de quem comete crimes de forma habitual, reiterada e contumaz<sup>5</sup>, o que nos afigura estar em consonância com o princípio da igualdade e também com o princípio da individualização da pena, conforme comentaremos um pouco à frente em tópico específico (item 4).

Mas vejamos como o Supremo Tribunal Federal fixou sua interpretação do tema.

### 3 DOS FUNDAMENTOS DOS VOTOS FIXADORES DA TESE Nº 129

Tendo por base o já referido *leading case* Recurso Extraordinário nº 591.094, eis o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

Decisão: O Tribunal, decidindo o tema 129 da Repercussão Geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, firmando-se a tese de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux, que proferiu voto em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.12.2014. (BRASIL, 2014, p. 69, online).

A tese foi firmada com base no voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, cujo entendimento foi no sentido de que, à vista do princípio de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF), inquéritos policiais e processos criminais em curso (ainda que com sentença condenatória, mas não transitada em julgado), não podem ser considerados como circunstância judicial (maus antecedentes) para o fim de servir como critério fixador da pena-base do agente.

Para o Ministro, afigura-se temerário que alguém receba uma pena mais severa por ostentar antecedentes que, no futuro, poderão não se materializar numa sentença penal condenatória com trânsito em julgado, de modo que, a seu

<sup>5</sup> O que o Ministro Lewandowski, rememorando a doutrina, denominará de perseverantia celeris (BRASIL, 2014, p. 40, online).

ver, somente estas podem ser levadas em conta por ocasião da fixação da pena no processo em que houve a condenação.

Da leitura do voto de Sua Excelência o Ministro Relator, constata-se que, a seu ver, quando o aplicador da lei penal se vale de inquéritos policiais em trâmite ou de ações penais em andamento para considerá-los como um dos critérios a interferir na pena-base a ser imposta ao réu no processo que esteja sob exame, isso equivale a considerá-lo também culpado naqueles tais inquéritos policiais em trâmite ou ações penais em andamento, o que implica violação do princípio de não culpabilidade (BRASIL, 2014, p. 7-14, online).

O Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o voto do Relator Ministro Marco Aurélio, mas tendo por fundamento o fato de que o Supremo Tribunal Federal assentara a tese de que a presunção de inocência somente seria superada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de maneira que entendeu Sua Excelência que “a existência de inquéritos ou de processos judiciais nas hipóteses em que não haja trânsito em julgado” não podem ser levados em conta para a dosimetria da pena no processo em que houve a responsabilização do réu (BRASIL, 2014, p. 17-19, online).

Inicialmente, o voto do Ministro Teori Zavascki convergiu com o entendimento do Relator (BRASIL, 2014, p. 20, online). Entretanto, na retomada do julgamento<sup>6</sup>, o Ministro Teori propôs o que se pode chamar de “um meio-termo”. Ele defendeu que no caso de haver sentença penal condenatória recorrível esta poderia ser considerada como antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena e isso não implicaria violação do princípio da presunção de não culpabilidade. Todavia, fato é que manteve seu voto (BRASIL, 2014, p. 36-40, online).

O Ministro Gilmar Mendes também não divergiu: para ele, considerar inquéritos policiais ou ações penais em andamento como maus antecedentes viola o princípio constitucional de não culpabilidade. Gilmar Mendes fundamentou seu voto principalmente na disfuncionalidade do sistema de Justiça Criminal, em que inquéritos policiais tramitam por anos a fio sem desaguarem em ações penais e ações penais que também tramitam por tempo indefinido, de maneira que, sob sua visão, considerá-los como antecedentes implica violar a presunção de inocência (BRASIL, 2014, p. 28-30, online).

<sup>6</sup> O julgamento iniciou-se em 05/06/2014 e foi suspenso quando o placar estava 4 a 4, sendo os votos dos Ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes a favor da tese e os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia contra. O julgamento foi retomado em 17/12/2014, quando então votaram favoravelmente à tese os Ministros Celso de Mello e Dias Toffli.

Na mesma linha, seguiu o Ministro Toffoli, para quem somente a “condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena” (BRASIL, 2014, p. 43-46, online).

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, reforçou o seu já conhecido posicionamento sobre o tema, reafirmando sua interpretação no sentido de que a consideração de inquéritos policiais ou ações penais em andamento como antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena implica “frontal agressão ao princípio de que todos, sem exceção, presumem-se inocentes” até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Após citar os documentos internacionais que consagram o princípio da presunção de inocência, o Ministro conclui que este princípio, como direito fundamental que é, constitui-se em uma verdadeira barreira hermenêutica (o que ele nomeia de cláusula de insuperável bloqueio) para a adoção de qualquer interpretação que seja prejudicial ao agente no que se refere ao seu direito de ser sempre considerado inocente (BRASIL, 2014, p. 47-66, online).

Prevaleceu, portanto, por 6 (seis) votos, a ideia de que se o juiz, ao sentenciar o réu no processo em que foi formada a culpa, considerar, em desfavor deste, para fins de aplicação da pena-base, inquéritos policiais ou ações penais a que eventualmente esteja respondendo, é como se o Poder Judiciário estivesse também presumindo a culpa do réu pelos fatos investigados e ou imputados naqueles outros inquéritos policiais ou ações penais.

É esse o raciocínio admitido e fixado pela Tese nº 129.

Mas o tema enseja outras interpretações, como se verá a seguir.

#### **4 UMA SÍNTESE DOS VOTOS DIVERGENTES DA TESE VENCEDORA**

O Ministro Ricardo Lewandowski dissentiu do M. Marco Aurélio, defendendo, ainda que sem maiores aprofundamentos, a ideia de que não se pode confundir a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP) com os antecedentes criminais do réu. Em análise realista, o Ministro referiu que é por demais comum, na área criminal, deparar-se com réus com “extensíssima ficha criminal”, isto é, réus com diversas passagens pela polícia e com dezenas de ações penais sob trâmite, pelo que essa circunstância não pode deixar de ser considerada pelo juiz aplicador da lei penal por ocasião da dosimetria da pena (BRASIL, 2014, p. 15-16, online).

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, ainda que sem mencionar expressamente o princípio da proporcionalidade, acabou por admitir sua aplicação ao declarar seu voto, pois, segundo seu entendimento, se há um inquérito ou ação penal em andamento, não faria sentido estar o juiz obrigado a aplicar os antecedentes na dosimetria da pena, porém diante de um réu que responda a “grande número de ações e de inquéritos, ainda que nenhum deles solucionado por decisão com trânsito em julgado”, não haverá inconstitucionalidade alguma em considerá-los como antecedentes para os fins do art. 59, *caput*, do CP (BRASIL, 2014, p. 21-23, online).

Já o voto divergente do Ministro Luiz Fux prestigiou o princípio da igualdade: “Então, se vamos levar em consideração que o tratamento tem que ser igual para quem nunca praticou crime, e deferisse o mesmo tratamento para aquele que tem processos e inquéritos pendentes, efetivamente haverá não uma violação do princípio da presunção de inocência, mas flagrante violação do princípio da isonomia”, tendo, ainda, defendido que sejam sopesados os outros princípios constitucionais que se aplicam ao caso concreto (BRASIL, 2014, p. 23-25, online).

A Ministra Cármen Lúcia também acompanhou a divergência, mantendo seu entendimento consolidado de que não há violação do princípio da presunção de não culpabilidade no fato de considerarem-se os antecedentes do agente por ocasião da sentença penal condenatória, defendendo o que chamou de conjugação de princípios na interpretação do tema, sobretudo os princípios da isonomia e individualização da pena (BRASIL, 2014, p. 26, online).

## **5 UMA CRÍTICA À TESE 129 DA REPERCUSSÃO GERAL**

Ninguém discute o fato de que todos os cidadãos têm o direito fundamental a serem considerados inocentes de qualquer acusação enquanto não definida a culpa penal. Entretanto, não se pode simplesmente fechar os olhos para a realidade, que revela existirem cidadãos que fazem de sua vida uma devoção ao crime, e que, por isso, ostentam extensas fichas criminais. Nesses casos, considerar os antecedentes significa aplicar pena um pouco mais severa em decorrência de desvios de conduta e não por considerá-los culpados.

Não concordamos, pois, com a tese de que vulnera o princípio da presunção de não culpabilidade o fato de o juiz, ao sentenciar o réu no processo em

que foi formada a culpa, considerar, em desfavor deste, para fins de aplicação da pena-base, inquéritos policiais ou ações penais a que eventualmente esteja respondendo. Consoante a nossa interpretação, é um exagero concluir que o Estado-juiz, nesta situação, esteja presumindo a culpa do réu também pelos fatos investigados e ou imputados naqueles outros inquéritos policiais ou ações penais.

Ora, a culpa nesses outros inquéritos ou ações não é objeto de análise no caso.

Conforme exposto pelo M. Teori Zavascki, o princípio da presunção de inocência impõe, a um só tempo, "(a) restrição à aplicação de medidas de natureza sancionatória no curso da instrução penal; (b) carga à acusação do ônus probatório de culpabilidade, dispensado o réu de provar sua inocência; e (c) vedação à declaração de culpabilidade do réu antes do trânsito em julgado da decisão judicial condenatória" (BRASIL, 2014, p. 36, online).

O Ministro Celso de Mello, em certa passagem do seu voto, cita a doutrina de Luiz Flávio Gomes, em obra escrita com Valério de Oliveira Mazzuoli, na qual esses autores afirmam que do princípio da presunção de inocência decorrem duas regras: (1) regra de tratamento e (2) regra probatória (BRASIL, 2014, p. 55, online). Pela regra de tratamento, o réu deve ser sempre tratado como inocente enquanto não formada a culpa. Pela regra probatória, cabe ao acusador provar a culpa do acusado.

Com a devida vênia, considerar os antecedentes do réu no ato da sentença não implica a imposição de medida sancionatória no curso da instrução penal, não implica a inversão do ônus da prova e não implica a declaração de culpa do réu nos outros procedimentos a que eventualmente responda, ou seja, não vulnera a presunção de inocência.

Trata-se, ao contrário, de um simples critério para personalizar a pena de acordo com a vida *ante-acta* do agente, dispensando melhor tratamento a quem ostenta bons antecedentes do que a quem já registra em sua biografia múltiplas passagens criminais.

Com efeito, em cada um daqueles outros procedimentos ou foi ou será exaustivamente examinada a questão da culpa do agente. Para os fins do art. 59 do CP, não são analisadas as especificidades daqueles outros casos. A questão, aqui, é simples e objetiva: existem pessoas que cometem crime e não registram

anteriores e outras que cometem crimes de forma habitual e têm, como diz o Ministro Ricardo Lewandowski, uma “extensíssima ficha criminal”. Estas últimas não podem ser tratadas iguais àquelas outras.

Discorrendo sobre o princípio da culpabilidade, Ponte (2008, p. 118-119) pondera que este proíbe a responsabilidade objetiva e exige a individualização da pena, exercendo atividade limitativa à intervenção do Estado, possibilitando a punição somente diante do fato ilícito, antijurídico e culpável e proíbe excessos na aplicação da reprimenda. A pena somente pode ser imposta depois de provada a responsabilidade do agente, o que, sem dúvida, é uma conquista da civilização ocidental.

Em outra passagem, Ponte (2008, p. 119) afirma que:

O papel exercido por tal princípio é de fundamental importância, ora como elemento legitimador da atuação do Estado, ora como resposta dada pelo Estado à sociedade, em face do cometimento do crime. Em apertada síntese, o aludido princípio possui uma função formal-garantidora, assegurando o primado da segurança jurídica, a Justiça material e a proibição de qualquer tipo de arbitrariedade; atuando como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Também Luiz Luís (2003, p. 37), após tecer considerações acerca do aspecto civilizatório do princípio da culpabilidade, destaca:

A nossa ordem jurídica também dá a culpabilidade gabarito constitucional. Basta considerar o texto do inciso LVII, da nossa Carta Magna: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Isto quer dizer que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõem, seja provada e declarada a culpabilidade de um agente que seja autor ou partícipe de um fato típico e antijurídico.

Não se nega, portanto, a importância do princípio da presunção de inocência e seu *status* de um dos pilares do Estado democrático de direito. A crítica que se faz ao atual posicionamento do STF quanto ao tema diz respeito ao fato de a Suprema Corte ter fechado as portas ao aplicador da lei penal quanto à discricionariedade deste na dosimetria da pena. Pela atual posição do STF, o juiz se vê constrangido a aplicar a mesma pena a agentes que, por vezes, se encontram em situações totalmente diversas, pois, ainda que determinado réu ostente um extenso catálogo de registros criminais, ao menos em relação ao critério *ante-*



*cedentes*, receberá o mesmo tratamento penal de quem não registra passagem criminal<sup>7</sup>.

Isso sim nos parece inconstitucional.

Observa-se, ainda, que a tese vencedora deixou de ponderar o princípio de não culpabilidade com os princípios da igualdade e da individualização da pena, fato este que foi destacado nos votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Luiz Fux, conforme visto acima.

Não há dúvida, portanto, que a tese vencedora conferiu à presunção de inocência quase que um *status* de princípio absoluto e acima do princípio da igualdade e do princípio da individualização da pena, o que, com o devido respeito, não parece ser a melhor solução.

Para o que interessa à discussão que se leva a efeito neste artigo, como referido acima, merecem consideração também o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) e o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), posto que se relacionam entre si.

Sobre o princípio da igualdade, Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada por José Afonso da Silva, esclarece que:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental. (ROCHA *apud* SILVA, 2014, p. 216).

Ainda sobre a igualdade, pontua o próprio José Afonso da Silva (2014, p. 220) que:

O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Verifica-se, portanto, que, a seguir-se a lição de José Afonso da Silva, a interpretação firmada na Tese 129 vulnera o princípio da igualdade, pois constrange o aplicador da lei penal a não fazer distinção entre situações que se

<sup>7</sup> Ressalvada a hipótese de já ostentar pelo menos duas condenações transitadas em julgado, hipótese em que uma será considerada como reincidência e a outra como antecedentes. Percebe-se, portanto, que na prática o resultado da tese é a exigência de pelo menos duas condenações transitadas em julgado.

apresentam distintas, conquanto o legislador penal, ao prever no art. 59 os antecedentes como um dos critérios para dosar a pena do réu, tenha dado a ferramenta necessária para tratar com justiça o *discriminem*.

Colhe-se, ainda do mesmo autor, a seguinte lição:

Essa igualdade não há de ser entendida, já dissemos, como aplicação da mesma pena para o mesmo delito. Mas deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções hão de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime (SILVA, 2014, p. 225).

Cumpra, no ponto, lembrar a sempre esclarecedora exortação de Rui Barbosa (1997, p. 26):

A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

De tal forma, quer nos parecer que tratar com a mesma medida de pena quem não ostenta antecedentes e quem os ostenta (e, não raro, por múltiplos fatos delituosos) vulnera o princípio da igualdade e não o princípio da presunção de inocência, conforme muito bem destacou o Ministro Luiz Fux em seu voto divergente (BRASIL, 2014, p. 24, online).

Outro importante princípio desprezado pela atual interpretação do Supremo Tribunal Federal é o da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), pois a Constituição Federal preconiza que a lei regulará a individualização da pena. Como dito alhures, foi exatamente o que o legislador penal fez no art. 59 do CP. Essa norma determina que o juiz deve aplicar a pena de acordo com particularidades do fato e características pessoais do réu.

Conforme pondera Luísi (2003, p. 53):

No Código vigente as regras básicas que presidem a individualização judiciária se encontram no artigo 59 da nova parte geral do Código Penal. Neste texto legal, como ocorria com a legislação revogada, e ocorre, em parte, no artigo 133 do Código Rocco, está disposto que ao Juiz cabe escolher a pena aplicável, sua quantidade, o regime de execução, e a possível substituição da pena, "atendendo à culpabilidade, seus antecedentes, a conduta social, a personalidade

do agente, os motivos e as circunstâncias e o comportamento da vítima” tendo presente “o necessário e o suficiente para a repressão e prevenção do crime”.

Sandro Luiz da Costa (2013, p. 25) bem esclarece os termos do conteúdo do princípio:

O princípio da individualização ou determinação da pena, ponto fundamental deste livro, estabelece que, para cada infração, deve ser prevista e estabelecida uma pena específica e adequada a este e à situação concreta, de forma a contemplar as funções ou finalidades preventivas e repressivas da sanção penal, sendo tal princípio uma garantia consagrada no artigo 5º, XLVI, da CF22.

Este princípio ocorre tanto no plano abstrato (cominação), como no concreto (aplicação ou imposição) e na execução (cumprimento) da pena (LYRA, 1958, p. 21). Em abstrato, delimita a atividade do legislador, que, no preceito secundário da norma penal proibitiva (pena), estabelece a espécie de sanção adequada ao caso e os limites mínimo e máximo da pena privativa de liberdade.

Consoante à doutrina acima, a individualização da pena ocorre em vários momentos. Em abstrato, quando o legislador define a pena mínima e máxima para cada espécie de delito. Em concreto, quando o aplicador determina a pena suficiente e adequada e também na fase da execução da pena, quando serão aplicadas as regras próprias desta fase.

O que a Tese nº 129 faz é tolher o juiz de individualizar, no sentido de personalizar a pena, tendo em vista a vida pregressa do agente que está sendo apenado, passando a exigir que o histórico criminal deste somente seja considerado quando ostentar condenações criminais transitadas em julgado, o que, com a devida vênia, é um exagero.

Diante do exposto, entendemos que a melhor solução seria a adoção de uma posição intermediária, em que o juiz não seja obrigado a considerar os antecedentes do réu para fins de definição da pena-base e nem tampouco obrigado a desconsiderá-los.

Pensamos que a técnica de ponderação de princípios resolveria a questão. É do que tratamos no tópico a seguir.

## **6 UMA PROPOSTA: A IDEIA DA PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS**

Segundo nosso entendimento, a melhor interpretação para a situação examinada neste artigo seria a adoção de um posicionamento que representasse

um ponto de equilíbrio entre dois extremos, de maneira que, como asseveramos acima, o juiz não fosse nem obrigado a considerar os antecedentes e nem tampouco a desconsiderá-los, como hoje impõe a Tese 129.

Seria perfeitamente razoável, por exemplo, uma tese mais ou menos nestes termos: a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado *não pode ser necessariamente considerada como antecedentes para fins de dosimetria da pena*.

Uma tese com o teor acima proposto deixaria ao prudente arbítrio do juiz – dentro de sua margem de discricionariedade – avaliar, diante da realidade do caso concreto, se é ou não o caso de considerarem-se os antecedentes em desfavor do agente na fixação da pena-base.

Bastaria ao juiz, no caso, socorrer-se do princípio da proporcionalidade para decidir de forma justa e que atendesse tanto aos direitos da sociedade quanto da pessoa do réu.

Nesse sentido, esclarecedor é o ensinamento de Luís Roberto Barroso (2009, p. 261): “O princípio da proporcionalidade é utilizado, também, com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos”.

Ocorre que, na redação atual da Tese nº 129, essa possibilidade é vedada ao juiz. Relembremos, no ponto, o questionamento da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2014, p. 21, online), quando pondera: “Fico eu a pensar: o juiz, por imperativo constitucional, há de individualizar a pena. Então se depara com um acusado e entende de emitir o juízo condenatório. Ao momento da dosimetria da pena, percebe que aquele cidadão possui um sem número de inquéritos e de ações em andamento”. Pois é, hoje este juiz terá de ignorar essa realidade, ressalvada a hipótese de haver alguma sentença penal condenatória definitiva entre aqueles<sup>8</sup>.

A rigor, a visão ora defendida já foi externada pelo Supremo Tribunal Federal em outra situação, especificamente por ocasião do julgamento do HC nº 84.088 – MS<sup>9</sup>. Veja-se:

<sup>8</sup> Muito embora o que decidido em Repercussão Geral não tenha, em tese, efeito vinculante, fato é que, diante da redação dos arts. 1.030, I, “a” e 1.042, caput, do CPC, dificilmente se consegue rediscutir a matéria.

<sup>9</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439262>. Acesso em: 16/07/2020.

HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. **O simples fato de existirem ações penais ou mesmo inquéritos policiais em curso contra o paciente não induz, automaticamente, à conclusão de que este possui maus antecedentes. A análise do caso concreto pelo julgador determinará se a existência de diversos procedimentos criminais autoriza o reconhecimento de maus antecedentes.** Precedentes da Segunda Turma. O fato de a autoridade sentenciante não ter levado em conta os maus antecedentes ao fixar a pena-base, na verdade, beneficiou o paciente, de sorte que não há razão para inconformismo, quanto a esse aspecto. Habeas corpus indeferido. (BRASIL, 2007, grifo nosso).

No referido julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa teve ocasião de assentar:

Peço vênua a S. Exa. para manter-me fiel à tradicional posição desta Segunda Turma, no sentido de que a existência de diversos procedimentos criminais autoriza o reconhecimento de maus antecedentes, para todos os efeitos legais.

[...]

Esclareço, por oportuno, que o simples fato de o paciente ter contra si ações penais em curso, ou mesmo inquéritos policiais, não induzem, automaticamente, à conclusão de que ele possui maus antecedentes. A análise do caso concreto pelo julgador é que vai determinar se a existência de tais processos ou procedimentos permite o reconhecimento de maus antecedentes. (BRASIL, 2007).

O Ministro Lewandowski, na p. 40 do Acórdão do RE nº 591054, também fez menção a essa forma de interpretar tendo em vista o princípio da proporcionalidade:

Eu me defrontei com essa questão quando julgava no Tribunal de Alçada Criminal, lá trabalhei durante seis anos da minha vida. E o forte desse Tribunal de Alçada Criminal eram justamente os casos de furto e roubo. Então nós tínhamos que, muitas vezes, rever a pena e sopesar os antecedentes tendo em conta a ficha criminal do réu. E nós decidíamos caso a caso, quando havia um ou outro inquérito policial, nós relevávamos e entendíamos que não era o caso, porque não havia trânsito em julgado. Mas na maior parte das vezes, sobretudo quando se tratava de casos de crimes contra o patrimônio praticados em São Paulo, uma cidade reconhecidamente violenta, nós nos deparávamos com réus que tinham uma extensíssima folha de antecedentes, com vários inquéritos policiais por furtos e roubos, muitas vezes quinze, vinte, demonstrando aquilo que a doutrina, usando o latim, chama de *perseverantia celeris*, ou seja, uma reiteração sempre criminosa. E nós sabemos que, na área criminal, os processos correm lentamente, mas para fins de sopesamento dos antecedentes, a mim bastava verificar que realmente se

tratava de uma pessoa que era um profissional do crime. (BRASIL, 2014, online).

Essa nos parece uma interpretação por demais razoável e racional.

Nota-se, ainda, que essa posição permite a conciliação entre os três princípios constitucionais que se relacionam com o assunto. Deveras, preserva a densidade axiológica dos princípios da igualdade e da individualização da pena sem descuidar da presunção de inocência, vez que não haveria obrigação de se considerarem os antecedentes em todos os casos.

Acerca da técnica de ponderação dos princípios, é da doutrina:

Foram assentadas até aqui algumas premissas essenciais, dentre as quais: direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. (BARROSO, 2009, p. 332).

E prossegue o mesmo autor:

A ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concórdia prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer *concessões recíprocas* entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando, *in concreto*, o princípio ou direito que irá prevalecer. (BARROSO, 2009, p. 338).

Bonavides (2011, p. 279-280), fazendo referência a Alexy, adverte que:

Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirmar Alexy: "Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungiiltig*)". Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem.

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Do nosso ponto de vista, perfeitamente aplicável a lição supra ao assunto em pauta, pois, muito embora entendamos que a consideração dos antecedentes na primeira fase da aplicação da pena não vulnere, por si só, o princípio da presunção da inocência, fato é que, mesmo que se o admitíssemos, bastaria aplicar o método da ponderação dos princípios para bem equacionar a questão, de maneira que não apenas um princípio constitucional fosse levado em conta (como faz a Tese nº 129 da Repercussão Geral do STF), mas de modo a permitir uma ponderação entre os três princípios relacionados, valorizando-se a todos eles.

## 7 CONCLUSÃO

A Tese nº 129 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, ao vedar a utilização de inquéritos policiais e ações penais sem trânsito em julgado como antecedentes penais, para fins de dosimetria da pena-base, acabou por superestimar o princípio da presunção de inocência em detrimento dos princípios da igualdade e individualização da pena.

Considerando que o princípio da presunção de inocência não é absoluto e deve ser harmonizado com os princípios da igualdade e da individualização da pena, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, entendemos que a melhor solução teria sido deixar uma margem de discricionariedade ao aplicador da lei penal, para que este, diante das vicissitudes e particularidades do caso concreto, pudesse decidir se iria ou não fazer uso das informações da vida pregressa do agente para dosar a pena-base em seu desfavor ou não.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf). Acesso em: 26 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 591.054. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>. Acesso em: 15/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. turma). Habeas Corpus n. 84088 MS. Relator: Gilmar Mendes, 29 nov. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, v. 29, n. 342, p. 366-377, 2007.

COSTA, Sandro Luiz da Costa. **Individualização da pena: da teoria à prática**. Aracaju: [s.n.], 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. v. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio. **Direito penal, parte geral**. 1. v. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUIZI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo, Malheiros, 2014.