



SOCIEDADE DOS ADVOGADOS  
CRIMINAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

# BOLETIM DA SACERJ

FEVEREIRO/SETEMBRO - 2022

▶ **N13**



## SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

Kátia Tavares  
Diretora Cultural

<b>Apresentação</b> .....	1
<b>Editorial</b>	
A MULHER NA POLÍTICA.....	2
<b>A Palavra do Presidente</b> .....	4
<b>Miscelânea</b>	
ADVOGADO HOMENAGEADO.....	7
INAUGURAÇÃO ESCRITÓRIO MODELO DA SACERJ.....	8
<b>Dois Dedos de Prosa</b>	
UM CASO DE HOMOFOBIA QUINHENTISTA.....	9
FRANÇOIS VILLON: O POETA MALDITO.....	10
<b>Artigos</b>	
DROGAS: ATÉ QUANDO A PROIBIÇÃO GENOCIDA?.....	14
OS REGISTROS CRIMINAIS: NÃO EXISTE ESQUECIMENTO NO TRIBUNAL.....	20
<b>Pareceres</b>	
INDICAÇÃO 088/2021.....	30
INDICAÇÃO EM REGIME DE URGÊNCIA Nº 013/2022.....	33
<b>Crônica</b>	
MEU PAI ME CONTOU (5): GEORGE TAVARES.....	42
<b>Literatura</b>	
LAPA.....	44

O Boletim é uma publicação da Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro – SACERJ –, que completou 30 anos de sua fundação no dia 9 de setembro do ano de 2021.

O Boletim continua a ser um espaço de reflexão, com lançamentos de pareceres, artigos jurídicos, entrevistas, resenhas, crônicas e resenhas literárias de seus associados, sobre temas que vão do clássico ao contemporâneo, de relevância, não somente para o debate acadêmico, mas, sobretudo para compreensão das demandas da advocacia criminal brasileira, que em tempos de punitismo o pensamento crítico se torna fundamental.

Além do seu conteúdo tradicional – *Miscelânea, Advogados Homenageados e A Palavra do Presidente* –, nesta edição, inauguramos a seção: *Dois Dedos de Prosa* com textos sensacionais que nos brindaram o professor Nilo Batista e João Carlos Castellar; e mantivemos mais uma crônica de Marcio Barandier, em homenagem aos advogados criminais.

Selecionamos também artigos jurídicos elaborados sobre temas valiosos, um sobre política de drogas do Professor Juarez Cirino dos Santos; e outro, por

### DIRETORIA

João Carlos Castellar  
Presidente

Marcia Dinis  
Vice-Presidente

João Bernardo Kappen  
Diretor Executivo

June Cirino dos Santos  
Secretária Executiva

Maria Clara Batista  
Diretora Financeira

Carlos Bruce Batista  
Secretário Financeira

Kátia Tavares  
Diretora Cultural

Luciano Saldanha  
Secretário Cultural

### CONSELHO CONSULTIVO

Alexandre Moura Dumas

André Nascimento

Arthur Lavigne

Carlos Eduardo Machado

Carmen da Costa Barros

Dea Rita Matosinhos

Fernando Fragoso

João Mestieri

José Carlos Tórtima

Juarez Cirino dos Santos

Juarez Tavares

Luís Guilherme Vieira

Marcio Barandier

Nilo Batista

Renato Tonini

### EDIÇÃO DO BOLETIM

Kátia Tavares  
Editora Responsável

\* \* \*

Projeto Gráfico  
PoD Editora

Capa  
Emanuel Soledade

Diagramação  
Luiz Claudio Furtado

Impressão  
PoD Editora

Renato Tonini, que trata do impacto dos registros criminais para a vida do condenado. Ainda, publicamos os Pareceres aprovados pelo Plenário histórico do Instituto dos Advogados Brasileiros. O primeiro de autoria da Marcia Dinis, e o segundo de Alexandre Dumans em coautoria com Caio Dumans, cujos temas abordados são de suma importância para advocacia criminal. Na sessão literatura, reproduzimos um poema de Luiz Flávio Biolchini.

Finalmente, em comemoração ao dia do escritor (13 de outubro), a SACERJ presta a seguinte homenagem:

É um perigo!

Sair de casa e se deparar com alguém lendo Guimarães Rosa.

De repente, ao sair com seu companheiro ou companheira, ser surpreendido por alguém lendo Machado de Assis, em um café ou lanchonete. E no piquenique, seu filho brincando ver, subitamente, alguém lendo Cecília Meireles.

E nas páginas policiais de um jornal, todos os dias, ler um escrito de Jorge Amado, Vinícius de Moraes e Carlos Drummond de Andrade.

Quem entra numa biblioteca não tem apreço pela ignorância. Está premeditando praticar um atentado contra o desconhecimento, uma emboscada à desinformação.

Fico imaginando um mundo com as facções disputando em rodas de leitura quem vai espalhar obras do Arcadismo, do Romantismo, do Realismo e do Parnasianismo.

Fico pensando qual será minha reação se, andando despreocupadamente pela rua, alguém armado com um livro, disser: parado aí, isso é um poema! E me atingir com rimas de Cora Coralina.

E se no cruzamento, com o sinal fechado, alguém bater no vidro e, de livro em punho, anunciar um trecho de João Cabral de Melo Neto.

Já pensaram se em vez de violência contra a mulher os homens passarem a praticar leitura com as mulheres.

Ou num ato mais treloucado ainda, dedicar-lhes poesias.

Poesias são melhores do que rosas e flores, pois podem ter todos os cheiros, todas as cores e podem ser despetaladas com bem me quer e mais me quer e não murcham nunca.

Se todo cidadão tiver a autorização para portar um livro, inclusive fora de casa, ele estará seguro contra a idiotice, a burrice e a incompetência.

(Autor desconhecido)



## A MULHER NA POLÍTICA

Kátia Tavares  
Diretora Cultural

Neste ano de 2022, quando se comemora 90 anos do Código Eleitoral brasileiro e a conquista do voto feminino, nos estimula a uma reflexão sobre as mulheres e seu desempenho no mundo da política. Pensar no papel social exercido pelas mulheres na sociedade brasileira (mais especificamente sob a ótica da política) é sempre um exercício importante, principalmente quando levamos em consideração uma sociedade como a nossa, na qual o homem sempre ocupou o espaço público e a mulher, o privado.

O voto feminino foi assegurado em todo o Brasil a partir da Constituição de 1934, que possibilitou instrumentos jurídicos para que as brasileiras então pudessem ir às urnas e eleger seus representantes. Então, elegeu-se deputada pioneira do Parlamento: Carlota Pereira de Queirós, em São Paulo.

O Estatuto da Mulher Casada (1962) regulamentou a situação jurídica diferenciada e consagrou seus direitos civis da mulher, pois naquela época o Código Civil de 1916 não permitia a ela ter profissão, receber herança, entre outras restrições; ou, ainda, precisava da autorização do marido para trabalhar ou abrir conta bancária. A partir daí, ela passa a ter direitos sobre os filhos, compartilhar o pátrio poder, podendo até mesmo ficar com a guarda deles.

Precisamos contextualizar um ponto relevante para este debate. A política ainda é um espaço restrito de atuação das mulheres, embora de acordo com o IBGE, mais da metade da população brasileira (51,13%) seja feminina, e elas representam, segundo Tribunal Superior Eleitoral, 53% do eleitorado. No entanto, ocupam hoje menos de 15% dos cargos eletivos para Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Esse aumento na participação do voto pelas mulheres é a confirmação de que elas estão conquistando seu espaço na política?

Desde o início da República, em 1889, o país teve uma única presidente, Dilma Rousseff, e apenas 16 governadoras mulheres. Dessas, só oito foram eleitas para o cargo, as demais eram Vice-Governadoras que ocuparam o posto com a saída do seus titulares. As oito eleitas governaram seis estados — Maranhão, Rio Grande do Norte, Pará, Rio de Janeiro, Roraima e Rio Grande do Sul —, sendo três delas no Rio Grande do Norte. Aliás, o estado nordestino é pioneiro em participação feminina na política. Foi o primeiro, em 1927, a autorizar as mulheres a votarem e serem votadas. Também, em 1928, elegeu a primeira prefeita: Alzira Soriano, na cidade de Lajes.

Os desafios encontrados pelas mulheres tanto na política quanto na sociedade de modo geral (e um bom exemplo são as dificuldades no mercado de trabalho) ainda são consideráveis. No entanto, mesmo que possamos dizer que as mulheres estão conquistando seu espaço, é preciso destacar que a aplicação das cotas é fruto de políticas afirmativas para ampliar a participação feminina. A presença da mulher na discussão política representa avanços na legislação, na formulação de políticas públicas e no fortalecimento da nossa democracia..

Nesse sentido, foi promulgada em setembro de 2021 a Emenda Constitucional 111 que determinou a contagem em dobro dos votos dados a mulheres e pessoas negras no cálculo da distribuição dos recursos dos fundos partidário e eleitoral nas eleições. Em abril deste ano, a Emenda constitucional 117 incluiu na Constituição a destinação de 30% dos recursos de campanha dos partidos para candidaturas femininas. Caso o partido venha lançar mais de 30% de candidaturas femininas, o tempo de rádio e TV e os recursos devem aumentar na mesma proporção. Além disso, os partidos são obrigados a reservarem uma participação de, no mínimo, 30% para cada sexo.

Mesmo com a obrigatoriedade de 30% de candidaturas femininas e com as ações afirmativas, foram eleitos 7.333 *deputados*, incluindo suplentes, enquanto as mulheres ocuparam apenas 266 *cadeiras*. Segundo a ONU, o Brasil encontra-se em 142º lugar no ranking de representação feminina entre 191 nações citadas e o nono lugar entre 11 países da América Latina<sup>1</sup> Outra reflexão merece ser discutida, é a violência política em razão do gênero com objetivo de anular o exercício de seus direitos e sua atuação no âmbito do poder público.

1 GRUNEICH e CORDEIRO **Violência política de gênero: das violências invisíveis aos aspectos criminais**. Conjur. 2001. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-nov-03/gruneich-cordeiro-violencia-politica-genero>. Acesso em 01 set. 2022.

É comum o enfrentamento do preconceito na política contra mulheres, que são preteridas a ocupar posições de pouco destaque; e, ainda, os ataques machistas visando destruí-las, quando se destacam no cargo desempenhado. Elas sofrem ameaças, xingamentos e desrespeitos e são submetidas a questionamentos sobre a vida privada, aparência física, forma de vestir e até assédio sexual.

Em 2018, a partir de um caso emblemático de violência política, o assassinato da vereadora Marielle Franco, no Rio de Janeiro, foi sancionado pelo Congresso Nacional a Lei 14.192/2021, que estabeleceu normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher. Entre outras normas, inseriu o artigo 326-B no Código Eleitoral, que tipifica o crime de violência política contra mulher, nos seguintes termos: “assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo”, com pena de “reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. Em verdade, as intervenções do Estado são mínimas para combater a violência contra mulher, haja vista que pouco se aplicam ações sociais e políticas públicas que possam enfrentar as causas estruturais desse fenômeno; mas, por outro lado, observa-se o emprego da prática comum no Brasil de endurecimento da legislação vigente, que não alcança os problemas estruturais da nossa sociedade, construída sob a égide do machismo estrutural e do patriarcalismo.

Nesse contexto, trata-se de mais uma legislação simbólica – a Lei 11.192/2021 - que aplica o direito penal como instrumento demagógico, por meio do qual são aprovadas leis mais severas como uma resposta imediata exigida pela sociedade; ou, ainda, por um determinado grupo social, baseada na falsa ideia de que a criação de leis penais mais severas trará a repreensão daquele conflito social que ora desponta como insolúvel. Porém, ao se criar tal legislação, não se atém às causas reais de tais conflitos e as consequências às quais esta legislação emergente decorrerá, partindo do pressuposto de que o critério *ultima ratio* deve nortear a utilização do direito penal.

Dessa forma, a promessa de visibilidade feita pela criminalização também é equivocada. Ao invés de evidenciar e promover um debate sério sobre o tema, o direito penal contribui para mascarar os alicerces da violência e da desigualdade de gênero. A justiça criminal não se ocupa

dos problemas estruturais e enraizados na nossa sociedade, como é a questão de gênero, que é individualizada e isolada, a partir de um ato criminalizado específico, impedindo que se trate da conjuntura social originária dos comportamentos lesivos individuais.

Enquanto reação monopolizadora, o direito penal oculta as estruturas desiguais e opressoras, além de inviabilizar a adoção de políticas públicas eficazes, que possam enfrentar a questão. A falsa sensação de resolução do problema gerada a partir da imposição da pena afasta a atenção do ponto principal que deveria ser abordado, “deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que os alimentam”<sup>2</sup>, de forma a estimular a perspectiva de que a violência de gênero resulta de desvios pessoais.

Afirmar que a pena não é solução para prevenir e proteger mulheres em situação de violência, e que só é capaz de produzir mais danos não significa, de modo algum, acobertar as agressões baseadas em gênero. Ao invés de buscar uma punição a qualquer custo, parece ser mais eficiente que se lute por uma conscientização das responsabilizações, de modo que se possa compreender o fenômeno social em toda sua amplitude, considerando as múltiplas vertentes para construção de medidas mais adequadas e que resulte em mudanças eficazes em torno de uma postura sociocultural.

Segundo Edson Passetti, uma das propostas do abolicionismo é criar uma estratégia composta de coragens libertadoras, a qual permita a coexistência de uma ou mais respostas diante de um ou mais conflitos, que não tenham a pretensão de universalidade; entretanto, sejam construídas a partir de um diálogo horizontal, e não através de uma imposição vertical entre juiz, agressor e vítima<sup>3</sup>.

Nesse debate, é extremamente importante a valorização da participação da voz feminina em todos os segmentos da sociedade para construção de novas estratégias de resolução dos conflitos de gênero, a fim de que sejam elaboradas pautas mais eficientes e verdadeiramente emancipatórias na busca das conquistas das mulheres, que visem a combater os desafios das desigualdades atuais; porém, procurando alternativas ao processo do sistema da justiça criminal, ao invés de se adotar medidas sancionatórias como alternativas<sup>4</sup>.

2 KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva. Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, ano 01, v. 01, p. 79-92, jan./jun. 1996. p. 82

3 PASSETTI, Edson. **A atualidade do abolicionismo penal.** In: Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004a. p. 13-33

4 HULSMAN, Louk. **Alternativas à justiça criminal.** In: Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 35-68.

## A PALAVRA DO PRESIDENTE

Muitas foram as atividades e realizações da SACERJ desde a publicação do último Boletim (fev/2022). Aproveitei essa coluna para relacionar alguns desses eventos.

### QUEIJOS E VINHOS

A noite de 24 de março desse auspicioso 2022 foi prova inequívoca de que o verão, como de resto é seu costume, procrastinava a despedida, invadindo despudoradamente o outono. Nessa calorosa atmosfera, reuniu-se em torno de boa mesa seletto grupo de criminalistas, todos associados à carioquíssima SACERJ, guilda que apresenta, ao lado de importante contribuição acadêmica, alegre camaradagem entre parceiros, oficiais do mesmo ofício que superam, galhardamente, as intempéries forenses destes tempos bicudos.



*Delegação paranaense alegrando a festa: Juarez Cirino e Maurício Dieter. À direita o anfitrião, Eric Cwajgenbaum*



*Homenagem aos tricolores sacerjanos: Gustavo Filgueiras, Eduardo de Moraes, Mario Miranda, Carmen da Costa Barros e Tamylle Saldanha*



*Tim-tim! Fernando Fernandes, Carmen, Thiago Minagè, Edson Ribeiro (também anfitrião!) Renato Tonini, Fernando César e Cirino*

Mas qual o diferencial da SACERJ que a faz digna dessa verdadeira proeza? Não se trata, certamente, do fato de estar sediada numa cidade fêmea, orgulhosa dos seus contornos sensuais, povoada por gente alegre, desprevenida, sempre disposta a receber seus vizinhos e estrangeiros.

Dizem as boas línguas que esse sucesso da SACERJ se deve a um intangível desejo de seus integrantes de conviverem harmonicamente, elegendo por antagonistas apenas os que abusam do poder, prendem, condenam, os injustos em geral. Talvez, acredita-se, seja somente decorrência de um congênito apreço pelos direitos fundamentais da pessoa humana a genuína razão que faz operar entres nós essa profícua cultura do bem viver. Mas, cá entre nós, não são apenas esses ideais de raiz iluminista que nos unem. O cimento de tão salutar convívio são os nossos encontros sociais, eventos acadêmicos, celebrações festivas e, também, em grande parte, os animados debates, piadas, notícias, informativos e tudo mais que circula no território livre que a SACERJ mantém no *zap*.

Há momentos que são, porém, inesquecíveis. Temporariamente vivendo em terras lusas, o sócio fundador EDSON RIBEIRO, em visita às nossas plagas, trouxe lembranças saborosas de Portugal, proporcionando um maravilhoso encontro de pessoas, queijos divinos e vinhos selecionados, ingredientes dotados do proverbial poder de abrir corações, adoçar arestas e fortalecer amizades já sedimentadas. Edson se superou!

Comidinhas, “birináites” e bom papo não se sustentam sem boa ambientação. Aqui desponta o grande festeiro

da SACERJ, nosso ERIC CWAJGENBAUM, e seu escritório no topo do Rio de Janeiro, com vista para o que temos de mais bonito nessa cidade: a Baía de Guanabara. Decoração cuidada, mesclando peças rústicas com mobiliário elegante e moderno, o lugar é um encanto. Agora ele inovou: tem uma bem montada cozinha e um salão refrigerado para os que preferem temperaturas serenas. E que equipe ele mantém ali. Serviço impecável de garçons e cozinheiros, sempre atentos e solícitos. Um luxo!

### “ARRAIÁ” DA SACERJ

Outra festança na elegante – e já batizada – “Lage do Éric” foi o primeiro “Arraiá da SACERJ”. O ameno inverno de nossa cidade esquentou na noite daquele saudoso 21 de julho! Os tradicionais caldo verde, canjica e pé-de-moleque, além de um bem calibrado quentão, acenderam a fogueira nos corações sacerjanos. Bandeirolas, músicas típicas e foguetório completaram o cenário. Como é de nossa tradição, celebramos as festividades dos chamados santos juninos, Santo Antônio, São Pedro e São João em grande estilo, restando a expectativa de que no ano vindouro haverá barraca do beijo, quadrilha e casamento. “Anarriê, meus cumpadi”!



*Convite para o “Arraiá”*



*Éric, o anfitrião, e João Castellar: aproveitando os bons momentos da vida*

## CONCURSO JURÍDICO HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

Não foram só atividades recreativas que ocuparam a agenda da SACERJ no período compreendido entre esta e a edição anterior do Boletim.



**1º Concurso Jurídico da SACERJ**

**PRÊMIO HELENO CLAUDIO FRAGOSO**

INSCRIÇÕES ABERTAS ATÉ 14 DE JULHO

Classificação:  
1º - R\$ 4.000,00  
2º - R\$ 2.000,00  
3º - R\$ 1.000,00

Regulamento do Concurso em :  
[www.sacerj.com.br](http://www.sacerj.com.br)

Atendendo à comando regimental, foi regulamentado e lançado o primeiro Concurso Jurídico da SACERJ, prêmio HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. Com banca examinadora formada por Izabel Nuñez, Christiano Fragoso e Leonardo de Paula Costa (licenciado a pedido), o vitorioso receberá a premiação na costumeira festa de final de ano da SACERJ, cujo local e data serão amplamente divulgados aos associados. Parabéns ao vencedor!

## NOVO ESTATUTO

Está aprovado o novo estatuto da SACERJ. Comissão composta por EDSON RIBEIRO, RENATO TONINI E RODRIGO MACHADO deu forma ao anteprojeto encaminhado pela presidência. O texto daí resultante mereceu acurada revisão pela diretoria e conselho consultivo, sendo a versão final aprovada por aclamação em Assembleia Geral Ordinária. Confira em [http://sacerj.com.br/images/sacerj/ESTATUTO\\_SACERJ.pdf](http://sacerj.com.br/images/sacerj/ESTATUTO_SACERJ.pdf)

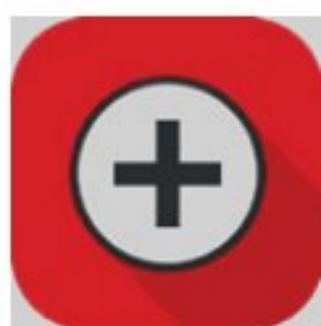
Dentre outras, destaca-se alteração estatutária prevendo paridade de gênero, raça e etnia na composição dos órgãos diretivo da SACERJ.

## GRUPO DE ESTUDOS E MEMÓRIA DA ADVOCACIA CRIMINAL

Sob a coordenação do ex-presidente ALEXANDRE DUMANS e de LUIZ FLÁVIO BIOLCHINI, foi criado um grupo de estudos composto por jovens advogadas e advogados recém admitidos nos quadros da SACERJ. Selecionando causas em que se discutam teses defensivas controvertidas, e desde que os réus sejam hipossuficientes, esse grupo desenvolverá estudos em matéria penal e processual penal e os colocará em prática, prestando assistência profissional a esses necessitados. O novo time de novos associados é o seguinte: ANA CAROLINA BARBIERI DE FRANÇA, ANA PAULA LOMBA DURANTI, CAROLINE ALVES DA CONCEIÇÃO, DANIEL SCHWARTZ COSTA LIMA, FELIPE SOUZA PENTEADO, LUCAS BORGES DE BARROS FERRARESSO, MARCELA DE ALMEIDA LEAL AMARAL, SAULO AUGUSTO CARVALHO SANTOS e TOMÁS VICENTE NASCIMENTO MOREIRA.

A preservação da memória da advocacia criminal ficará a cargo de comissão a ser composta e coordenada pelo valoroso associado ANTONIO PEDRO MELQUIOR. A ideia é formar um acervo audiovisual com entrevistas e reunião de documentos, que estará disponível a todos através do sítio da SACERJ na rede mundial de computadores.

João Carlos Castellar  
Presidente da SACERJ



## MISCELÂNIA

### ADVOGADO HOMENAGEADO

TOBIAS BARRETO – 183 ANOS

(07 de junho de 1839 – 26 de junho de 1889)

Kátia Tavares  
Diretora Cultural

Nesta edição do boletim, a SACERJ homenageia um dos mais consagrados juristas, filósofos, poeta e pensador de todos os tempos: Tobias Barreto, nascido em Sergipe em 7 de junho de 1839 e partido em 26 de junho de 1889, que tanto contribuiu com suas brilhantes ideias para a formação da identidade nacional.



Sua trajetória e ideias foram traçadas em meio a importantes marcos na história do país. Conviveu com as correntes políticas liberal e conservadora. A primeira importada da Europa desde o século XVIII e confortavelmente conivente com o instituto da escravidão em seu âmago, e a segunda uma força política retrógrada representada pelo Partido Conservador. Tobias Barreto também testemunhou a inauguração das primeiras faculdades de direito do país: uma em São Paulo e outra em Olinda, tendo participado da criação desta que depois foi transferida para Recife.

Com a criação dessas faculdades após a independência brasileira, nascem também os movimentos de valorização da cultura nacional, a fim de combater as concepções jurídicas importadas pelos juristas cuja formação até então dependia de Portugal.

É nesse contexto político que as ideias de Tobias Barreto ganham relevante dimensão na história brasileira asentada na composição da identidade jurídica nacional, especialmente para formação da Escola de Recife, que buscava a criação de novas reflexões jurídico-filosóficas genuinamente nacionais e, além disso, essas novas ideias condenavam instituições retrógradas e conservadoras, como a escravidão e monarquia.

Particularmente, Tobias Barreto idealizou a formação da nossa sociedade baseada em uma ordem jurídica democrática, de modo em que o direito pudesse alcançar todos os cidadãos, através da universalização dos seus

conceitos emancipadores, como uma conquista cultural. Ele não acreditava apenas que a administração da justiça fosse dirigida exclusivamente pelo juiz e promotor. Almejava também que o povo participasse do andamento e das decisões do processo judicial.

Inúmeras são as obras legadas pelo pensador sergipano, que podemos citar: *A Escravidão* (1868): *ensaios e estudos de filosofia e crítica* (1875); *Dias e Noites* (1881), *Menores e loucos em direito criminal* (1884), além de seu livro *Fundamento do direito de punir* (1926), dentre outros.

O pensamento de Barreto proporciona ao leitor uma visão humanitária e garantista sobre a questão criminal, além de possibilitar o desenvolvimento de uma perspectiva crítica de justificação da pena, revelando estratégias de legitimação do sistema penal, em notável paralelo com os pontos de vista dos criminólogos contemporâneos. Nesse sentido, ele critica a ideologia de defesa social, insurgindo-se contra o instituto da pena, que não encontra qualquer legitimação para o direito, conforme observa em sua obra clássica *Fundamento do Direito de Punir*.

Nesta qualificada obra, Tobias propõe uma discussão a respeito da origem e fundamento do direito de punir, em uma perspectiva para além – em seus termos – das bolhas de sabão teóricas ou quadros de fantasmagoria metafísica, próprias dos metafísicos do direito, ou seja: “homens que possuem o especial dom de tornar incompreensíveis as coisas mais simples do mundo”. Segundo ele, as teorias do direito de punir “não fazem mais do que procurar prender às leis da racionalidade moderna uma velha coisa bárbara e absurda, posto que necessária, qual é a pena, sem que daí resulte a mínima alteração da natureza do fato”...

Daí ele consagra que a pena não pode ser adotada como fato jurídico de restabelecimento do direito violado, pois: “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”, sugerindo uma releitura da pena como um ato político beligerante. Desse modo, a punição tem sua finalidade na própria vontade política do Estado, assim como acontece com a guerra, inexistindo qualquer finalidade jurídica para tal. Assim, para o autor o fundamento do direito de punir se apresenta tão somente como justificativa da ação repressiva do Estado.

Tamanha a potência de sua reflexão que atravessa os séculos e reencontra em Zaffaroni uma releitura da sanção penal como medida desprovida dos utilitarismos conferidos pelas teorias justificacionistas, cujo fundamento se baseia nas reflexões e sobre os seguintes questionamen-



tos: *por que punir? E para que punir?* Ele enfatiza como já afirmava Tobias Barreto, há quase 200 anos, que o fundamento da pena é político (extrajurídico), e evidencia que a dogmática penal ao introjetar um discurso de legitimação do poder de punitivo reduz a razão de direito à razão de Estado.

Ancorado nos ideais de Barreto, o mestre argentino propõe um modelo de concepção deslegitimante e negadora de qualquer justificação jurídica à pena; conforme ele especifica: a teoria agnóstica, ou melhor, negativa “*não é uma teoria da pena, mas um modelo dogmático crítico que objetiva, por meio da manipulação virtuosa das ferramentas jurídicas [...] restringir a [...] punitividade*”.

Esclarece Zaffaroni que a concepção deslegitimante é *negativa e agnóstica*, pois não concebe na pena qualquer função positiva (de melhora) nem reconhece funções latentes. Tal construção direciona manifestação da operacionalidade real do poder punitivo (*potentia puniendi*) e não em sua constituição consensual (*ius puniendi*), através da proposição crítica do direito penal como na metáfora do dique, que leve a contenção das sujas e turbulentas águas do poder punitivo; isto é, sua funcionalidade estaria centrada na intencionalidade redutora do poder punitivo.

E assim aprofunda o pensamento do mestre sergipano ao reverberar que a pena impõe “*uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes.*” E, finalmente, nosso professor Zaffaroni conclui: urge a busca de um conceito de pena delimitador do universo do direito penal por um caminho diverso de suas funções declaradas, porquanto: “*adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar*”.

A SACERJ reverencia o mestre Tobias Barreto, por tantas valiosas lições que continuam a reverberar como desafio para o pensamento jurídico brasileiro, no campo das ciências criminais contemporâneas, ao introjetar uma doutrina penalista crítica centrada na proteção dos direitos humanos. Em tempos de expansão do punitivismo, essa é sem dúvida uma pauta necessária e indispensável para os atores militantes no campo do pensamento criminológico, especialmente na prática da justiça criminal.

## INAUGURAÇÃO ESCRITÓRIO MODELO DA SACERJ



A Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro – SACERJ – apresenta o seu Escritório-Modelo, que oferece aos advogados a prática orientada e supervisionada do exercício da advocacia criminal.

O Escritório-Modelo presta assistência jurídico-penal gratuita aos hipossuficientes do Estado do Rio de Janeiro por meio da seleção de casos pontuais. Sua estrutura é composta pelas seguintes Coordenações:

- 1) Coordenação Geral (CGE), composta pelos advogados: Alexandre Dumans, Felipe Braga, Luciano Saldanha e Paulo Castro;
- 2) Coordenação de Admissão de Causas (CAD), composta pelos advogados: Daniel Schwartz, Felipe Penteadó e Tomaz Moreira;
- 3) Coordenação de Estratégia Jurídica (CES), composta pelos advogados: Ana Carolina Barbieri, Ana Paula Lomba, Lucas Ferraresso e Saulo Carvalho;
- 4) Coordenação Acadêmica (CAC), composta pelos advogados Luciano Saldanha e Flávio Biolchini;
- 5) Coordenação Administrativa (CAD), composta pela advogada Marcela Amaral.

Atuam como advogadas dativas: Bianca Macário, Caroline Alves e Mayara Sadeck.

O projeto pretende, ainda, promover a realização de painéis sobre temas de direito penal e de direito processual penal relacionados às causas sob o patrocínio do Escritório-Modelo.

Os advogados interessados em integrar o Escritório-Modelo deverão encaminhar requerimento para o e-mail: [emsacerj@gmail.com](mailto:emsacerj@gmail.com). Devem, também, estarem inscritos regularmente nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e serão submetidos à entrevista com a Coordenação Geral. O projeto reforça o compromisso da Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro – SACERJ - com a defesa intransigente das minorias e dos hipossuficientes.

O Escritório-Modelo é sediado na Rua Almirante Barroso, nº 91, 12º andar – Centro, Rio de Janeiro, local onde são realizadas as suas reuniões.



## UM CASO DE HOMOFOBIA QUINHENTISTA

por Nilo Batista

À memória de Antonio Carlos Barandier:

Ele sabia que em todo caso mora um conto.

Enquanto caminhava lentamente pela calçada estreita e irregular, Joana Afonso duvidava do passo que estava dando. O calor sufocante prenunciava a tempestade que converteria as ruas de Filipeia num lamaçal. Na véspera ouvira o sermão da fé, pregado por frei Damiano da Fonseca, e aquilo a mobilizara. Ela conhecia um fato pecaminoso; tinha a obrigação de denunciá-lo ao Visitador. É por isso que nesta segunda-feira escaldante, 9 de janeiro de 1595, Joana resolveu procurar o Santo Ofício. Ela estava decidida: vestiu-se modesta e recatadamente e ganhou a rua. Um pouco de passos e Joana teve um calafrio: e seu próprio pecado, pelo qual já pagara? (Sim, em São Tomé, onde nascera, Joana fora acusada de adultério por seu marido, e como consequência degredada, havia 18 anos, para o Brasil: em primeiro lugar, ótima solução, já que o desfecho costumava ser bem pior; em segundo lugar, não lhe fora difícil converter a pena em prêmio.) Pode um pecador acusar outro? O receio de seu pecado despertar o interesse do Visitador converteu-se num impasse moral. É um instinto, que alguns poucos elevam a arte, conferir dignidade ao medo. Joana caminha mecanicamente, absorta em seu impasse. Mas seu ódio a Salvador Romeiro prevalecerá sobre o medo. A única dúvida que tem agora é se omite seu passado ou se o declara abertamente; afinal, já pagara por um erro que só ela sabia ser verdadeiro, porque negara o adultério o tempo todo, até mesmo depois que... Nada de pormenores. As brisas da Paraíba nada devem às de São Tomé, e seria ótimo se a tempestade se abatesse logo e abrisse a tarde para as brisas. Melhor contar logo, pensa Joana Afonso, enquanto se dirige ao porteiro e manifesta a vontade de ser recebida. Apresentou-se como “crioula de São Tomé, filha de Antonio Afonso e de

sua mulher Maria Afonso, gente preta forra, de idade 40 anos, casada com André Fernandes, mulato alfaiate morador na dita ilha o qual a acusou de adultério, pelo que está degredada neste Brasil e reside nesta cidade”. Pronto, a pior parte já está feita, e daqui para diante será só prazer. Joana Afonso afia a língua, sua hora finalmente chegara. Heitor Furtado de Mendonça não teve que estimulá-la, como tantas vezes tinha que fazer para que o denunciante (este sempre com a língua mais solta) ou o confitente (este hesitante e vexado) entregasse tudo o que sabia, e frequentemente muito do que jamais soubera. Há um quarto de século atrás, em São Tomé, Joana conhecera Salvador Romeiro, que ela assim descreveu: “lá o nomeavam por cristão-novo” (só esta condição atribuída ao denunciado já instalava suspeitas) “homem baixo, grosso e manco, que anda com bordão”. Pois bem: Salvador Romeiro casara-se “com uma moça parda chamada Ana Fernandes” na igreja de N. Sra. da Conceição e “ficaram agasalhados e vivendo em casa de sua sogra Maria Fernandes”. A sogra, depois de uns quatro ou cinco anos nos quais o casal passou “fazendo ruim vida”, queixou-se a Joana, confidenciando-lhe que “ele (Salvador) não dormia com a sua mulher e que lhe gastara o dote”. Joana Afonso recorda ao Visitador que por aquela ocasião, em São Tomé, “se prenderam muitos homens por sodomitas e muitos foram queimados e outros degredados”; entre os últimos, Salvador Romeiro, “o qual já antes de sua prisão corria fama pública dito geralmente por todos na dita ilha que era sodomita e que não dormia com sua mulher e dormia com homens”. As vigentes Ordenações Manuelinas cominavam ao condenado por sodomia a pena de ser “queimado e feito por fogo em pó, por tal que jamais nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória” (V, XII). Para escapar à execução, Salvador Romeiro afirmara ao juiz que “tinha enterrado um crucifixo em Portugal”, e “por isso o não queimavam na dita ilha e o mandavam preso ao Reino para desenterrar-se primeiro aquele crucifixo”. O ardil foi um sucesso, tanto que Salvador Romeiro, “haverá ora poucos anos veio a esta cidade e falou” com Joa-

na Afonso, perguntando-lhe, ao saber de sua origem, se conhecia em São Tomé Maria Fernandes. Para sua surpresa, Joana Afonso não só conhecia como sabia que se tratava de sua sogra, e assistira a seu casamento. Neste momento “ele como agastado lhe respondeu que não falasse nisso”. Mais tarde, Joana ficou sabendo que “o dito Salvador Romeiro viera a Pernambuco casado com outra mulher branca e se espantou, por ser ele casado em São Tomé”. O Visitador sorriu internamente: o depoimento principiara com um adultério já julgado, prosseguira com uma sodomia impune e culminava com uma possível bigamia. Boa colheita para um primeiro dia, abertura gentil do tempo da graça. Contudo, havia para a bigamia recomendações de prudência. Heitor Furtado de Mendonça pergunta a Joana Afonso “se ouviu dizer que era ainda viva ou era já morta a dita Ana Fernandes”, e Joana Afonso respira fundo, pensa em mentir mas teme ser descoberta, e nega: não sabe se a primeira esposa ainda vive. Jura segredo, rabisca um X (“costuma assinar por sua mão e fazer por sinal uma cruz”), e se retira respeitosamente. O calor insuportável se transformará numa tempestade em minutos; Joana apressa o passo. O Visitador e o notário se entreolham. A denunciante “é mulher muito ladina e de bom entendimento segundo mostra em suas palavras e razões”; tem credibilidade. Por um segundo o Visitador se pergunta sobre a origem do ódio que Joana Afonso nutre por Salvador Romeiro, mas logo dá de ombros. A justiça não pode conhecer tudo.

**Referência:** Denúncias de Pernambuco (1593-1595), Recife, 1984, ed. FUNDARPE, pp. 392-394.

## FRANÇOIS VILLON: O POETA MALDITO



*François Villon*<sup>1</sup>

1432 (Paris) - † depois de 1464 (data e local ignorados)

por João Carlos Castellar<sup>2</sup>

As prisões, mesmo as mais tenebrosas, costumam despertar na generalidade das pessoas certa curiosidade mórbida. Talvez por esse motivo, quando algumas dessas instituições deixam de ser operacionais passam a ter as mais variadas serventias. Umas, por exemplo, são implodidas, para que os horrores ali verificados permaneçam sepultados para sempre. Foi o que ocorreu com a antiga Colônia Penal de Dois Rios (depois Instituto Penal Cândido Mendes), na Ilha Grande, Rio de Janeiro, neste caso por ordem do então Governador do Estado, Nilo Batista. Nos anos 1970, lá nasceu a primeira facção de criminosos de grande representatividade, a temível Falange Vermelha, assim batizada em razão do aprendizado organizacional que os presos comuns tiveram quando em contato com os presos políticos. A de Ushuaia, situada na Terra do Fogo, Argentina, teve sua construção iniciada em 1902 com a finalidade específica de dar cumprimento à *Ley* nº 3335, de 26.12.1895, chamada “*ley de reincidentes*”<sup>3</sup>. Foi desativada em 1947, sendo

<sup>1</sup> Xilogravura segundo desenho da edição de Marot (1532) – *The Bettman Archiv* (in, Enciclopédia Mirador Internacional. SP: Editora Melhoramentos, 1976, vol. 20, p. 11.444).

<sup>2</sup> O autor é Mestre (UCAM) e Doutor (PUC-Rio) em direito e presidente da SACERJ

<sup>3</sup> *Ley* nº 3335, de 26.12.1895. Art. 1º. *Las penas correccionales, ó de prisión*

hoje um polo difusor do turismo no “fim do mundo”, transformada que está num rentável museu. Em França, verifica-se interessante paradoxo: uma velha prisão localizada na região central de Paris (3<sup>eme</sup> arrondissement), chama-se *La Santé*, ou seja, “A Saúde”. Salubridade não é coisa que se encontre amiúde em prisões, *par tous les moyens...* Inaugurada em 1867, onde antes havia um hospital, foi palco de execuções à morte e recebeu presos políticos à época da ocupação alemã. Segue funcionando como unidade prisional até hoje, no mesmo endereço e com o mesmo nome.



Château de Meung-sur-Loire



Prision de La Santé

Na Idade Média, além de abrigarem senhores feudais, os castelos, cidadelas e até conventos serviam como prisões. Entre tantos, interessa aqui mencionar o *Château de Meung-sur-Loire*, porque nele esteve preso François de Montcorbier, nome de batismo do poeta François Villon, a figura controversa objeto deste escrito. Nascido em Paris no ano de 1431, o mesmo em que Joana d’Arc foi queimada pelos ingleses em Rouen<sup>4</sup>, passou a usar o

*que los jueces de la capital y territorios federales impongan a los reincidentes por segunda vez, serán cumplidas en los territorios nacionales del sur que el Poder Ejecutivo lo designe al efecto.*

<sup>4</sup> Vale lembrar, ainda para situar historicamente o leitor, que o marco temporal do fim da Idade Média é a tomada de Constantinopla pelos turcos, em 1453.

sobrenome Villon em razão de ter sido adotado pelo cônego de *Saint-Benoît-Bétourné*, Guillaume de Villon, que lhe facilitou os estudos. Aos 18 anos recebeu o título de *Bachelier ès Arts*, conferido pela *Faculté des Arts* da *Université de Paris* e pouco depois o de *Licencié* e de *Maitre ès Arts*. Já nessa quadra participava das manifestações estudantis havidas na cidade, iniciando-se aí a fama de *mauvais garçon*, à qual, mais tarde, incorporou à aura de *poète maudit*, seja por estar sua imagem associada a assassinatos e roubos ou por causa da ironia e mordacidade dos seus versos.

Beberrão, arruaceiro e mulherengo, Villon destacou-se como um estudante indisciplinado. Na juventude certamente se aproximou de um bando de malfeitores conhecido por *coquillards*, em cuja gíria ou jargão escreveu algumas baladas. Esteve preso ou exilado por diversas vezes e por motivos distintos, nenhum deles que se possa considerar nobre, independentemente de um conceito de honradez que perpassasse os tempos.

Segundo seus biógrafos<sup>5</sup>, a primeira infração grave por ele cometida se deu no dia 05 de junho de 1455, quando, “numa rixa no meio da rua, Villon fere mortalmente o padre Philippe Sermoise, que provocara o poeta, ferindo-o no lábio superior. Em revide, Villon atravessa o peito de Sermoise, que morreu dois dias depois”. Villon provavelmente fugiu para Anjou, mas no ano seguinte foi perdoado pelo Rei Carlos VII, que lhe concedeu cartas de remissão, permitindo que voltasse a Paris.



De Lithographie Nouveaux d’après Pernot - Engraving from my collection, CC BY-SA 3.0, <https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=1615389>

<sup>5</sup> Veja-se, a propósito: VILLON, François. *Poesia*. Tradução, organização e notas Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.



Carlos VII: *Le Victorieux ou Le Bien-Servi*, foi o Rei da França de 1422 até à sua morte, em 1461. Aqui retratado por Jean Fouquet

ses depois, instaurando-se um inquérito. Em 1458, um de seus cúmplices, Guy Tabarie, é preso e, sob tortura, adere ao que hoje chamamos de delação premiada. Às “questões” que lhe são feitas, confessa detalhadamente sua participação no furto, entregando Villon e os demais autores. Informa, ainda, aos seus inquisidores, suposta intenção de Villon de praticar novos crimes.

Não há notícias concretas a seguir sobre o paradeiro de Villon, não se excluindo, porém, tenha frequentado a corte de Blois, do duque Charles de Orleans. Tal especulação ganha corpo porque, sendo o nobre também poeta (e mais tarde pai de Luís XII de França), no manuscrito onde registra seus versos e de sua corte encontram-se três poemas assinados por Villon.

Nosso herói reaparece em 1461, desta feita encarcerado

### O TESTAMENTO (quatro primeiras estrofes)

I	II	III	IV
<p>Com os meus trinta já visados E as vergonhas todas bebidas, Apesar das penas sofridas Que foram todas recebidas De Thibault d’Aussigny. Renego... Se benze ruas e subidas Que é meu bispo, recuso e nego</p>	<p>Não é meu bispo nem senhor, Pois não me deu terras nem erva; Não devo honra ao monsenhor Nem sou seu servo ou sua cerva. Dele o pão, com muitas reservas, E água sem fim tive de meus; De arisco a memória o conserva: Deus dê-lhe em dobro o que me deu!</p>	<p>Se querer alguém me repreender E dizer que assim o maldigo, Não o faça, se compreender Que nisso em nada o contradigo. Eis todo o mal que eu ajuízo: Se misericórdia houve tal, Que Jesus, rei do Paraíso, Em alma e corpo dê-lhe igual.</p>	<p>E se meu fim foi duro e cruel, Muito mais do que aqui se conta, Quero que Deus no eterno céu Seja-lhe igual na mesma conta. Mas se a Igreja nos aponta Orar por nossos desafetos Direi: “Errei de ponta à ponta. São a Deus os atos afetos”.</p>

Nesse mesmo ano, 1456, em coautoria com Colin de Cayeux, Dom Nicolas, Petit Jean e Guy Tahine, Villon subtrai 500 escudos de ouro do Colégio de Navarra. Fundado em 1304 graças a Juana I de Navarra, esposa de Filipe IV da França, e instalado inicialmente na *rue de Saint-André-des-Arts*, era uma referência na formação de jovens desprovidos de recursos. Em seguida Villon deixa Paris, provavelmente para Angers, onde inicia um exílio de 6 anos, levando vida desregrada.

O crime do Colégio de Navarra só é descoberto três me-

na prisão de *Meung-sur-Loire*, sob a guarda do arcebispo Thibault d’Aussigny, que é nominado logo no primeiro verso de sua obra-prima, *O Testamento*, que teria sido escrita, conforme o próprio Villon, naquele mesmo ano e na mesma fortificação.

Não se sabe quais motivos levaram Villon àquela prisão, especulando-se que tenham sido roubos sacrílegos. Mas a sorte mais uma vez soprou. Naquele ano morreu Carlos VII, sucedendo-lhe no trono seu filho Luiz XI. Passando por *Meung* o novo monarca decretou uma

anistia, da qual Villon se beneficiou, sendo colocado em liberdade.

Logo, porém, voltou à prisão, novamente acusado de roubo. Desta feita, Villon foi enclausurado no *Grand Châtelet*, em Paris, à época localizado na *Ile de la Cité*, edificação que inicialmente serviu como tribunal e depois prisão.

A legislação processual penal em vigor no Brasil nos dias de hoje prevê inúmeras possibilidades de acordos a serem entabulados entre o Ministério Público e a defesa do réu. Ora são chamados de “transação penal”, ora de “suspensão condicional do processo” e, em seu último aperfeiçoamento, simplesmente de “acordo de não persecução penal”. Em quaisquer das hipóteses legais acima citadas, para que possa se concretizar, segundo dispõe a versão legal mais recente desses acordos, (o inciso I, do artigo 28-A, do Código de Processo Penal), é obrigatório o atendimento pelo réu de “reparar o dano ou restituir a coisa à vítima”.

Mas o incorrigível Villon não se emendava! Em menos de um mês é preso novamente, eis que se envolverá em nova rixa, agora ferindo o notário pontifício François Ferrebouc, que participará do interrogatório de seu comparsa Guy Tabarie. Ao que parece, em verdade fora seu amigo Robin Dogis quem teria provocado os homens do clero, enquanto Villon tentava apenas separar a briga. *Nolens volens*, Villon é preso no dia seguinte. Desta vez, contudo, ele não pôde escapar da Justiça, pois perdera seu estatuto clerical. Mais uma vez na prisão, sofreu a tortura da água e, ao final do processo, foi condenado à forca.

Villon recorre da sentença. Seu advogado, imagina-se, era muito bom, dos melhores, e, a bem dizer, o réu tinha padrinho poderoso que não deixou morrerse pagão o afilhado. O apelo restou provido e a pena de morte foi convertida em exílio pelo prazo de 10 anos. Em 5 de janeiro de 1463 Villon foi colocado em um algo seme-

### OUTRA BALADA

<p>Aqui se fecha o testamento E se finda o pobre Villon Vinde, pois, ao sepultamento, Quando ouvirdes os carrilhões Em trajes rubro-vermelhões. Foi mártir do Amor a servir, Isso jurou por seus colhões Quando do mundo quis partir</p>	<p>E julgo bem que não mente, pois foi banido sem razões Dos amores, qual cão demente. Tal que daqui a Rossillon Nem espinhos nem esporões O poupavam, diz sem mentir, De ferir-se com agulhões, Quando do mundo quis partir.</p>	<p>Assim é, tão completamente, Que ao morrer só tinha rasgos; E mais, que morrendo, inclementes, Picavam-no meigos ferrões: Mais agudos do que facões Em ponta, o faziam rugir (O que provoca exclamações!) Quando do mundo quis partir.</p>	<p>Falcão gentil, príncipe bom, Sabei o que fez, antes de ir: Emborcou, firme, um <i>morillon</i>, Quando do mundo quis partir.</p>
--	---	--	---

Certamente não foi do nosso legislador que proveio a brilhante ideia sintetizada nessas disposições processuais hodiernas, que a doutrina classifica como “justiça negociada”. Na França em que viveu François Villon com toda certeza já havia um instituto jurídico com semelhante alcance. Sem conter tantas firulas ou rapapés, o fato é que, no caso de Villon, por interferência da Faculdade de Teologia, que reclamava o ressarcimento pelo roubo do Colégio de Navarra ocorrido seis anos antes, restou acordado, após compromisso devidamente firmado, que Villon restituirá 120 escudos de ouro ao Colégio, no prazo de três anos. Foi celebrada a avença e Villon solto para conseguir o dinheiro.

lhante à atual liberdade vigiada. A partir de então, não existe mais nenhuma notícia do seu paradeiro, sobrando apenas a lenda e, é claro, os seus escritos.

E assim termina esse relato.

Na concepção de Sebastião Uchoa Leite, Villon é considerado “ao mesmo tempo o último poeta medieval e o primeiro poeta moderno”. Segundo o biógrafo, mais do que simplesmente realizar uma deformação popular de uma linguagem erudita, Villon incorporou uma forma erudita à linguagem da “gentalha”. Essa faceta, e as diatribes que aprontou, o fez único e cultuado.



## ARTIGOS

### DROGAS: ATÉ QUANDO A PROIBIÇÃO GENOCIDA?

por Juarez Cirino dos Santos<sup>1</sup>

#### 1. Criminalização das drogas

##### 1.1. A imagem pública da criminalização

O genocídio de jovens pobres negros da periferia das grandes cidades brasileiras é o produto social de uma política irracional sobre substâncias psicoativas, difundido por um discurso moralista: a) o consumo de drogas produz dependência; b) o uso de drogas leves, como a marijuana, conduz ao uso de drogas pesadas, como a heroína, a cocaína, o crack; c) o consumidor de drogas é um viciado e, nessa condição, um dependente; d) a dependência de droga é um sintoma patológico somente curável por tratamento institucional; e) o viciado-dependente é um ser social improdutivo, comprometido em carreiras criminosas desenvolvidas em subculturas desviantes. Essa imagem do cenário da droga legitima a política punitivista do Estado capitalista, marcada pela intervenção policial violenta nas áreas urbanas pobres, cujo efeito reverso é o reforço da imagem do cenário da droga que inspira a política punitivista<sup>2</sup>.

##### 1.2. A imagem científica sobre drogas

A imagem oficial do cenário da droga está em diametral contradição com dados de pesquisas empíricas atuais, que revelam um quadro muito diferente: a) a maioria dos consumidores de drogas não é dependente, os usuários de substâncias psicoativas não vivem em subculturas desviantes e não costumam ter comportamento antissocial; b) os consumidores de substâncias psicoativas têm planos de vida produtiva ou desenvolvem carreiras profissionais normais, com empenho pessoal e responsabilidade social - na verdade, são homens e mulheres comuns com motivos racionais e emocionais para produzir estados psíquicos de prazer e relaxamento; c) a dependência

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal da UFPR, Presidente do ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, Advogado Criminal e autor de vários livros nas áreas de Direito Penal e de Criminologia.

<sup>2</sup> BARATTA, Alessandro. *Introducción a la Criminología de la Droga*. In *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*. Montevideo/Buenos Ayres: Julio César Fairea, Editor, 2004, p. 112 s.

não é uma patologia, nem representa déficit pessoal ou social necessitado de tratamento; d) enfim, a maioria dos consumidores é capaz de controlar o consumo da maioria das drogas ilícitas, como marijuana, heroína, cocaína ou crack<sup>3</sup>, assim como a imensa maioria da população é capaz de controlar as drogas lícitas, como fumo e álcool.

##### 1.3. A política punitivista: droga como problema de polícia

A política punitivista do sistema capitalista globalizado define droga como problema de polícia, enfrentado com prisões de traficantes e apreensões de substâncias entorpecentes - uma política ineficaz e contraprodutiva, segundo a crítica científica. Uma pesquisa empírica internacional de Dan Werb *et alii*, com a contribuição de 50 colaboradores, abrangendo o período de 1990 a 2010 (publicada em 2013), com o objetivo de avaliar (i) o preço e a pureza das drogas ilegais e (ii) o impacto das intervenções oficiais para redução do suprimento/oferta de drogas ilegais, é o mais contundente libelo contra a política proibicionista<sup>4</sup>: a) nos EUA, no período de 1990 a 2007, os preços de mercado foram reduzidos na proporção de 81% para a heroína, de 80% para a cocaína e de 86% para a cannabis, enquanto a pureza das drogas aumentou na proporção de 60% para a heroína, de 11% para a cocaína e de 161% para a cannabis; b) na Europa, no mesmo período, os preços de mercado foram reduzidos na proporção de 74% para os opiáceos e de 51% para a cocaína; c) na Austrália, no período de 2000 a 2010, os preços de mercado foram reduzidos na proporção de 14% para a cocaína e de 49% para a heroína e a cannabis; d) finalmente, nos mesmos períodos, ocorreu ampliação do volume de drogas ilegais apreendidas nas regiões de produção e nos mercados domésticos de comércio e consumo.

Em resumo: a pesquisa constatou a ampliação dos investimentos e dos esforços oficiais para redução do supri-

<sup>3</sup> BARATTA, Alessandro. *Introducción a la Criminología de la Droga*. In *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*. Montevideo/Buenos Ayres: Julio César Fairea, Editor, 2004, p. 113. \_

<sup>4</sup> WERB, Dan *et alii*, "The temporal relationship between drug supply indicators: an audit of international government surveillance systems". In *British Medical Journal*, 2013. Ver: <http://dx.doi.org/10.1136/bmjopen-2013-003077>. Também SCHEERER, Sebastian. *Limites sociais e legais da reforma da legislação de drogas*. In "O Criminólogo alemão: uma jornada com Sebastian Scheerer". Tradução: Amós Caldeira. Revisão: Ricardo Genelhu. São Paulo: USP, 2018.

mento global de drogas ilegais, por um lado, e a ampliação da quantidade e da qualidade das drogas ilegais, com redução do preço no mercado internacional, por outro lado. Sebastian Scheerer, comentando a pesquisa, emite um juízo definitivo<sup>5</sup>:

*“Apesar der gastar trilhões e trilhões de dólares a oferta de droga cresceu consideravelmente para maconha, cocaína, metanfetamina, ecstasy, tudo. Ao invés de menos droga tem havido mais drogas entre 1990 e 2010. [...] Tem havido mais drogas, drogas mais puras e elas ficaram mais baratas, apesar dos bilhões e trilhões de dólares investidos no combate às drogas. [...] Não há indicação de que mesmo gastando todo dinheiro do mundo nós chegaríamos ao resultado desejado pela proibição.”*

A pesquisa revela o fracasso do controle do mercado de drogas ilegais, demonstrando que a política de proibição das drogas é uma estratégia errada<sup>6</sup>. Além disso, um dos efeitos inevitáveis da política proibitiva é a destruição da saúde e da vida do povo: a maioria das drogas é adquirida nas ruas dos centros urbanos, em condições de desconhecimento da qualidade das drogas pelo consumidor. Afinal, se a qualidade das drogas ilícitas não pode ser controlada pelo Estado, então danos à saúde ou a morte de usuários são resultados inevitáveis<sup>7</sup>.

Mais ainda: a política de proibição corrói o Estado de Direito e os métodos bélicos de *guerra às drogas* produzem a *policialização do processo penal*, como demonstram procedimentos oficiais de quebras de sigilo (bancário, fiscal e de dados), de conduções coercitivas de acusados sem recusa de comparecimento (consideradas inconstitucionais pelo STF), de contraespionagem de agentes policiais infiltrados, de interceptações telefônicas sem prova do fato, ou sem indícios de autoria, ou sem processo penal instaurado, ou de delação premiada obtida por coação física ou pela tortura de prisões cautelares.

<sup>5</sup> SCHEERER, Sebastian. *Limites sociais e legais da reforma da legislação de drogas*. In “O Criminólogo alemão: uma jornada com Sebastian Scheerer”. Tradução: Amós Caldeira. Revisão: Ricardo Genelhu. São Paulo: USP, 2018.

<sup>6</sup> ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *Guerra às drogas ou racismo de Estado? A necropolítica de segurança pública*. In “Criminologia contemporânea: crítica às estratégias de controle social.” Helena Schiessl Cardoso, Leandro Gornicki Nunes e Luana de Carvalho Silva Gusso (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 142 s.

<sup>7</sup> KARAM, Maria Lucia. “Guerra às drogas” e saúde: os danos provocados pela proibição. In “Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o crack”. Lucília Elias Lopes e Vera Malaguti Batista (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 281.

#### 1.4. O racismo da política de drogas

A política proibitiva tem coisas ainda piores - por exemplo, a violência da polícia e das forças armadas nas invasões bélicas da periferia urbana, em que o pretexto declarado de guerra às drogas determinou a militarização da segurança pública das comunidades do Alemão e de mais 36 favelas do Rio de Janeiro, com ampliação da matança do povo, geralmente com características de execução: matança de homens (99,3%), de jovens (81,8%) e de negros (77,2%), com a letalidade de 4.224 pessoas em 2016, e de mais de 5.000 pessoas em 2017. A descrição de Katie Argüello sintetiza o modo e os efeitos da ocupação militar das favelas<sup>8</sup>:

*“Empresas privadas, meios de comunicação e o braço armado do Estado trabalharam conjuntamente para militarizar favelas, para manter a vigilância ostensiva e opressiva dos moradores das favelas, em nome da falida “guerra às drogas”. Foram muitos relatos sobre brutalidades, roubos, extorsões, torturas, assassinatos cometidos por policiais, sem que os meios de comunicação hegemônicos sequer noticiassem.”*

O Rio de Janeiro foi o laboratório das UPPs (Unidades Policiais de Pacificação), reproduzidas no Paraná como UPS (Unidades Paraná Seguro), promovendo o projeto neoliberal de redução de investimentos em áreas de educação, saúde e serviços sociais básicos, com paralisação de empresas públicas, expansão do desemprego e da miséria do povo. O enfrentamento da questão social com a repressão militarizada da guerra às drogas contra as comunidades periféricas agravou todos os problemas locais: as comunidades periféricas das grandes capitais, produtos do descaso do governo e dos grupos econômicos dominantes com as camadas pobres do povo, transformaram-se no objetivo estratégico da campanha de cerco e aniquilamento do capital financeiro internacional, no Brasil e em todo o Mundo<sup>9</sup>. No âmbito in-

<sup>8</sup> ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *Guerra às drogas ou racismo de Estado? A necropolítica de segurança pública*. In “Criminologia contemporânea: crítica às estratégias de controle social.” Helena Schiessl Cardoso, Leandro Gornicki Nunes e Luana de Carvalho Silva Gusso (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 153.

<sup>9</sup> Ver “Nota da Diretoria do ANDES-SN sobre a intervenção militar no Rio de Janeiro”, publicada em 19/02/2018. Também ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *Guerra às drogas ou racismo de Estado? A necropolítica de segurança pública*. In “Criminologia contemporânea: crítica às estratégias de controle social.” Helena Schiessl Cardoso, Leandro Gornicki Nunes e Luana de Carvalho Silva Gusso (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 146 s.



ternacional, basta ver a estatística do racismo da política de drogas nos EUA, origem do modelo internacional de proibição, que mostra o seguinte: os usuários de drogas ilícitas contam 2 milhões de negros e 10 milhões de brancos - estes consomem 5 vezes mais marijuana, 4 vezes mais cocaína e a maior parte do crack, mas a punição dos usuários de drogas americanos mostra 62,7% de negros e 36,7% de brancos, uma óbvia indicação do racismo da justiça criminal americana<sup>10</sup>, cuja população contém apenas 11% de negros.

## 2. Alternativas políticas possíveis: descriminalizar ou legalizar?

Douglas Husak faz uma distinção entre propostas de *descriminalização* e propostas de *legalização* de substâncias psicoativas<sup>11</sup>:

*“Admitidamente, comentadores de ambos os lados deste debate têm contribuído para a confusão, usando termos como criminalizar e descriminalizar em modos diferentes e inconsistentes. Às vezes eles têm usado o termo descriminalizar em intercâmbio com legalizar. [...]. Aqui, eu uso o termo legalização de droga para referir um sistema em que produção e venda de drogas não são ofensas criminais.”*

### 2.1. As ações possíveis

Na concepção de Husak, o verbo **descriminalizar** é empregado para designar a ação de desfazer o crime, mas em relação às substâncias entorpecentes geralmente se limita ao *consumo* de drogas, excluindo as ações de *produção* e de *venda* de drogas, como aconteceu com a proibição do álcool nos EUA, no período da *lei seca* vigente entre 1919 e 1933; por outro lado, o verbo **legalizar** é mais amplo, porque se a produção e a venda não constituem crimes, o consumo de substâncias psicoativas não pode ser proibido.

A legalização da produção e da venda permite o consumo de substâncias psicoativas como atividade recreativa de mudança do estado psíquico, mediante sensações de prazer, de euforia, de relaxamento etc.<sup>12</sup>. A psicologia ensina que o aparelho psíquico é regido pelo princípio do prazer, impulso fundamental ou valor intrínseco da

atividade psíquica, a única razão para se fazer alguma coisa na vida, como mostra qualquer reflexão sobre a ação humana<sup>13</sup>.

### 2.2. A legalização das drogas

A legalização das drogas tem por objetivo realizar um *valor de uso* recreativo, que permite alterar o humor individual em determinada direção, hoje concebido como autêntico direito do cidadão: a marijuana produz relaxamento, o LSD cria diversão, o *ecstasy* e as anfetaminas geram energia e assim por diante. O uso moderado dessas drogas determina, segundo comprovada experiência científica, aumento do autocontrole do comportamento - e não redução ou perda de controle, conforme equivocada crença comum<sup>14</sup>. Aliás, o desejo de alteração do humor constitui impulso normal em todo cidadão, tão importante como satisfazer a fome ou o desejo sexual<sup>15</sup>. Segundo estudos sociológicos, vivemos um período de civilização marcado por conceitos novos: a cultura de consumo produz mudança de valores e a sociedade de consumo se orienta por valores novos de excitação, emoção e aventura, em substituição aos valores tradicionais de autoridade, obediência e disciplina<sup>16</sup>.

A legislação do futuro deverá legalizar o consumo de substâncias psicoativas, porque mudanças culturais radicais exigem radicais mudanças de regras. Na Holanda, por exemplo (o mesmo ocorre com Portugal, Uruguai, Canadá e, de modo especial, em muitos Estados americanos), a legalização da marijuana permite seu consumo em cafés licenciados - não obstante, a taxa de consumo das drogas legalizadas na Holanda continua inferior à taxa de consumo dessas mesmas drogas ilegais nos EUA, assim como a taxa de consumo de heroína e de cocaína (também ilegais na Holanda) é inferior à taxa americana<sup>17</sup>. Estes são dados da realidade, e não especulação, enfatiza Douglas Husak. Posições conservadoras, geralmente moralistas e desinformadas, continuam afirmando que a legalização ou a descriminalização aumenta o

<sup>10</sup> HUSAK, Douglas e NARNEFFE, Peter de. *The Legalization of Drugs*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 91-92.

<sup>11</sup> HUSAK, Douglas e NARNEFFE, Peter de. *The Legalization of Drugs*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 3 (tradução do autor)

<sup>12</sup> HUSAK, Douglas e NARNEFFE, Peter de. *The Legalization of Drugs*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 86.

<sup>13</sup> FREUD, Sigmund. *Formulierungen über die zwei Prinzipien des Psychischen Geschehens*. Fischer Verlag 1989, v. III.

<sup>14</sup> HUSAK, Douglas e NARNEFFE, Peter de. *The Legalization of Drugs*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 91 s.

<sup>15</sup> WEIL, Andrew. *The Natural Mind*. Boston: Houghton Mifflin, 1986.

<sup>16</sup> HUSAK, Douglas e NARNEFFE, Peter de. *The Legalization of Drugs*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.

<sup>17</sup> HUSAK, Douglas e NARNEFFE, Peter de. *The Legalization of Drugs*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 104 s.

consumo e o abuso de drogas, ou que o uso recreativo tem origem em pressões de grupo, ou indica alienação ou imaturidade pessoal, ou é produto de compulsão, de ignorância ou de simples depressão e, de qualquer forma, constitui sintoma patológico necessitado de tratamento.

A teoria criminológica revela a falta de fundamento científico dessas opiniões, carentes de comprovação em pesquisas empíricas sérias, e acrescenta alguns argumentos relevantes: a) a criminalidade ligada às drogas é a primeira explicação da superlotação carcerária; b) a punição da criminalidade de drogas não protege o adolescente, como pretende o discurso oficial, e não previne a criminalidade, como proclama a ideologia punitivista; c) a droga lícita do álcool responde pela imensa maioria da criminalidade violenta, enquanto os efeitos psíquicos das drogas ilícitas estão na origem de uma minoria ínfima de violência criminal; d) os tributos sobre drogas legalizadas constituem extraordinária fonte de renda pública, aplicável na saúde e na educação da população, como ocorre com o álcool e o fumo; e) a massa de financiamento internacional da guerra às drogas amplia a corrupção e o abuso de poder das autoridades do Estado, ameaçando a democracia nas áreas subdesenvolvidas e dependentes da periferia do sistema capitalista; f) por último, a proibição legal é fator de menor influência no consumo de drogas, enquanto medidas sociais são fatores mais efetivos, como programas educativos, restrição de compra por idade, limitações de tempo e lugar para uso e venda de drogas, ou determinação de atividades incompatíveis com uso e venda de drogas (por exemplo, dirigir veículo).

### 3. O caso brasileiro

A Lei de Drogas brasileira de 2006 introduziu uma diferença radical entre a posse de pequena quantidade e o tráfico de substâncias entorpecentes: a) a posse de pequena quantidade para uso pessoal exclui a prisão, mas a lei brasileira não descriminalizou o usuário, porque aplica penas de advertência, de prestação de serviço à comunidade e programas educativos; b) em compensação, o tráfico é punido com penas duríssimas: a pena cominada é de 5 a 15 anos de reclusão (art. 33, da Lei 11.343/2006), agravada pela proibição de fiança, sursis, graça, indulto, anistia, liberdade provisória, conversão em restritivas de direito (art. 44) e, por último, o livra-

mento condicional exige cumprimento de dois terços da pena, mas é negado ao reincidente específico (art. 44, parágrafo único), com resultado prático de ampliação do encarceramento e da população carcerária: em julho-dezembro de 2019, a prisão por tráfico representa 20,28% da população carcerária (200.583 presos)<sup>18</sup>.

A distinção legal entre usuários e traficantes produziu outras consequências nefastas: a) a indeterminação legal da pequena quantidade do uso pessoal transferiu para o policial de rua a decisão de prender ou não em flagrante o usuário - como diz Salo de Carvalho, “o primeiro filtro sempre será o policial” -, hoje controlada pelo juiz da audiência de custódia, mas sempre sob a influência de metarregras fundadas em “*imagens e representações sociais de quem são [...] os traficantes e os consumidores*”<sup>19</sup>; b) a ampliação da pena do tráfico produziu a demonização do traficante<sup>20</sup>, cuja matança é determinada por simples suspeita policial, agravada por uma lógica racista: se é negro, é traficante; se é branco, é usuário.

#### 3.1. As cracolândias brasileiras

As cracolândias, espaços sociais de comércio e consumo de crack, se situam em áreas urbanas pobres das grandes cidades brasileiras, em geral carentes de serviços públicos básicos e habitadas por uma população majoritária de afrodescendentes, são consideradas fontes da criminalidade pelo discurso oficial. O programa do governo federal “*Crack, é possível vencer*” marca uma fase do processo de militarização da segurança pública<sup>21</sup>, cujo objetivo declarado é erradicar o consumo do crack. Em visita à favela da Maré, no Rio de Janeiro, Carl Hart definiu o programa deste modo: não se trata de retórica, mas de guerra real das forças da ordem contra a comunidade da favela.

<sup>18</sup> Dados do Departamento Penitenciário Nacional (atualizados em 24/06/2020).

<sup>19</sup> CARVALHO, Salo. *Nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas*. In “Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o crack”. Lucília Elias Lopes e Vera Malaguti Batista (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p.196-7.

<sup>20</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Atendendo na Guerra*. In “Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o crack”. Lucília Elias Lopes e Vera Malaguti Batista (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 308.

<sup>21</sup> MACERATA, Iacá; DIAS, Rafael; PASSOS, Eduardo. *Paradigma da Guerra às drogas, políticas de ordem e experiências de cuidados na cidade dos megaeventos*. In “Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o crack”. Lucília Elias Lopes e Vera Malaguti Batista (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 21-22.

As forças militares de ocupação social justificam a intervenção nas periferias urbanas pobres pela necessidade de restaurar a ordem e de combater a violência determinada pelo crack, mas realizam uma guerra celebrizada pela matança indiscriminada dos moradores que dizem proteger<sup>22</sup>. A taxa de homicídios, calculada por 100 mil habitantes, é alarmante: a) 22-27 mortos, de 1990 a 2003; b) 31 mortos, em 2017; 25 mortos, em 2018. Somente a Polícia cometeu 6.100 homicídios em 2018 (a maioria, execução extrajudicial), 6 vezes superior aos EUA, sendo 3/4 das vítimas desarmadas. O argumento do extermínio é simples: a violência do tráfico determina a política oficial de guerra às drogas, justificada como necessária para proteção das favelas<sup>23</sup>.

Há décadas o Brasil vive a tragédia genocida da guerra às drogas promovida pelo governo federal<sup>24</sup>, legitimada por um discurso ilusório que exclui ou prejudica a solução dos problemas reais do povo: assim, sobre os traficantes, disse o Presidente Bolsonaro: os “caras vão morrer na rua igual barata, pô!”; e o ex-governador Witzel sentenciava: “A polícia vai mirar na cabecinha e ... fogo!”. Como diz Hart, qualquer tentativa de apresentar o crack, ou qualquer droga, como o maior problema da população, é desonesta ou ingênua<sup>25</sup>. Neste ponto, as perguntas de Vera Malaguti Batista são o melhor diagnóstico da política de drogas: *para que serve a nossa política criminal de drogas?* As perguntas subsequentes da socióloga completam o diagnóstico: *serve para expandir o mercado de armas, legitimar a truculência contra pobres e indesejáveis, brutalizar a polícia e aumentar as mortes de policiais, transformar o policial em matador de pobres, ampliar as execuções ilegais, legitimar as milícias e, enfim, introduzir o crack na economia de varejo no Rio de Janeiro*<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *Guerra às drogas ou racismo de Estado? A necropolítica de segurança pública*. In “Criminologia contemporânea: crítica às estratégias de controle social.” Helena Schiessl Cardoso, Leandro Gornicki Nunes e Luana de Carvalho Silva Gusso (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 152 s.

<sup>23</sup> HART, Carl L. *Drug use for Grown-Ups*. New York: Penguin Press, 2021, p. 564-72

<sup>24</sup> BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1997, v. 5, n. 20, p. 129-146.

<sup>25</sup> HART, Carl L. *Drug use for Grown-Ups*. New York: Penguin Press, 2021, p. 574-75.

<sup>26</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Atendendo na Guerra*. In “Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o crack”. Lucília Elias Lopes e Vera Malaguti Batista (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 320-1.

### 3.2. Comunicações científicas sobre drogas

O livro *Drug use for Grown-Ups* (2021) de Carl Hart, notável neurocientista da Universidade de Columbia, EUA, especializado em neuropsicofarmacologia, fulmina opiniões de senso comum do mundo oficial americano, que definem a adição à droga como doença mental e difundem a informação de que o uso regular de droga produz dano ao cérebro. Hart mostra que a política proibitiva se baseia em informações falsas - por exemplo, o consumo de crack ou de cocaína produziria extrema violência, morte prematura e adição logo na primeira dose<sup>27</sup>.

*Eu espero que meu trabalho atual como acadêmico e cientista ajude a acertar as contas [com o crack]. Eu dei milhares de doses de crack a pessoas como parte de minha pesquisa e estudei cuidadosamente suas respostas imediatas e posteriores, sem incidentes. [...]. Contrário à crença popular, os efeitos produzidos pelo crack são predominantemente positivos. Meus participantes de pesquisa reportam consistentemente sentimentos de bem-estar e de prazer depois de tomar a droga. Prazer é uma boa coisa, algo que devia ser abraçado. [...]. Mas eu sei que existem aqueles que se agarram obstinadamente à crença de que o prazer induzido pelo crack é tão pesado que dirige a maioria dos usuários ao consumo descontrolado. Os dados dizem outra coisa. [...]. O fato é que em torno de 80% de todos os usuários de drogas ilegais usam drogas sem problemas, tais como adição. Em outras palavras, nós sabemos inequivocamente que os efeitos do crack têm sido ridiculamente exagerados; o crack não é mais danoso do que cocaína em pó. Eles são, de fato, a mesma droga.”*

E, dizendo que o papel do cientista é corrigir falsas ideias e equívocos da imprensa, afirma: não existe nenhuma evidência científica de que o uso recreativo de droga produz anormalidades no cérebro; ao contrário, técnicas modernas de imagens estruturais e funcionais do cérebro humano não indicam alteração, atrofia, deterioração ou redução do cérebro pelo uso regular de drogas. A evidência científica sobre a *Methamphetamine* ou *MDMA*, por exemplo, não só exclui danos ao cérebro, como demonstra efeitos positivos de euforia, ampliação da energia, da concentração e da empatia pessoal<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> HART, Carl L. *Drug use for Grown-Ups*. New York: Penguin Press, 2021, p. 257 (Tradução do autor).

<sup>28</sup> HART, Carl L. *Drug use for Grown-Ups*. New York: Penguin Press, 2021, p. 362-68

### 3.3. A legalização do uso de substâncias psicoativas

A legalização do uso adulto da *cannabis sativa* nos EUA, a partir de 2016, é uma realidade concreta nos Estados de Alaska, Colorado, Oregon, Washington, Califórnia, Maine, Massachusetts, Nevada, Baltimore, Brooklyn, Manhattan e Philadelphia - e a tendência é a extensão da legalização a todos os estados americanos. Hoje, verifica-se acelerada erosão da retórica de que a marijuana seria a maior produtora de violência na história humana, ou de que seu uso causa paranoia e outras psicoses. Afinal, pesquisas recentes demonstram que nem sequer a heroína - referida no discurso oficial como droga pesada - produz adição: o discurso de adição imediata após a primeira dose, ou que doses maiores causam com frequência a morte, não é verdadeiro<sup>29</sup>.

A experiência científica tem mostrado que a heroína é uma droga segura, empregada como medicamento antidepressivo e antipsicótico, com a maior eficácia contra sintomas esquizofrênicos ou psicoses, em geral. Ao contrário, os efeitos dominantes de drogas como marijuana, heroína, cocaína são positivos: as pessoas ficam mais altruístas, empáticas e eufóricas, com maior interação social e até mesmo melhor desempenho sexual<sup>30</sup>. Mais uma vez, o conhecimento científico experimental de Carl Hart aponta na direção de uma política criminal sadia em matéria de droga<sup>31</sup>.

*“As drogas descritas neste livro deveriam ser reguladas e legalmente disponíveis para consumo adulto. Nós já adotamos esta abordagem com álcool, tabaco, e, mais recentemente, em um punhado de Estados, com a marijuana. Os benefícios são numerosos. Para iniciantes, a disponibilidade de drogas preenche a promessa da Constituição, de permitir adultos responsáveis de buscar a felicidade como bem entenderem. Além disso, um esquema de droga legalmente regulado criaria numerosos empregos e geraria milhares de milhões de dólares em receita fiscal anual. Portanto, um tal esquema reduziria marcantemente as mortes relacionadas a drogas causadas por overdoses acidentais. Uma enorme proporção destas mortes é causada por substâncias adulteradas adquiridas*

*no mercado ilícito. Um mercado regulado, com padrões de qualidade uniformes, colocaria um fim virtual ao consumo de drogas contaminadas e reduziria fatais overdoses acidentais de droga.”*

### Conclusão

O Estado brasileiro ainda ignora os avanços do conhecimento científico sobre substâncias psicoativas em todo o mundo, ou as transformações da política criminal de drogas em países do centro e da periferia do sistema capitalista planetário; ao contrário, prefere implementar a mais irracional legislação e a mais violenta prática bélica contra a juventude pobre e negra das comunidades periféricas das grandes cidades - aliás, uma política penal suicida, somente superada pela insanidade da política de drogas das Filipinas, que pune com a pena de morte a posse de algumas gramas de qualquer droga para uso próprio.

O Legislador brasileiro precisa paralisar a destruição social provocada pelo modelo irracional da vigente Lei de Drogas, seguindo a tendência humanista da legislação de inúmeros países, como Canadá, Uruguai, Portugal, Holanda, Espanha e muitos outros. Em caso contrário, o Legislador será responsável pelos procedimentos biopolíticos de *deixar morrer*, ou pelas práticas policiais de *fazer morrer* a juventude pobre e negra das zonas periféricas dos grandes centros urbanos do País<sup>32</sup>. Hoje, a mudança do modelo repressivo suicida vigente no País não é mais uma questão de audácia política, mas uma simples questão de sensibilidade humana para fazer cessar a matança da juventude brasileira das periferias urbanas, o trágico efeito social da necropolítica de drogas que infelicita o País<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> HART, Carl L. *Drug use for Grown-Ups*. New York: Penguin Press, 2021, p. 247-57.

<sup>30</sup> HART, Carl L. *Drug use for Grown-Ups*. New York: Penguin Press, 2021, p. 275 s.

<sup>31</sup> HART, Carl L. *Drug use for Grown-Ups*. New York: Penguin Press, 2021, p. 314.

<sup>32</sup> FOUCAULT, Michel. *Naissance de la biopolitique*. Paris: Seuil/Gallimard, 2004, *Leçon de 14.03.1979*. p. 221-244.

<sup>33</sup> Ver BATISTA, Nilo. *Prefácio* em “Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o crack”. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 7.

## OS REGISTROS CRIMINAIS: NÃO EXISTE ESQUECIMENTO NO TRIBUNAL

por Renato Neves Tonini

visto de fora, às vezes parece que tudo já foi esquecido há muito, que os autos foram perdidos, e a absolvição parece ser uma absolvição completa. Mas um iniciado jamais acreditará nisso. Nenhum auto é perdido, não existe esquecimento no tribunal. Certo dia — ninguém mais o espera — um juiz toma os autos nas mãos com maior atenção, reconhece que naquele caso a acusação continua viva e ordena a detenção imediata<sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução. 1. A produção, a coleta e o registro dos dados criminais; 2. Os antecedentes criminais e as demais informações coletadas; 2.1 O arquivamento do inquérito, a decisão extintiva da punibilidade e a sentença absolutória; 2.2 As condenações criminais transitadas em julgado e os procedimentos criminais em andamento; 2.3 As fotografias e os dados biométricos e genéticos. Considerações finais. Referências.

### Introdução

A passagem extraída da obra do genial Franz Kafka, “O processo”, nunca foi tão atual. A era da informação, expressão cunhada para designar o presente estágio da humanidade, inverteu a lógica que antes predominava, no sentido de que o esquecimento prevalecia sobre a lembrança. Atualmente, dada a capacidade de armazenamento e de localização de dados que a internet hoje disponibiliza aos seus usuários, a lembrança se sobrepõe ao esquecimento.

Conforme assinalou Anderson Schreiber, ao se referir aos estudos de Mayer-Schönberger, “na era digital o equilíbrio entre lembrar e esquecer começou a se inverter”: lembrar tornou-se a regra e “esquecer, a exceção”<sup>2</sup>. E não é irrazoável imaginar que essa acumulação de dados, essa expansão da memória, se aproxime do infinito.

Assim, tudo o que é levado à nuvem, lá permanece indefinidamente. O mesmo fenômeno ocorre nos bancos

<sup>1</sup> KAFKA, Franz. O processo. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 185 (apud Branco, Sérgio. Memória e esquecimento na internet (Pautas em Direito). Arquipélago Editorial. Edição do Kindle). (págs. 8-9).

<sup>2</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. in Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão / Anderson Schreiber ... [et al.]; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadacini de Tefé. - 2. ed. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, pág. 390.

de dados que armazenam os registros criminais. Nada é esquecido. Tudo é lembrado.

O armazenamento procedido pelas agências de repressão às infrações penais, bem como o realizado pelos tribunais criminais não é uma atividade recente e não é originário da era da informação. Os registros criminais surgiram no início do século passado<sup>3</sup> e encontram o seu fundamento legal no Código de Processo Penal<sup>4</sup>, na Lei 12.830/13 e em algumas legislações mais recentes<sup>5</sup> que regulamentaram o inciso LVIII, do artigo 5<sup>o</sup> da Constituição da República.

O presente trabalho se propõe a analisar o tratamento dado aos registros criminais, especialmente sob o aspecto da necessidade de seu armazenamento em bancos de dados oficiais, tais como as decisões de arquivamento, as sentenças de extinção da punibilidade e as absolvições na folha de antecedentes do titular dos dados pessoais. Portanto, a análise aqui empreendida não abordará a difusão dessas informações por qualquer espécie de mídia, salvo o tratamento de dados entre as agências incumbidas da repressão a infrações penais e o Poder Judiciário.

De igual forma, será abordada a perenização dos registros de sentenças condenatórias, traçando a distinção entre aquelas que resultam no reconhecimento da reincidência, como circunstância agravante da sanção penal, e aquelas que irão influenciar a fixação da pena-base a ser estabelecida pelo magistrado, por caracterizarem

<sup>3</sup> O primeiro órgão criado para esse fim no Brasil foi o Gabinete de Identificação e Estatística da Polícia do Distrito Federal, em 29 de dezembro de 1902, mais tarde sucedido pelo Instituto Felix Pacheco.

<sup>4</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, Art. 60 - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

VIII-ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX-averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei 12.037/09, com as modificações determinadas pela Lei 12.654/12 e pela Lei 13.964/19.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição Federal, artigo 5<sup>o</sup>, inciso LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

maus antecedentes, bem como a aparente colisão entre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e os acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça na suposta existência do direito ao esquecimento.

## 1. A produção, a coleta e o registro dos dados criminais

Conforme estabelece o Código de Processo Penal, tão logo a autoridade policial tome conhecimento da prática de uma infração penal, ela deverá, dentre diversas outras atividades investigatórias, determinar a identificação do indiciado e requisitar a folha de antecedentes desse último ao instituto oficial de identificação criminal.

Contudo, no tocante ao dever de ordenar a identificação criminal, a Constituição da República estabeleceu que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, garantia constitucional regulamentada pela Lei 12.037/09, sendo possível a exceção a essa regra em determinadas situações taxativamente previstas pela referida lei.

Assim, presentes a materialidade, a autoria e as circunstâncias da infração penal, o delegado de polícia, mediante ato fundamentado decorrente da análise técnico-jurídica do fato em apuração, determinará o indiciamento daquele que, até então, era mero suspeito. Esse ato vinculado é privativo do delegado de polícia, na forma da Lei 12.830/13<sup>7</sup>.

Na sequência, a autoridade policial requisitará a folha de antecedentes do indiciado, atitude que importará na anotação do indiciamento no registro criminal do titular dos dados, pois, ao tempo em que o delegado de polícia requisita informações sobre os antecedentes daquela pessoa, a própria requisição se transforma em um novo registro nos assentamentos do indivíduo.

Quando houver necessidade de identificação criminal, na forma do artigo 3º da Lei 12.037/09<sup>8</sup>, o indiciado

<sup>7</sup> BRASIL. Lei 12.830/13

Artigo 2º, § 6º- O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei 12.037/09

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;

será submetido a processo datiloscópico, assim como será fotografado, tudo sendo levado aos autos da investigação. E, se for essencial à apuração dos fatos segundo decisão da autoridade judiciária, a identificação poderá incluir a coleta de material biológico para a construção do perfil genético, conforme permite o parágrafo único do artigo 5º da mencionada legislação.

Ao inserir o artigo 7º-C na Lei 12.037/09, a Lei 13.964/19, além dos dados biométricos, de impressões digitais e de fotografias, possibilitou o armazenamento dos registros de íris, de face e de voz colhidos em investigações criminais, dos presos provisórios ou definitivos, ou coletados por ocasião da identificação criminal para subsidiar inquéritos policiais federais ou não.

O indiciamento do cidadão, a sua eventual identificação criminal, assim como os dados papiloscópicos, fotográficos, biométricos e de perfis genéticos serão encaminhadas ao Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas. Portanto, na forma prevista no Decreto Federal nº 9.489, de 30 de agosto de 2018, nesse sistema serão inseridas, dentre outras, as informações relativas a: ocorrências criminais registradas e outras comunicações legais; execução penal e sistema prisional; condenações, penas, mandados de prisão e contramandados de prisão; bancos de dados de perfil genético e digitais.

A essa colossal quantidade de dados coletada dos incontáveis inquéritos policiais e ações penais, ainda se somam as informações que permanecem armazenadas nos institutos de identificação criminal estaduais, sem contar com os famigerados “álbuns de suspeitos” existentes em cada delegacia policial do Brasil.

## 2. Os antecedentes criminais e as demais informações coletadas

Não há quem duvide que a coleta e o armazenamento de dados a respeito de crimes praticados e as pessoas que

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;

por eles responderem ou respondem como indiciados, acusados ou condenados cumpre um papel que atende ao interesse público. Nas palavras de José Geraldo Gomes:

A existência desses cadastros sobre crimes e criminosos, de um lado tem uma função social relevante sob alguns aspectos, incluindo-se os estatísticos, de certo modo, úteis na formulação de políticas públicas de prevenção criminal e tratamento do criminoso. Outro ponto importante diz respeito ao instituto da reincidência, que deve ser levado em consideração pelo juiz no momento de aplicação da pena e sua dosimetria ao se estabelecer a pena-base.<sup>9</sup>

Os dados lançados na folha penal de alguém, no entanto são muito díspares, pois refletem todos os resultados alcançados, quais sejam: as decisões que determinaram o arquivamento de inquéritos policiais, as sentenças extintivas da punibilidade, as absolvições tornadas definitivas, a existência de inquéritos ou ações penais ainda em andamento e, por fim, as condenações criminais transitadas em julgado. A esses elementos de informação, são acrescidos os bancos de dados fotográficos, biométricos e genéticos coletados e armazenados, os quais constituem um acervo imenso de informações, a maioria considerada como dados pessoais sensíveis, segundo a definição que lhe é dada pelo artigo 5º inciso II<sup>10</sup> da Lei Geral de Proteção de Dados.

Há, portanto, uma incomensurável quantidade de informações armazenada em banco de dados organizados pelo Poder Público. A questão que se impõe é definir qual é a necessidade da guarda desses elementos e por quanto tempo eles devem ser mantidos.

## 2.1 O arquivamento do inquérito, a decisão extintiva da punibilidade e a sentença absolutória

Dentre os deveres impostos ao delegado de polícia se insere a obrigação de requisitar a folha de anteceden-

<sup>9</sup> GOMES, José Geraldo. A perpetuação indevida dos antecedentes criminais: uma violação à dignidade do acusado. 2020. Editora Dialética, 2020. edição do Kindle, pág. 7.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei 13.709/18.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

tes criminais do indiciado, *ex vi* o artigo 6º, inciso VIII do Código de Processo Penal. Essa simples requisição dirigida aos institutos de identificação criminal resulta em um novo assentamento na folha penal do titular dos dados, pois, ao solicitar o documento, a autoridade policial indica o número do inquérito que instaurou contra o indiciado.

Concluído o inquérito policial, a peça final do caderno investigatório é o relatório policial, no qual o delegado de polícia novamente declina as razões pelas quais indiciou o investigado ou, em algumas vezes, sugere o arquivamento da inquisição.

O Ministério Público não fica vinculado às conclusões do delegado de polícia. Assim, segundo a legislação vigente na presente data<sup>11</sup>, o promotor de justiça pode oferecer denúncia contra o indiciado ou postular o arquivamento da investigação ao magistrado. Se concordar com o pedido do *Parquet*, o juiz determina o arquivamento do inquérito policial.

A decisão judicial que extingue a punibilidade do agente estanca o prosseguimento da inquisição policial ou impede que a ação penal instaurada seja concluída com a prolação de sentença de mérito. As hipóteses de extinção da punibilidade estão descritas no Art. 107 do Código Penal, destacando-se dentre elas a retroatividade da lei mais benéfica, a prescrição, a graça ou o indulto etc., e em outras legislações esparsas, tais como a prevista no Art. 89, § 5º da Lei 9.099/95, que se consuma com a expiração do prazo de suspensão condicional do processo.

A deflagração da ação penal pode resultar na improcedência do pedido contido na denúncia ou na declaração de sua inaptidão, na falta de justa causa etc. Assim, a decisão que rejeita a denúncia<sup>12</sup>, a sentença absolutória,

<sup>11</sup> As alterações empreendidas pela Lei 13.964/19 no Código de Processo Penal mudaram essa sistemática, para permitir ao Ministério Público ordenar o arquivamento do inquérito policial sem a submeter sua decisão ao magistrado. Contudo, o Ministro Luiz Fux, atendendo à pretensão deduzida nas ADI's 6.298 e 6.305, suspendeu *sine die* a eficácia da atual redação do Art. 28 do CPP.

<sup>12</sup> BRASIL Decreto-Lei 3.689/41

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

sumária<sup>13</sup> ou de mérito<sup>14</sup>, a de impronúncia<sup>15</sup> integram o rol de desfechos favoráveis ao denunciado, com base em diferentes dispositivos processuais penais.

A manutenção por tempo indeterminado dos resultados benéficos dos procedimentos criminais na folha penal de antecedentes do titular de dados pessoais não encontra justificativa no plano processual ante a patente inutilidade de sua preservação, além de ser uma afronta à dignidade pessoal daquele que foi absolvido ou sequer processado criminalmente.

Até a promulgação da Constituição Cidadã, era muito comum considerar como maus antecedentes os arquivamentos, as extinções de punibilidade e, até mesmo, as absolvições quando fundadas na fragilidade das provas para fundamentar uma condenação, tal como assinalado por José Antonio Paganella Boschi<sup>16</sup>.

Entretanto, segundo a lição de Salo de Carvalho, em “oposição, importante corrente da doutrina penal pátria defendeu a efetividade plena do princípio da presunção de inocência, o que implicaria considerar como maus

antecedentes apenas as condenações criminais com trânsito em julgado.”<sup>17</sup>.

No entanto, mesmo não gerando consequências maléficas para aquele que se viu enredado em equivocado procedimento criminal o “seu nome permanece perpetuamente dentre o elenco dos que foram definitivamente condenados. Em todos esses casos a memória eterniza o sofrimento e corrói a identidade do sujeito”<sup>18</sup>.

Não há mais quem admita que os arquivamentos, as extinções de punibilidade e as absolvições possam ser compreendidos como maus antecedentes. Aliás, a pretérita interpretação do texto legal foi afastada do cenário jurídico pela Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, exarada nos seguintes termos “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”, conceito extensível aos demais registros que não resultem em uma condenação criminal.

Assim, não há utilidade alguma para a manutenção de tais informações nos banco de dados dos órgãos de armazenamento de informações criminais. Sob esse ponto de vista, aqui seria aplicável direito ao esquecimento, no sentido de que tais assentamentos sejam excluídos do sistema de informações.

Ao analisar a perpetuação dos antecedentes criminais, José Geraldo Gomes afirmou com muita proficiência constituir a exclusão de dados desnecessários uma espécie de exercício do direito ao esquecimento em nosso país. Vejamos:

nada mais justo do que reconhecer no ordenamento jurídico brasileiro a existência de um direito subjetivo ao esquecimento, consistindo em poder esquecer e ser esquecido, manifestando-se em três vertentes básicas: a) o direito ao cancelamento dos registros criminais indevidos, desnecessários e indesejáveis, conforme argumentação inserida no capítulo anterior; b) pelas diversas formas de prescrição e; c) pelos institutos da anistia, da graça e do indulto.<sup>19</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, pelo voto memorável do Ministro Luiz Felipe Salomão, acolheu a tese da exis-

<sup>13</sup> BRASIL Decreto-Lei 3.689/41

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;  
II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;  
III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou  
IV - extinta a punibilidade do agente.

<sup>14</sup> BRASIL Decreto-Lei 3.689/41

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;  
II - não haver prova da existência do fato;  
III - não constituir o fato infração penal;  
IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;  
V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;  
VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art.28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;  
VII - não existir prova suficiente para a condenação.

<sup>15</sup> BRASIL Decreto-Lei 3.689/41

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado

<sup>16</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação/ José Antonio Paganella Boschi. 8. ed., rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. (pág. 162)

<sup>17</sup> CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro/Salo de Carvalho. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2020. (pág. 389).

<sup>18</sup> GOMES, José Geraldo. Ob. Cit. 2020 (pág. 89)

<sup>19</sup> GOMES, José Geraldo. Ob. Cit. 2020 (pág. 91)



tência do direito ao esquecimento na seara penal aos “condenados que cumpriram pena ou dos absolvidos”<sup>20</sup> colacionando à sua judiciosa manifestação diversos precedentes daquele tribunal superior que determinaram a exclusão ou o cancelamento dos registros de inquéritos arquivados, ações penais trancadas ou sentenças penais absolutórias (RMS 15.634/SP; REsp 443.927/SP; RMS 24.099/SP; e RMS 18.540/SP).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, por maioria, negou provimento ao apelo extremo e acolheu o Tema 786, em repercussão geral e fixou a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível<sup>21</sup>

O Ministro Nunes Marques salientou a sua posição divergente quanto à admissão do direito ao esquecimento, ao afirmar que “pode-se verificar que o “direito ao esquecimento” tem sido aplicado no Brasil principalmente em três tipos de situação: 1º) para impedir o uso de **registros criminais antigos** na exacerbação de penas ou medidas administrativas ligadas ao campo criminal;”<sup>22</sup>

A outra relevante divergência foi suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes. Embora o magistrado prefira a expressão “direito ao apagamento de dados”, ele admitiu

o direito ao esquecimento, sobretudo “na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e do direito à reabilitação”<sup>23</sup>, acrescentando como respaldo ao seu raciocínio os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Porém, a tese vencedora foi a de negar o direito ao esquecimento, pois, na compreensão que prevaleceu no histórico julgamento, o “que existe no ordenamento são expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações”<sup>24</sup>.

A resposta para a indagação aqui tratada, ou seja, o que fazer com os desnecessários dados concernentes a arquivamentos, extinções de punibilidade e absolvições, não reside no suposto direito ao esquecimento, pois, na verdade, é uma consequência do princípio da necessidade contemplado no inciso III do Art. 6º da Lei 13.709/18<sup>25</sup>, a Lei Geral de Proteção de Dados.

Todavia, essa lei não é aplicável ao tratamento de dados pessoais realizado para fins de atividades de investigação ou repressão de infrações penais. Porém, o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal<sup>26</sup>, elaborado pela Comissão de Juristas instituída por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados, de 26 de novembro de 2019, também acolheu o princípio da necessidade, como se vê no Art. 6º, inciso IV daquele anteprojeto, com idêntica redação.

Além disso, o inciso I, do Art. 9º do anteprojeto em questão acentua que o tratamento de dados pessoais para atividades de persecução penal somente poderá ser

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.907/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 25 de maio de 2013. Documento: 1239004 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/09/2013

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ. Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 11/02/2021 O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 47F2-EB12-593B-3A1E e senha 8B7A-1F17-8BA4-7FD7.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ. Relator Ministro Dias Toffoli, fls. 11/12 do voto do Ministro Nunes Marques.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ. Relator Ministro Dias Toffoli, fls. 26 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ. Relator Ministro Dias Toffoli, fls. 34 do voto do relator.

<sup>25</sup> BRASIL. Lei 13.709/2018. Art.6º:

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

<sup>26</sup> Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf>

realizado quando necessário ao cumprimento da atribuição legal da autoridade competente e na busca do atendimento ao interesse público.

Como já afirmado, o registro dos desfechos processuais favoráveis ao indiciado não denunciado ou ao acusado absolvido cumpre a sua finalidade ao consignar a existência de procedimento criminal contra ele. No entanto, com o término do procedimento esses dados passam a ser desnecessários. Não há mais interesse público em sua preservação na folha de antecedentes do titular dos dados.

Em relação ao valor determinante do interesse público, especialmente em sua vertente criminal, cabe transcrever a lição de Sérgio Branco, ao analisar o acórdão proferido no REsp 1.334.097/RJ, relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, no Superior Tribunal de Justiça:

Nesse debate, o conceito de interesse público será fundamental. Conforme mencionado em uma das decisões do STJ analisadas, “o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente”<sup>27</sup>.

Conforme leciona Rony Vainzof,<sup>28</sup> ao analisar as disposições preliminares da LGPD:

Conforme adiantado, o princípio da necessidade guarda relação direta com os princípios anteriores, da finalidade e da adequação, visto que enfatiza a delimitação da licitude do tratamento de dados pessoais de acordo com a sua finalidade. Porém, a sua característica principal é a de ressaltar a limitação do tratamento ao mínimo necessário para se atingir a finalidade pretendida (Data Minimisation), mediante avaliação de quais espécies de dados são realmente imprescindíveis (dados pertinentes e não excessivos)

No ponto, também deve ser invocado o ensinamento de Carlos Affonso Souza, colhido de sua apresentação no

<sup>27</sup> BRANCO, Sérgio. Memória e esquecimento na internet (Pautas em Direito). Porto Alegre: Arquipélago Editorial. 2017 Edição do Kindle. Pág. 164

<sup>28</sup> VAINZOF, Rony. Capítulo I Disposições Preliminares. In LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada. Coordenadores NOBREGA MALDONADO, Viviane e BLUM, Renato Opice. São Paulo: Thompson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda. 2019. Pág. 155

Supremo Tribunal Federal em audiência pública, realizada em 12.06.2017, sobre o “direito ao esquecimento”. Segundo o autor, um dos argumentos “para não reconhecer ao chamado direito ao esquecimento o status de direito é a verificação de que a sua implementação trata, na verdade, de questões envolvendo o apagamento de dados, a remoção de conteúdo ou a desindexação de chaves de busca”<sup>29</sup>.

Assim, não sendo informações necessárias para qualquer fim, mormente para a persecução penal, e não havendo interesse público em sua preservação, os dados a respeito de arquivamentos, de extinções de punibilidade e de absolvições devem ser simplesmente apagados, removidos ou, quando muito, sejam eles completamente anonimizados para fins estatísticos ou outra finalidade científica relevante.

## 2.2 As condenações criminais transitadas em julgado e os procedimentos criminais em andamento

Embora a legislação penal brasileira não conceitue o que é a reincidência, as condições necessárias para que ela seja verificada e aplicada estão indicadas no art. 63 do Código Penal em vigor. Segundo o dispositivo “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”. A consequência dessa constatação é o incremento da pena-base fixada na primeira fase da dosimetria pelo reconhecimento da circunstância agravante.

A reincidência tem sido considerada por alguns doutrinadores como afrontosa ao modelo de garantias, pois, nessa compreensão ela constituiu ofensa ao princípio do *ne bis in idem* e resulta em um processo de estigmatização e de concretização do direito penal do autor e não do fato, conforme registra José Antonio Paganella Boschi ao fazer alusão às lições de Maria Lúcia Karam, de Eugenio Raúl Zaffaroni, de Salo de Carvalho e de Lênio Streck<sup>30</sup>. Contudo, a agravante continua sendo reconhecida pelos magistrados para majorar a pena do infrator e é considerada válida, inclusive por membros do Supremo Tribunal Federal.

<sup>29</sup> SOUZA, Carlos Affonso. Dez dilemas sobre o chamado Direito ao Esquecimento. Disponível em <https://itsrio.org/pt/publicacoes/dez-dilemas-sobre-o-chamado-direito-ao-esquecimento/>

<sup>30</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Ob. cit. Págs. 201/202.

Assim, antes de proferir a sentença, o magistrado deve consultar a folha de antecedentes do acusado e, se nela houver alguma anotação de sentença condenatória prévia, cumpre ao julgador solicitar a certidão cartorária onde deverá constar a data do trânsito em julgado da condenação anterior.

Se a data do fato em julgamento for posterior a do trânsito em julgado do veredito condenatório, aplica-se a circunstância agravante. Se, ao contrário, o cometimento do crime tiver ocorrido em momento anterior ao trânsito em julgado, o episódio deve ser entendido como maus antecedentes, ou seja, a circunstância judicial que poderá influenciar a fixação da pena-base.

A relevância do registro da sentença condenatória com trânsito em julgado nos assentamentos criminais do condenado é indiscutível. Essa informação é absolutamente necessária para que o magistrado individualize a sanção que entenda ser a merecida no caso concreto, aí residindo o evidente interesse público na manutenção e na preservação desses dados a respeito da vida pregressa do condenado.

A manutenção dos registros dos inquéritos policiais e das ações penais que ainda não foram ultimados, apesar de não poderem configurar maus antecedentes, conforme estabelece a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, também atendem ao interesse público, posto que a sua permanência nos assentamentos criminais se faz necessária, na medida que esses dados poderão ensejar a aplicação da reincidência em desfavor do apenado, se deles advier decisão condenatória transitada em julgado.

A legislação processual penal também estabelece o prazo prescricional para que a condenação anterior possa fundamentar o reconhecimento da reincidência como circunstância legal agravante. Segundo o inciso I, do art. 64 do Código de Processo Penal, “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,”.

Assim, transcorridos cinco anos desde o cumprimento da pena e se vier a cometer um novo crime, o condenado não poderá ser declarado reincidente, mas a sentença condenatória anterior será considerada como maus antecedentes, condição capaz de incrementar a sanção inicial a ser fixada no novo veredito.

Se há um prazo legal de depuração para que a condenação anterior transitada em julgado deixe de ser considerada como caracterizadora da reincidência, a legislação em vigor não estabelece até quando aquela sentença deverá ser compreendida como maus antecedentes do condenado. Como a Constituição Federal não admite as penas perpétuas, há de ser fixado um prazo para que a sentença condenatória que não caracteriza a reincidência possa ser considerada como circunstância judicial desabonadora do condenado.

Segundo sugere a doutrina mais abalizada “o prazo de cinco anos de limitação da reincidência deveria ser compreendido, efetivamente, como prazo máximo”<sup>31</sup> e “por similitude lógica, o decurso do período de cinco anos, que, segundo o artigo 64 do CP gera o fenômeno da prescrição da reincidência, deveria também arrear os maus antecedentes”<sup>32</sup>.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão em que foi reconhecida a repercussão geral, nos autos do Recurso Extraordinário 593.818/SC, por escassa maioria, fixou a seguinte tese: “não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”<sup>33</sup>.

Os judiciosos votos proferidos pelos ministros que restaram vencidos (Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Marco Aurélio, Ministro Gilmar Mendes e Ministro Dias Toffoli) acolhiam a tese de que, vencidos os cinco anos depuradores da reincidência, o mesmo tratamento previsto prescricional deveria ser adotado em relação aos maus antecedentes, no sentido de que deveriam ser desconsiderados se passados cinco anos do trânsito em julgado da condenação anterior.

Assim, a questão restou mal resolvida, pois nenhum parâmetro temporal foi fixado para debelar a perpetuidade dos maus antecedentes como uma marca indelével na vida do condenado.

Com a finalidade de superar esse impasse, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo depois de proferida a deci-

<sup>31</sup> CARVALHO, Salo de. Op. Cit. Págs. 391/392.

<sup>32</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Ob. cit. Pág. 162.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.818/SC. Relator Ministro Roberto Barroso. Sessão virtual de 07/08/2020 a 17/08/2020. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código E440-8E8A-F745-211C e senha 5248-2827-109E-0CFE

são da Corte Suprema, continua adotando a passagem do tempo para expungir os maus antecedentes do cômputo da pena-base, suscitando para tanto a tese do direito ao esquecimento.

Assim, mediante a utilização de critérios altamente subjetivos e sem determinar objetivamente por quanto tempo os registros de condenação deveriam ser considerados como maus antecedentes, os acórdãos proferidos no STJ acolheram a tese do direito ao esquecimento por considerarem que: “os registros da folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento”<sup>34</sup>; “Excepcionalmente, porém, “quando os registros da folha de antecedentes são muito antigos, como no presente caso, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do esquecimento.”<sup>35</sup>; “considero que, no caso, deve ser relativizado o registro anterior do acusado, por seu longo distanciamento no tempo”<sup>36</sup>; ou “há julgados no sentido de que os maus antecedentes, quando os registros forem muito antigos, podem sofrer relativização, admitindo-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento”<sup>37</sup>.

Entretanto, nas hipóteses tratadas nos acórdãos acima destacados, o que levou a serem desconsiderados os maus antecedentes não foi o denominado “direito ao esquecimento”. Em realidade, nos casos em tela, a passagem do tempo como depuradora dos efeitos dos maus antecedentes, na verdade, refletiu aplicação pontual do princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, Sérgio Branco defendeu, com a habitual proficiência, a inaptidão do direito ao esquecimento na espécie:

Apesar dessa preocupação com os efeitos do passado na vida futura dos condenados, o tratamento legal a fatos pretéritos no âmbito do direito penal

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 666.487/RS. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Votou unânime. Julgado em 16/11/2021.

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 452.570. Relator Ministro Saldanha Palheiro. Voto unânime. Julgado em 02/02/2021. DJe: 10/02/2021.

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 567.164/SP. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Voto unânime. Julgado em 13/10/2020. DJe: 19/10/2020.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 547.465/RJ. Relatora Ministra Laurita Vaz. Voto unânime. Julgado em 22/09/2020. DJe: 06/10/2020

decorre de outras necessidades e se enquadra em outro campo jurídico, distinto daquele relacionado ao direito ao esquecimento. Conforme pudemos mencionar anteriormente, este deve encontrar proteção na tutela geral da dignidade da pessoa humana e parece intrinsecamente conectado aos direitos de personalidade.<sup>38</sup>

Essa compreensão, de certo modo, está de acordo com o voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, quando relatou o Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, do Supremo Tribunal Federal, ocasião em que foi consagrada, por maioria, a tese de que o direito ao esquecimento não está contemplado na legislação brasileira, pois o “que existe no ordenamento são expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações”<sup>39</sup>.

### 2.3 As fotografias e os dados biométricos e genéticos

Conforme já vimos, com a edição da Lei 12.037/2009 e de suas sucessivas alterações, foi regulamentado o artigo 5º, inciso LVIII da Constituição da República e estabelecidas as hipóteses autorizadas da identificação criminal daquele já civilmente identificado.

De igual modo, foram permitidas a coleta de dados sensíveis do indiciado, tais como o material datiloscópico, a fotografia, o material biológico para obtenção do perfil genético, sendo também autorizada a coleta de registros biométricos, bem como da íris, da face e da voz do preso provisório ou definitivo.

A doutrina especializada tem sérias dúvidas quanto a adequação constitucional da coleta de material biológico para a criação de perfis genéticos. Para Guilherme de Negreiros e Diógenes Reinaldo:

“mostra-se como altamente provável que as inovações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, no tocante ao armazenamento e coleta de material e dados genéticos, venham a ter sua constitucionalidade questionada na corte constitucional, sobretudo a imposição automática de sanções restritivas de liberdade pela recusa do apenado em ser identificado geneticamente”<sup>40</sup>

<sup>38</sup> BRANCO, Sérgio. Ob. Cit. 2017. Pág. 141.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ. Relator Ministro Dias Toffoli, fls. 34 do voto do relator.

<sup>40</sup> NEGREIROS, Guilherme de. REINALDO, Diógenes. Obstáculos à

No mesmo sentido são os ensinamentos de Aury Lopes Jr, quando afirma que “deve ser respeitado o direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) e não poderá haver extração compulsória (não consentida) de material genético”<sup>41</sup>

Essa legislação também disciplina as hipóteses em que é possível a retirada ou a exclusão dos dados coletados do titular. Segundo o artigo 7º da Lei 12.037/2009<sup>42</sup>, se não houver o oferecimento de denúncia, ou se a inicial for rejeitada, ou se o acusado for absolvido, ele poderá pedir a retirada da identificação fotográfica dos autos. Do mesmo modo, de acordo com o disposto no artigo 7-A<sup>43</sup> da mesma lei, os perfis genéticos existentes nos bancos de dados poderão ser excluídos em caso de absolvição ou após o decurso de vinte anos desde o cumprimento da pena, no caso de condenação.

De pronto se verifica um tratamento díspar para situações de igual peso. Os dados fotográficos podem ser retirados quando: o titular dos dados não for denunciado, ou seja, quando arquivado o inquérito, se rejeitada a denúncia e caso sobrevenha sentença absolutória. No caso da exclusão dos perfis genéticos, o dispositivo só admite se sobrevier a absolvição do acusado ou depois de passados vinte anos do término da pena imposta ao condenado. Por evidente, se o indiciado sequer for denunciado ou se a inicial acusatória for rejeitada, o perfil genético deverá, igualmente, ser excluído do banco de dados.

Em nenhuma dessas hipóteses está presente o direito ao esquecimento. A retirada ou a exclusão desses dados (fotografias e perfil genético) deve ocorrer por não serem mais necessários à atividade investigativa ou persecu-

---

identificação criminal através de coleta compulsória de material genético. In Pacote anticrime: temas relevantes. Coordenadores Walter Nunes da Silva Júnior e Olavo Hamilton. Natal: Owl – Editora Jurídica. 2021. Edição Kindle. Págs. 149/150.

<sup>41</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, págs. 678/679. Edição Kindle.

<sup>42</sup> Art. 7º No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.

<sup>43</sup> Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: I - no caso de absolvição do acusado; ou II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

tória, pois o titular desses dados não respondeu à ação penal, a denúncia foi rejeitada, ou ele foi absolvido. O interesse público na guarda dessas informações não está mais presente e sua retirada ou a sua exclusão constituem o corolário “da tutela geral da dignidade da pessoa humana e parece intrinsecamente conectado aos direitos de personalidade”, como já disse Sérgio Branco<sup>44</sup>.

### Considerações finais

Diante da materialidade, da autoria da infração penal, o delegado de polícia determinará o indiciamento do cidadão, ordenará a sua eventual identificação criminal e, neste caso, serão colhidos os seus dados papiloscópicos, fotográficos, biométricos e perfis genéticos. Essa anotação será lançada na folha penal do cidadão e ela o acompanhará por muito tempo, o mesmo com os demais dados sensíveis coletados e armazenados.

Os dados da pessoa humana colhidos em razão de investigação ou de persecução penal podem ser divididos em três grupos: os que resultaram em arquivamento, extinção de punibilidade ou absolvição; as sentenças condenatórias transitadas em julgado e os procedimentos ainda inconclusos; e os dados fotográficos, biométricos e os perfis genéticos.

No primeiro grupo, com o advento de decisão favorável ao titular dos dados, eles devem ser excluídos dos cadastros criminais e o mesmo deve ocorrer quanto aos dados fotográficos, biométricos e os perfis genéticos. Não se trata da aplicação do direito ao esquecimento e sim da tutela geral da dignidade da pessoa humana. A retirada desses registros e dessas informações, na verdade, encontra justificativa no fato de que deixaram de ser necessários e não há mais interesse público em sua conservação indefinida.

O contrário ocorre quando se trata de registros de sentenças condenatórias transitadas em julgado. Nesse caso, a guarda desses dados se faz necessária e está presente o interesse público em sua manutenção. A questão que demanda uma solução legislativa é a de definir por quanto tempo as condenações criminais, não enquadráveis no conceito de reincidência, devem ser consideradas como maus antecedentes, com isso afastando o subjetivismo judicial hoje existente na fixação do tempo necessário para a sua depuração.

<sup>44</sup> BRANCO, Sérgio. Ob. Cit. 2017. Pág. 141.

Como se vê, não se trata de olvidar o passado. A exclusão de dados desnecessários e a fixação de prazo para também depurar os maus antecedentes não constitui o direito ao esquecimento, pois representam, na verdade, o reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade.

Não existe esquecimento no tribunal.

### Referências

BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação/ José Antonio Paganella Boschi. 8. ed., rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

BRANCO, Sérgio. Memória e esquecimento na internet (Pautas em Direito). Porto Alegre: Arquipélago Editorial. 2017. Edição Kindle.

BRASIL. Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal. Câmara dos Deputados. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outrosdocumentos/DADOSAnteprojeto-comissao-protecao-dados-seguranca-persecucao-FINAL.pdf>. Acesso em 10/01/2022.

BRASIL. Constituição Federal.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689/41. Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei 12.037/09.

BRASIL. Lei 12.830/13.

BRASIL. Lei 13.709/18.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 666.487/RS. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Voto unânime. Julgado em 16/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.334.907/RJ. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Voto unânime. Julgado em 28/05/2013. DJe 10/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 547.465/RJ. Relatora Ministra Laurita Vaz. Voto unânime. Julgado em 22/09/2020. DJe: 06/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 452.570. Relator Ministro Saldanha Palheiro. Voto unânime. Julgado em 02/02/2021. DJe: 10/02/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 567.164/SP. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Voto unânime. Julgado em 13/10/2020. DJe: 19/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ. Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Voto por maioria. Julgado em 11/02/21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.818/SC. Maioria de votos. Pleno. Relator Ministro Roberto Barroso. Sessão virtual 07/08/2020 a 17/08/2020.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.2, n.3, jul./set. 2013.

CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro/Salo de Carvalho. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. Coordenadores. Código de processo penal comentado. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. Edição Kindle.

GOMES, José Geraldo. A perpetuação indevida dos antecedentes criminais: uma violação à dignidade do acusado. 2020. Editora Dialética, 2020. edição do Kindle.

KAFKA, Franz. O processo. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 185 (apud Branco, Sérgio. Memória e esquecimento na internet (Pautas em Direito). Porto Alegre: Arquipélago Editorial. 2017 Edição Kindle.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Edição Kindle.

MAGALHÃES MARTINS, Guilherme. ROZATTI LONGHI, João Victor. Coordenadores. Direito digital: direito privado e internet. Indaiatuba: Editora Foco. 2021. Edição do Kindle.

NEGREIROS, Guilherme de. REINALDO, Diógenes. Obstáculos à identificação criminal através de coleta

compulsória de material genético. In Pacote anticrime: temas relevantes. Coordenadores Walter Nunes da Silva Júnior e Olavo Hamilton. Natal: Owl – Editora Jurídica. 2021. Edição Kindle. Págs. 149/150.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral. 6ª Edição rev. atual. e refor. São Paulo: Atlas. 2020. Edição Kindle.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. São Paulo: Atlas. 2021. Edição Kindle.

SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. In Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 7, Jan/Mar 2016.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento. in Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. - 2. ed. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. Edição Kindle.

SOUZA, Carlos Affonso. Dez dilemas sobre o chamado Direito ao Esquecimento. Disponível em <https://itsrio.org/pt/publicacoes/dez-dilemas-sobre-o-chamado-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em dezembro de 2021.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito ao esquecimento e liberdade de expressão: como compatibilizar os interesses em jogo? Resenha à obra “Memória e esquecimento na internet”, de Sérgio Branco. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.6, n.2. 2017.

VAINZOF, Rony. Capítulo I Disposições Preliminares. In LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada. Coordenadores NOBREGA MALDONADO, Viviane e BLUM, Renato Opice. São Paulo: Thompson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda. 2019.



## PARECERES

### Indicação 088/2021

Relatores: **Dr. Alexandre Dumans e Dr. Caio Dumans**

Ementa: Parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 5/21 altera a composição do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mantido o total de 14 vagas atualmente existente.

Desde que foi apresentada no início do ano, a Proposta de Emenda Constitucional 5/21 - que altera o art. 130-A da CF para modificar a composição do Conselho Nacional do Ministério Público - vem dividindo o Congresso (e a opinião pública) em duas frentes antagônicas. De um lado, aqueles que acreditam que a iniciativa congressual irá contribuir para aprimorar o funcionamento do órgão de controle da instituição; do outro, aqueles que enxergam nela uma tentativa indevida de ingerência política no *Parquet*.

Nesse embate renhido, simpatizantes e opositores da PEC esgrimam os mais variados argumentos, fundados, ora no princípio da autonomia e da independência funcional do MP, ora no princípio republicano que recomenda a maior participação do Parlamento nos órgãos governamentais. De qualquer forma, em 20 de outubro de 2021, o texto do Substitutivo da PEC 5/21 foi reprovado no Plenário da Câmara dos Deputados, pela estreita diferença de onze votos.

Entretanto, vale ressaltar que a rejeição do Substitutivo não encerra a disputa parlamentar sobre o assunto, pois a PEC 5/21, na sua formulação original, ou mesmo aditada com novo Substitutivo, ainda deve voltar a ser objeto de escrutínio por parte do Congresso, de vez que a proposta lançou luz sobre uma questão maior: a necessidade de se rever os limites éticos da atuação ministerial. Nesse sentido, parece oportuno lembrar que a elaboração de um código de ética para o Ministério Público só veio a ser cogitada após a abertura dos debates em torno da PEC 5/21. Conforme consta na sua justificativa, o novo recorte da composição do CNMP torna-se necessário porque:

“O tempo revelou a existência de algumas deficiências na estrutura do CNMP, bem como a necessidade de se esclarecer certos aspectos de seu funcionamento. Tais alterações visam também assegurar que o CNMP consiga ampliar a eficácia de sua atuação e, com isso, eliminar certa sensação de corporativismo e de impunidade em relação aos membros do Ministério Público que mereçam sofrer sanções administrativas por desvios de conduta.”

Para tanto, o Deputado Paulo Teixeira e os demais subscritores da iniciativa congressional sugeriram quatro mudanças para o art. 130-A da CRFB, quais sejam:

- a) Manutenção do total de catorze cadeiras no CNMP, mas apenas três das quatro vagas atualmente previstas para os membros do Ministério Público da União serão mantidas, excluindo-se o Ministério Público do Distrito Federal, o qual passará a disputar os três assentos ora reservados aos membros do Ministério Público dos Estados;
- b) Autorização expressa para indicação de Ministros dos Tribunais Superiores para as duas vagas destinadas a juízes no Conselho;
- c) Indicação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal de mais um representante na vaga a ser preenchida em regime de alternância, dentre os membros do Ministério Público;
- d) Eliminação da exigência de que o Corregedor Nacional do Ministério Público seja escolhido dentre os membros do *Parquet*.

Como se nota, as modificações mais significativas, que aliás foram o foco dos embates, referem-se à possibilidade de o Corregedor Nacional do Ministério Público ser eleito a partir de membros de fora dos quadros da instituição, bem como ao fato de que a proposta acaba com a vantagem do Ministério Público de indicar a maioria dos integrantes do Conselho. Discute-se, portanto, a quebra da primazia do MP na composição de seu Conselho Nacional.

Para que se possa compreender as consequências de um Ministério Público autorregulado, é importante levar em conta seu papel dentro do sistema de controle social.

A Constituição de 1988 confiou demasiados poderes ao Ministério Público, ampliando suas atribuições e assegurando-lhe ampla autonomia para cuidar da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis”, sem prejuízo de sua original

e precípua função de promover a persecução penal. No desempenho de tão hercúlea missão, a força centrípete do Ministério Público acabou transbordando para os lados, fazendo com que seus membros assumissem prerrogativas outrora exclusivas da Polícia e do Judiciário. Apenas para que se ilustre, atualmente o MP pode iniciar e presidir procedimentos de investigação criminal (PICs)<sup>1</sup>, extinguir sanções administrativas e reduzir multas através de acordos de leniência, bem como promover o perdão judicial e a redução de penas privativas de liberdade por meio de acordos de colaboração premiada.

Com tantos poderes e sem qualquer controle externo, muitos membros do Ministério Público se comportam hoje como grandes senhores da ação penal e sócios controladores do inquérito policial, distribuindo à flux e a esmo o estigma infamante que acompanha toda e qualquer acusação. A pretexto de fazer valer o *in dubio pro societate* e sem regras éticas para balizar suas condutas, seus membros selecionam livremente os alvos que pretendem atingir a partir de um escopo tão abrangente que é possível afirmar que ninguém está livre da batuta ministerial. O farol da moralidade se estende até mesmo sobre os recantos mais recônditos da nossa sociedade. Mas como diria Juvenal: “*Quis custodiet ipsos custodes*” (Quem vigia os vigilantes)?<sup>2</sup>

Tamanha projeção, decerto, faz da instituição uma espécie de “instância de execução independente”, para usar a expressão do Professor Peter-Alexis, que assim melhor a define:

“No processo de criminalização, o Ministério Público (MP) forma, depois das instâncias de controle informal e formal fora do sistema de Direito Penal, assim como da Polícia, a terceira instância no quadro do processo seletivo de criminalização. É a instância de entrada da Justiça penal, na qual são realizadas importantes mudanças de rumo para o ulterior curso do processo. Com isso, situa-se entre Polícia e Juízo.

(*Omissis*)

Este deslocamento de funções no âmbito da práxis do Ministério Público, que diz respeito à relação do

<sup>1</sup> O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do poder investigatório do Ministério Público (STF, HC nº 91.661/PE, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 10.3.2009).

<sup>2</sup> Juvenal, *Sátira VI*, linhas 347-348.



Ministério Público e Polícia, por um lado, assim como do Ministério Público e Juízo, por outro lado, conduziu à evolução do Ministério Público para uma **instância de execução independente**.<sup>3</sup>

Ciente disso, não se ignora a possibilidade de o Ministério Público - assim como ocorre com qualquer outra agência estatal - exercer suas funções constitucionais segundo seus interesses institucionais ou motivações pessoais de seus membros. Afinal, como bem asseguram Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, “todo poder corrompe”. Por que no Ministério Público a dinâmica seria diferente?

Aliás, diga-se de passagem, a posição privilegiada do Ministério Público, apetrechado com arsenal de grosso calibre (poder de requisitar instauração de inquérito policial, de requerer aplicação de medidas cautelares, de oferecer denúncia, de recorrer das decisões judiciais etc.), faz com que suas funções se emprestem como palanque gratuito para o lançamento de carreiras políticas. Nada contra essa espécie de alavancagem, mas parece bastante oportuna a observação do relator Otávio Luiz Rodrigues Jr., no procedimento administrativo disciplinar, no âmbito do CNMP, que culminou com a condenação do procurador Deltan Dallagnol por conta dos tuítes de cunho político contra o senador Renan Calheiros, quando assim assevera o Conselheiro: “Reduzir esse caso a um debate sobre liberdade de expressão é ignorar os imensos riscos à democracia quando se abrem as portas para agentes não eleitos, vitalícios e inamovíveis disputarem espaços, narrativas e o poder com agentes eleitos (FSP 12 de setembro de 2010).

Ademais, o agigantamento do Ministério Público, especialmente quando associado a um serviço de comunicação, produz o surgimento de um poder maior que os poderes constituídos pelo legislador ordinário. Tamanha potestade subverte a clássica tripartição de poderes, por ação e obra de uma espécie de intruso fantasiado de patrulheiro nacional.

Os Poderes da República não podem ser repartidos além do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, que já enfrentam dificuldades em definir com clareza suas respectivas competências, chegando um, vez por outra, a invadir a área do outro. Um “quarto poder” - algo

<sup>3</sup> Albrecht, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*; tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba. ICPC. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010. pág. 299.

semelhante aos ministérios orwellianos, responsáveis pela “paz”, pelo “amor” e pela “verdade” do Partido do Grande Irmão<sup>4</sup> - somente conturba o ambiente político, mascarando a face da República com a impressão da existência de uma Ouvidora-Geral, com capacidade para dar conta de toda e qualquer demanda da sociedade.

Mas os riscos da atuação política não se encerram na exacerbação de um poder sem qualquer controle externo. Do ponto de vista da crítica dos sistemas processuais, a desvinculação do poder Executivo que o Ministério Público assume a partir do fortalecimento da instituição para a defesa constitucional da cidadania, se torna incompatível com o sistema acusatório: quando o Ministério Público extrapola suas funções, não há processo de partes e se desintegra o devido processo legal, que sustenta o sistema acusatório. Ensina o Professor Jacinto Coutinho que, para conter as sanhas inquisitórias, “para se colocar o juiz no seu devido – e constitucional – lugar, foi necessário *mettere il pubblico ministero al suo posto*; ou quase”.<sup>5</sup>

Ainda, do ponto de vista da própria crítica criminológica, é necessário lembrar que essa atuação política por parte da instituição responsável, justamente, pela acusação e promoção da justiça penal, reforça uma mentalidade punitiva na sociedade. O agigantamento do poder punitivo, no entanto, é sempre termômetro do grau de desintegração de uma Democracia – não poderia uma instituição republicana contribuir para tanto.

É evidente que dentro de um Estado Democrático de Direito, pautado pelo ideal republicano, nenhuma agência, instituição ou poder pode prescindir de controle externo. Temer esse controle é admitir a existência de inconfessáveis segredos. É imperioso, portanto, repensar os mecanismos que refreiam a atividade ministerial, para que o *Parquet* não se converta em uma instituição político-partidária.

Na medida em que o Conselho Nacional encarregado de fiscalizar o Ministério Público é constituído majoritariamente por seus próprios membros o risco de um deletério corporativismo é concreto. Em tais circunstâncias, a indulgência se reverte em condescendência e

<sup>4</sup> Orwell, George. 1984.

<sup>5</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 101.

nenhum controle externo é de fato exercido, propiciando o surgimento de uma espécie de “super-herói”, com licença para matar moral e socialmente qualquer um, em qualquer tempo, por qualquer razão ou até mesmo sem ela. Tudo isso, sem qualquer responsabilidade, sem a chamada *accountability*.

Pelas razões expostas, parece de bom tom reconhecer o mérito da iniciativa congressional que apontou a importância de se repensar a forma de controle externo do Ministério Público. Qualquer tentativa de empanar a PEC 5/21 denota uma movimentação antidemocrática e antirrepublicana. A possibilidade de nomeação de um Corregedor-Geral externo e o tímido aumento de representatividade popular dentro do CNMP não compromete a autonomia da instituição, nem interfere na atuação funcional de seus membros.

A propósito, é curioso que os opositores da medida legislativa tenham lhe atribuído a alcunha de “PEC da Vingança”, como se ela fosse instrumento de retaliação por parte de um Legislativo rancoroso em face das turbulências geradas pela Lava-Jato.

A PEC 5/21 não é obra de políticos revanchistas empenhados em restringir a atuação daqueles que combatem a corrupção. Esse raciocínio dicotômico e simplista busca, em vão, insinuar que a Proposta constitui uma ingerência indevida no Ministério Público, quando, na verdade, ela representa um expediente parlamentar legítimo e democrático, destinado a promover um melhor funcionamento da instituição.

Por fim, em face da provisória perda de seu objeto - de vez que a PEC 5/21 já foi rejeitada -, mas na certeza de que em breve o tema retornará à liça com maior pujança, presta-se o presente parecer para recomendar a adoção por este IAB dos ideais que inspiraram a iniciativa parlamentar.

Este é o parecer.

Rio de Janeiro, 4 de novembro de 2021

Alexandre Dumans

Caio Dumans

## INDICAÇÃO EM REGIME DE URGÊNCIA Nº 013/2022

Autor da Indicação: **Marcio Barandier**

Relatora: **Marcia Dinis**

Ementa: Parecer sobre o Tema nº 788 de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal que trata do termo inicial para contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da sentença penal condenatória.

### 1. Introdução

O Tema nº 788, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 848.107/DF, versa sobre o termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado e possível inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do artigo 112, inciso I, do Código Penal.

O cerne da questão é a aferição se a norma do artigo 112, inciso I, do Código Penal, cuja redação foi dada pela Lei nº 7.209/1984, teria sido inteiramente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, à luz de seu artigo 5º, incisos II e LVII.

Sustenta a Procuradoria-Geral da República no referido recurso que, como o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento das ADCs nºs 43, 44 e 54, entende ser impossível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o marco para o início da contagem da prescrição executória deveria ser o trânsito em julgado para acusação e defesa, e não apenas, como previsto no artigo 112, inciso I, do Código Penal, para a acusação.

O Relator do recurso, Ministro Dias Toffoli, em seu voto, apresentou a seguinte tese de repercussão geral:

“O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada **somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes**, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da presunção de

inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54.”

O artigo 112, inciso I, do Código Penal, foi instituído pela Lei nº 7.209/84 e dispõe, em termos literais, que a prescrição da pretensão executória começa a correr “do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação”.

A Exposição de Motivos subscrita pelo então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel<sup>1</sup> dispôs que o trânsito em julgado para a acusação como termo inicial de contagem do lapso prescricional executório foi uma opção expressa do legislador:

“99. Estatui o artigo 110 que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a prescrição regula-se pela pena aplicada, verificando-se nos prazos fixados no artigo 109, os quais são aumentado de um terço, se o condenado é reincidente. O § 1º dispõe que a prescrição se regula pela pena aplicada, se transitada em julgado a sentença para a acusação ou improvido o recurso deste. Ainda que a norma pareça desnecessária, preferiu-se explicitá-la no texto, para dirimir de vez a dúvida alusiva à prescrição pela pena aplicada, não obstante o recurso da acusação, se este não foi provido. **A ausência de tal norma tem estimulado a interposição de recursos destinados a evitar tão-somente a prescrição. Manteve-se, por outro lado, a regra segundo a qual, transitada em julgado a sentença para a acusação, haja ou não recurso da defesa, a prescrição se regula pela pena concretizada na sentença.**”<sup>2</sup>

A acertada opção legislativa é facilmente explicável.

A regra permite ao réu o uso das faculdades recursais que a lei adjetiva lhe garante, sem que o exercício do direito fundamental<sup>3</sup> à ampla defesa lhe acarrete qualquer prejuízo.

A *ratio* dos artigos que disciplinam o instituto não tem relação com a necessidade de assegurar o *jus puniendi* do Estado e nem se restringe ao resguardo do indivíduo face a eventual inércia do aparato punitivo, mas se associa intrinsecamente à salvaguarda dos princípios do devido

processo legal, do contraditório, da duração razoável do processo e da ampla defesa, por meio da proteção do direito ao recurso do réu.

Diversas são as razões pelas quais a tese central em julgamento no Tema nº 788 deve ser rejeitada, não havendo que se falar em não recepção da norma do artigo 112, inciso I, do Código Penal, pela Constituição da República de 1988.

## 2. Contexto: artigo 112, inciso I, CP; processo legislativo e *mens legis*; separação de poderes; controle pela via legislativa

Um dos fundamentos apresentados no voto do relator foi a suposta necessidade de compatibilização da norma insculpida no artigo 112, inciso I, do Código Penal com o entendimento estabelecido nas ADCs nºs 43, 44 e 54.

No entanto, à época da aprovação legislativa do dispositivo em comento, o ordenamento jurídico brasileiro já condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado. A Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), elaborada e aprovada concomitantemente à Lei nº 7.209/84, impôs o trânsito em julgado para que fossem executadas as penas restritivas de direitos e privativas de liberdade.

Tanto o Código Penal como a Lei de Execução Penal foram concebidas já sob a premissa da necessidade do trânsito em julgado para o início da execução, demonstrando a escolha consciente e legítima do legislador infraconstitucional.

Ademais, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, as normas de prescrição previstas no Código Penal foram alteradas por três leis distintas (Leis nºs 9.268/96, 12.234/2010 e 12.650/12).

Nenhuma dessas leis modificou o texto do artigo 112, inciso I, o que evidencia que a redação do dispositivo continua sendo uma opção consciente do legislador, assim como o fora em 1984, quando não vinculou o instituto à caracterização da inércia do Estado, mas à garantia dos direitos constitucionais do jurisdicionado.

Este também é o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela data do trânsito em julgado para a Acusação como termo inicial da prescrição da pretensão executória, visto que interpreta-

<sup>1</sup> Exposição de Motivos nº 211.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>

<sup>3</sup> JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. Manual de Direito Penal: parte geral. 7 ed. Saraiva Educação, 2021 *apud* manifestação da D. Defensoria Pública da União.

ção diversa contraria o texto legal em prejuízo do réu, ressaltando que a pretensão de “corrigir” o texto do artigo 112, inciso I, do Código Penal ofende o princípio da separação de poderes:

“(…) Prescrição da Pretensão Executória. Termo Inicial. Art. 112, I, do CP. Trânsito em Julgado para a Acusação. Inconstitucionalidade. Ausência. Estado Democrático de Direito. Separação de Poderes. Precedente Vinculante do STF. Inexistência. Extinção da Punibilidade. (...)”

**1. Segundo o art. 112, I, do CP, a prescrição da pretensão executória começa a correr “do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação (...)”, regra clara, que não deixa espaço para interpretação diferente. 2. A previsão legal do termo inicial do prazo de prescrição da pretensão executória, estabelecida no art. 112, I, do CP, não apresenta inconstitucionalidade, tratando-se de legítima opção do legislador infraconstitucional, que pede prestígio ao Estado Democrático de Direito à Separação de Poderes. (...)”**

(STJ, AgRg no AgInt no AREsp 430.131/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09/12/2020, DJe 18/12/2020) (Grifamos)

O princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição da República, que lhe conferiu *status* de cláusula pétrea (artigo 60, §4º, inciso III, CRFB/88), determina a tripartição das funções do Estado entre os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Promover uma alteração contrária à literalidade do texto legal pela via do Poder Judiciário - a quem segundo tripartição constitucional dos Poderes compete a função contramajoritária de interpretação das normas à luz da Constituição da República - constitui uma ofensa à separação dos poderes.

Os mecanismos de controle do Poder Judiciário não podem discricionariamente ultrapassar os limites intrínsecos à independência e harmonia entre os poderes que a Constituição Federal estabelece, especialmente a título de um autoproclamado combate à impunidade e da pretensão de se fazer políticas públicas.

A escolha do trânsito em julgado para a acusação como termo inicial do prazo prescricional para execução da pena foi opção legítima e consciente do legislador infra-

constitucional que, em reiteradas oportunidades desde a data de início de vigência do dispositivo e até a recente aprovação da Lei nº 13.964/19 (denominado pacote anticrime), deixou de propor alterações em seu teor, motivo pelo qual deve ser respeitada e aplicada a interpretação literal do artigo 112, inciso I, do Código Penal.

Qualquer alteração em contrariedade à literalidade do texto deveria ser promovida pela via Legislativa, dotada da legitimidade democrática derivada do poder do voto para fazê-lo.

### **3. Compatibilidade da literalidade do dispositivo com a Constituição da República: presunção de inocência; devido processo legal; legalidade estrita**

O pretense reconhecimento da inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do artigo 112, inciso I, do Código Penal, para supostamente adequá-lo à inteligência do artigo 5º, incisos II e LVII, contraria os princípios constitucionais da separação de poderes, a presunção de inocência e seus consectários lógicos, como o devido processo legal e a ampla defesa.

No Estado de Direito estabelecido pela Constituição da República, os instrumentos que restringem o exercício da força estatal devem ser observados como condição de legitimidade do *jus puniendi*.

A presunção de inocência é uma garantia política, além de uma regra probatória e de tratamento, que visa salvaguardar o jurisdicionado contra a indevida aplicação do poder punitivo. Conforme reconhecido pelo próprio STF, trata-se de “*um escudo contra a punição prematura*”, justamente a proteger o réu da pena injustamente imposta.

A regra da presunção de inocência tem como pressuposto justamente a proteção do acusado em face das possibilidades de arbítrio estatal. Como bem ensina a professora e Desembargadora Federal Simone Schreiber, “*a fixação do conteúdo da norma que consagra a presunção de inocência reflete uma tomada de posição sobre os fins que devem pautar a atividade do Estado no âmbito da persecução penal*”, consagrando “*um sistema punitivo em que a regra é a prevalência*

<sup>4</sup> STF, AP 676, 1ªT, Rel. Min. Rosa Weber, 17/10/2017, DJe 06/02/2018

da liberdade sobre a atividade repressiva estatal”<sup>5</sup>, ou seja, um modelo processual centrado nas garantias do acusado.

Como seria possível defender que o exercício de um direito fundamental do réu tenha como consequência a perda de outro, gerando indiretamente um aumento do poder punitivo? A impossibilidade de execução da pena não decorre apenas do manejo de recursos defensivos (todos sujeitos a exíguos prazos de interposição) e tampouco da amplitude da presunção de inocência, mas da notória morosidade do Poder Judiciário assoberbado com um alto número de demandas.

Não há necessidade de adequar o artigo 112, inciso I, do Código Penal à presunção de inocência, pois é exatamente isso que sua literalidade visa proteger. Qualquer interpretação diversa à sua literalidade implicaria alargamento do poder de punir do Estado em contrariedade ao texto legal e em prejuízo dos acusados.

Nas palavras do professor Geraldo Prado, “o estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio”<sup>6</sup>. Assim, “as garantias do processo penal são garantias materiais dos direitos fundamentais”<sup>7</sup>, não havendo que se falar em conformidade com a Constituição da República em qualquer situação de inovação interpretativa de normas penais *in malam partem*.

A conformidade ao princípio da legalidade, “chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”, “base estrutural do próprio estado de direito” e “pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica”<sup>8</sup>, também restringe a atuação estatal às hipóteses previstas em lei e impõe o necessário respeito à *lex stricta* do dispositivo.

Segundo Paulo Bonavides<sup>9</sup>, “o princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos

governantes”. Significa dizer que o princípio da legalidade garante que nenhum indivíduo pode sofrer intervenção do poder punitivo do Estado senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas.

O próprio fundamento de existência do direito penal e, por conseguinte, das normas sobre prescrição, é estabelecer limites ao poder de punir, sendo perfeitamente legítimo que o legislador adote a opção política de iniciar a contagem da prescrição executória a partir do trânsito em julgado para a acusação.

Essa é, repise-se, uma decisão política soberana do legislador, acerca da qual a Constituição da República não confere ao Poder Judiciário a competência para exercer qualquer juízo.

#### 4. Inadequação do argumento da isonomia processual e paridade de armas: ausência de lesão ao *jus puniendi*; direito de defesa; processo penal como punição

A Procuradoria-Geral da República busca readequar a interpretação da norma em comento sob os supostos fundamentos da paridade de armas e isonomia processual entre acusação e defesa. Entretanto, a paridade de armas é um princípio processual, não penal.

Normas sobre prescrição, por outro lado, pertencem ao ramo do direito penal material por excelência e estão sujeitas a regime principiológico absolutamente distinto. Por exemplo, ao passo que a interpretação extensiva das normas processuais é algo perfeitamente natural, a proibição de tal prática em desfavor do réu, em âmbito penal material, é questão basilar.

Normas processuais estão sujeitas ao princípio *tempus regit actum*, positivado no artigo 2º do Código de Processo Penal; a norma penal material, por outro lado, retroage e alcança até mesmo feitos transitados em julgado, caso benéfica ao réu. Não há, portanto, como falar em interpretação das normas penais materiais sob a égide de princípios tipicamente processuais.

Não obstante, ressalta-se que assumir um compromisso com a paridade de armas e com a isonomia processual significa “assegurar que ambas as partes em conflito gozem dos mesmos meios de ataque e de defesa e da igualdade de armas para fazer valer suas alegações e meios de prova”<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7198>. Acesso em: 11 abr. 2022.

<sup>6</sup> PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2019. p. 42/43.

<sup>7</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>8</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017, pp. 65/67

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 112.

<sup>10</sup> MORENO, Faustino Cordón. Las garantías constitucionales del pro-

No contexto processual penal, significa que acusação e defesa tenham as mesmas oportunidades e possibilidades de trazer ao Juízo hipóteses sobre o fato apurado (sendo relevante ressaltar, em regra, a hipossuficiência da defesa em face dos recursos da Acusação no cenário do sistema de justiça criminal brasileiro), o que muito difere da ideia de assegurar o *direito* de punir ao órgão acusatório.

A função principal do processo não é a aplicação da pena, mas a preservação dos direitos do réu em face do exercício do poder punitivo do Estado. O processo é obstáculo necessário à aplicação da pena, capaz de dotá-la de legitimidade. Para Eugenio Pacelli, “*que o Estado deve mesmo buscar um modo de evitar a prescrição dos delitos não se questiona; mas o que não pode ser aceito sob hipótese alguma é a subversão das regras do jogo*”<sup>11</sup>.

Faz parte das regras do jogo que a Defesa do acusado tenha a possibilidade de recorrer das decisões que entender injustas, exercendo a ampla defesa dentro das balizas do devido processo legal, sem que disso decorra qualquer ônus – inclusive, o ônus de ver postergado o início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória quando já estabelecido o teto da pena pelo trânsito em julgado para a Acusação.

Se a Constituição da República garante a ampla defesa com todos os meios a ela inerentes, censurar o acusado pelo exercício do direito à ampla defesa por meio da pretensão recursal, tratando-o como intencional causador da prescrição penal e restringindo a incidência da prescrição nesta hipótese afronta justamente a regra da presunção de inocência, da ampla defesa e os corolários delas decorrentes.

De igual forma, não há que se falar em lesão ao *jus puniendi*, visto que a expressão do poder sancionador do Estado não se concretiza apenas com a execução da pena, mas pela submissão do acusado ao próprio processo penal.

Dispensável discorrer sobre os princípios e garantias assegurados pelos limites temporais impostos ao Estado para o exercício de seu poder de processar e punir. Submeter-se às agruras de um processo penal, por si só, é

uma penalidade dura e deixa sequelas irreparáveis.

O processo criminal é uma pena *per se*, razão pela qual não se pode admitir que sua tramitação ou sua execução demore mais do que o tempo necessário, ofendendo a própria garantia à duração razoável do processo. Na lição de Aury Lopes Jr.:

“a questão da dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia. É inegável que a submissão ao processo penal autoriza a ingerência estatal sobre toda uma série de direitos fundamentais, para além da liberdade de locomoção, pois autoriza restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade das comunicações, a inviolabilidade do domicílio e da própria dignidade do réu. O caráter punitivo está calcado no tempo de submissão ao constrangimento estatal, e não apenas na questão espacial de estar intramuros”<sup>12</sup>.

A prescrição penal, hipótese de extinção da punibilidade prevista no artigo 107 do Código Penal, impede o Estado tão somente à medida que define prazos para o seu exercício a fim de impedir a demora injustificada na tramitação de processos por inoperância própria.

Decorrido o prazo estabelecido em Lei, a prescrição impõe que o Estado perca o seu direito de punir porque, em verdade, já o exerceu por meio da submissão do réu a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia que enfrentar um processo penal traz. Se o prazo prescricional fluíu sem interrupções, significa que o autor não reincidiu, e, em última medida, foi ressocializado.

## 5. A falsa ameaça da impunidade, direito à segurança e direito das vítimas

O aparente apelo da nova interpretação que o Ministério Público pleiteia ao artigo 112, inciso I, do Código Penal fundamenta-se na promessa de *eficácia* do sistema e do combate à impunidade, em homenagem ao suposto *direito fundamental* da sociedade à segurança e às *legítimas expectativas das vítimas* (cf. parecer da PGR).

O primeiro ponto a ser ressaltado é que a proposta interpretativa é específica para a pretensão da pretensão executória, não abarcando a prescrição da pretensão punitiva.

cesso penal. 2. Ed., Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, pp. 145/146, *apud* VIEIRA, Renato Stanzola, Idem.

<sup>11</sup> PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 294.

<sup>12</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, 15ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pg. 76/77.

Tal observação é relevante, porque as premissas invocadas pela Procuradoria, ainda que digam pouco sobre prescrição, aduzem essencialmente a razões de política criminal que poderiam inclusive ser utilizadas como argumentos para restringir também a prescrição da pretensão punitiva.

Em seguida, cumpre questionar se os direitos elencados estão, efetivamente, sendo afetados pela atual redação do artigo em comento. Isso porque a disposição de sacrificar a interpretação literal do dispositivo, a qual, como visto, resguarda garantias fundamentais como a presunção de inocência e o direito à ampla defesa, a serviço de suposta *eficácia* da persecução criminal, parece em vão.

Diante de um conflito entre interpretações que visam a proteção de direitos fundamentais, necessário que seja feito um esforço de ponderação. Em contraposição à *eficácia* do sistema de justiça, ao *direito fundamental à segurança* e às *legítimas expectativas das vítimas* (frisa-se, todos aspectos cuja alegada relação com a interpretação literal do artigo 112, inciso I, do Código Penal é presumida para fins argumentativos) põe-se na balança princípios basilares constitucionais, como a segurança jurídica, o respeito à separação entre os poderes, a legalidade estrita e o devido processo legal.

Nesse contexto, algumas questões se colocam: a uma, se a demanda pela salvaguarda de direito fundamental é suficiente para fundamentar o acionamento do aparato penal estatal sem que haja previsão constitucional neste sentido; a duas, o critério a ser utilizado na ponderação, quando o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos ao enumerar os critérios interpretativos, prevê o princípio *pro persona*, a partir do qual a interpretação dos direitos humanos deve ser sempre aquela mais favorável ao indivíduo, independentemente da matriz ou fonte normativa.

Como conclui Pierpaolo Cruz Bottini “a redução da impunidade não está atrelada ao enfraquecimento das garantias constitucionais. Ela passa pela racionalização do processo penal, pelo desenvolvimento de sistemas de inteligência policial, pelo cuidado das autoridades em evitar nulidades que atrasam a persecução. Existem várias formas de conferir eficiência ao sistema penal sem abrir mão dos preceitos e garantias construídos pelo tempo, que

*protegem o cidadão contra o arbítrio, contra o mau uso do ius puniendi*”<sup>13</sup>.

## 6. Necessária preocupação com as consequências da novel interpretação pleiteada. Aumento do contingente carcerário

A mazela do hiperencarceramento agrava-se cada vez mais no Brasil. A população prisional brasileira experimentou incremento em 270% da população carcerária brasileira nos últimos quatorze anos<sup>14</sup>. Segundo dados do Monitor da Violência, os mais recentes em âmbito nacional, de junho de 2021, aproximadamente 682 mil<sup>15</sup> pessoas encontravam-se encarceradas e quando somadas aquelas em regime aberto ou carceragens (58,5 mil e 5 mil, respectivamente), o número chega a 746,8 mil pessoas. Já os dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão em fevereiro de 2020 reportavam a existência de 862.292 presas no mesmo período. Em 2018, ainda, havia 143 mil mandados de prisão em aberto<sup>16</sup>.

O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário em 2016<sup>17</sup>, diante de relatórios do Conselho Nacional de Justiça e Departamento Penitenciário Nacional, que atestavam a tortura estrutural no cotidiano dos estabelecimentos prisionais, com racionamento de água, in-

<sup>13</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *In Consultor Jurídico: Deixem em paz o princípio da presunção de inocência*, 2013.

<sup>14</sup> População carcerária brasileira cresceu 270% nos últimos catorze anos. Justificado. Disponível em <http://www.justificando.com/2016/04/26/populacao-carceraria-brasileira-cresceu-270-nos-ultimos-catorze-anos/>

<sup>15</sup> <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>

<sup>16</sup> <https://oglobo.globo.com/brasil/cnj-revela-que-pais-tem-143-mil-mandados-de-prisao-em-aberto-22816955>

<sup>17</sup> Nas palavras do voto condutor, “(i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário”. (STF, ADPF nº 374, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 09/09/2015, Dje 19/02/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>

salubridade oriunda da superlotação, ausência de fornecimento de itens de higiene e limpeza, vestimentas e camas, má iluminação e ventilação, não oferecimento de água potável, refeições de qualidade questionável e por vezes insuficiente – estas são apenas algumas das mazelas enfrentadas pelos internos<sup>18</sup>.

As violações recorrentes aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro já foram diversas vezes reconhecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>19</sup>.

Uma decorrência da adoção de um entendimento restritivo das hipóteses de incidência da prescrição seria o aumento da população carcerária. Em um cenário no qual o estado de coisas inconstitucional já foi reconhecido pela Suprema Corte, qualquer proposta cuja consequência seja um relevante aumento na população carcerária deve ter como contrapartida uma motivação embasada em dados de política criminal que justifiquem o agravamento da violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais. Certamente não é o caso, quando o novo entendimento mobiliza conceitos genéricos como a suposta “impunidade” e a “defesa das vítimas, que não têm voz, e dos parentes das vítimas” para justificar a adoção do novo entendimento.

A adoção do entendimento proposto pelo *parquet* somente contribuiria para o agravamento deste lastimável estado de coisas inconstitucional, superlotando ainda mais as penitenciárias brasileiras. Pior ainda, faria isso com base em condenações antigas, cuja realidade fática já se transformou completamente desde a data do crime e que, rigorosamente, já deveriam estar prescritas. Ressalte-se que estamos falando, nesta hipótese, de indivíduos que não cometeram outros delitos; caso o tivessem, a prescrição seria interrompida por força do artigo 117, inciso VI<sup>20</sup> do Código Penal.

<sup>18</sup> As informações constam em diversos relatórios e na própria decisão citada de forma indireta.

<sup>19</sup> A Corte inclusive deferiu diversas medidas provisionais, sabidamente cabíveis para casos excepcionais graves, urgentes, cujo risco de dano seja irreparável, como o foi nos casos da Penitenciária Urso Branco (entre 2002 e 2011), Penitenciária de Araraquara (2006-2008), Curado (2014) e Pedrinhas (2014), e mais recentemente, o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (2016). Neste último precedente, a superlotação e as violações massivas de Direitos Humanos eram tão graves que a Comissão determinou que a pena fosse computada em dobro aos detentos submetidos àquelas condições.

<sup>20</sup> Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

Qual o ganho para eficácia ou para a credibilidade da Justiça, ou ainda para o combate à “impunidade”, em lotarem-se as prisões brasileiras com condenações antigas? Ao revés, a punição tardia só serviria para descredibilizar ainda mais a Justiça, expondo a sua morosidade por inoperância do aparato estatal.

A realidade do sistema penitenciário nacional e do sistema de justiça criminal, ao revés, clama com urgência por uma política desencarceradora, que necessariamente deve passar pela construção de uma perspectiva que onde se permita prescindir da prisão, e na qual essa prescindibilidade não seja equivocadamente interpretada como suposta lesão ao *jus puniendi*, eis que a expressão do poder sancionador do Estado não se concretiza apenas com a execução da pena, mas se evidencia pela submissão do indivíduo a constrangimento por atividade estatal que se inicia ainda na fase de investigação.

### **7. Incompatibilidade com outro entendimento do STF: prescrição intercorrente que se encerra após inadmissão de recursos excepcionais; possibilidade de estabelecimento de hiato processual sem qualquer contagem de prescrição**

Um problema de ordem prática gerada pelo hipotético acolhimento da tese defendida pelo Ministro Dias Toffoli em seu voto sobre o Tema nº 788 seria sua flagrante incongruência com o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal sobre o termo final de contagem da prescrição da pretensão punitiva intercorrente.

Entende a Corte Constitucional que, caso inadmitidos os recursos excepcionais interpostos contra decisões definitivas dos Tribunais de segundo grau, o marco do trânsito em julgado retroage à data da inadmissão na origem.

É o que bem explica o excerto a seguir, extraído do voto condutor do acórdão do HC nº 86.125/SP, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

“2. Não custa lembrar, a propósito do tema em discussão, que o trânsito em julgado da condenação é marco divisório de duas espécies de prescrição. Com o trânsito em julgado termina a fase da

[...] VI - pela reincidência.



pretensão punitiva. E tem início a fase da prescrição executória.

Mas o condenado pode, sim, impedir e obstar a formação da coisa julgada. Basta interpor recursos especial e extraordinário. Indeferidos, porque inadmissíveis, pode o condenado lançar mão dos agravos de instrumento. E até mesmo dos agravos regimentais, caso tenham o seguimento negado. Pode, ainda, manejar embargos de declaração. Porém, não pode ser olvidado que o recurso capaz de impedir a formação da coisa julgada é o recurso admissível. E, se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem a inadmissibilidade, confirmando o que foi decidido no juízo de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento retroagem.”

(STF, HC nº 86.125/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., J. 16.08.2005)

Já o acolhimento da tese proposta pelo Ministro Dias Toffoli em seu voto significaria o início da contagem da prescrição da pretensão punitiva executória apenas a partir do julgamento do último recurso defensivo no Supremo Tribunal Federal.

A incongruência entre os dois entendimentos é flagrante, pois seria criado um enorme hiato (entre a decisão de inadmissão dos apelos excepcionais e o julgamento do hipotético do último agravo regimental) no qual simplesmente não haveria qualquer forma de prazo prescricional correndo.

Sem qualquer previsão legal, a decisão do Supremo Tribunal Federal criaria hipótese de suspensão dos prazos prescricionais, o que, por força do princípio da legalidade, somente o Congresso Nacional pode fazer. Também sob esse aspecto, a decisão violaria flagrantemente o artigo 5º, incisos II, XXXIX e XL, da Constituição Federal.

### **8. Modulação dos efeitos da decisão: segurança jurídica; natureza da norma de direito penal material; impossibilidade de retroatividade em prejuízo do réu**

Ao ensejo das sustentações orais dos representantes das Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e do Estado do Rio de Janeiro na qualidade de *amici curiae*, o Excelentíssimo Relator do ARE nº 848107, Ministro Dias Toffoli, encerrou a Sessão Plenária do dia 24 de março de 2022 chamando a atenção para a possibilida-

de de se modular os efeitos da tese fixada para conferir segurança jurídica aos jurisdicionados.

Ressalvou o Ministro Toffoli que, caso prevaleça o entendimento externado em seu voto, este somente poderia ser adotado para casos futuros e não poderia retroagir às situações em que já incidiu a prescrição até o julgamento final do Tema de Repercussão Geral.

O artigo 112, inciso I do Código Penal está em vigor há quase 38 anos e engendrou uma legítima expectativa aos indivíduos de que suas condutas seriam orientadas pelos prazos ali definidos. Relações jurídicas estabelecidas sob a vigência de determinada interpretação sob ela devem ser reguladas, em respeito à boa-fé do jurisdicionado que depositou sua confiança no sistema judicial.

Uma mudança de entendimento representaria uma violação direta ao princípio da legalidade e uma ruptura hermenêutica que teria por consequência a quebra de confiança na ordem jurídica, apta a afetar diretamente a liberdade de escolha e orientação do indivíduo<sup>21</sup>. Conforme leciona Juarez Cirino dos Santos, “*mudanças da jurisprudência em prejuízo do réu - por exemplo, inversão de posição absolutória para posição condenatória - representam lesão do princípio da confiança nas manifestações dos Tribunais (porque a jurisprudência é a lei do caso concreto), com consequências para a vida real de seres humanos de carne e osso, equivalentes à retroatividade da lei penal em prejuízo do réu, proibida pela Constituição*”.<sup>22</sup> A mudança brusca de interpretação em *malam partem* não pode alcançar fatos pretéritos à alteração do entendimento sobre a norma.

Isto porque a prescrição é norma de direito material<sup>23</sup>, pois diz respeito não ao procedimento que deve ser seguido, mas ao próprio direito de punir do Estado, estando prevista no Código Penal. Portanto, qualquer alteração na interpretação do dispositivo legal em prejuízo do réu deve obedecer ao disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República, que consagra a irretroatividade da lei penal, ou a retroatividade da lei penal mais benéfica.

<sup>21</sup> TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis. Tirant lo Blanch, 2018. Pp. 65/66.

<sup>22</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 54.

<sup>23</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal – Parte geral, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2000 p.672.

Nas palavras dos professores Zaffaroni e Nilo Batista, “o princípio da irretroatividade da lei penal tem caráter constitucional, de modo que a lei deve sempre ser entendida como aplicável somente a fatos que ocorram depois de sua vigência.”<sup>24</sup>

Tanto é assim que a Lei nº 12.234/2010, que modificou as regras da prescrição e eliminou a prescrição retroativa, por se tratar de inovação legislativa prejudicial ao réu, somente é aplicada aos fatos ocorridos após a sua entrada em vigor em 06 de maio de 2010.

A irretroatividade da Lei nº 12.234/2010 inclusive já foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades.<sup>25</sup>

Fernando Capez faz observações sobre as duas alterações *in pejus* promovidas pela norma, ressaltando que ambas não podem ser utilizadas em caso de fato anterior.

*“No art. 109 do CP existe uma tabela na qual cada pena tem seu prazo prescricional correspondente. Ressalve-se que a Lei nº 12.234/2010 promoveu significativa alteração em seu inciso VI, na medida em que o lapso prescricional, no caso de pena inferior a 1 ano, que era de 2 anos, foi aumentado para 3 anos. Desse modo, por se tratar de lei mais gravosa, não poderá retroagir para alcançar os fatos praticados antes de sua entrada em vigor.”<sup>26</sup>*

*“O que foi modificado com a promulgação da Lei n. 12.234/2010? De acordo com a atual redação do art. 110, § 1o, “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”. O § 2o, por sua vez, acabou sendo revogado pelo aludido Diploma Legal.*

(...)

*Nesse contexto, não se operará a prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia ou queixa, isto é, durante a fase do inquérito policial ou da investigação criminal,*

<sup>24</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 212.

<sup>25</sup> AP 891, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 24/02/2021, publicado em 26/04/2021. AP 498, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgado em 18/08/2015, publicado em 10/09/2015. HC 119462, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgado em 03/06/2014, publicado em 23/06/2014. HC 108337, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado em 14/02/2012, publicado em 15/03/2012.

<sup>26</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1, parte geral: arts. 1o a 120. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.016, destacamos.

*em que ocorre a apuração do fato, mas poderá incidir a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima em abstrato.*

*Sobre a aplicação da lei penal no tempo, a norma não retroage, não podendo prejudicar os autores de crimes cometidos antes de sua entrada em vigor (...).<sup>27</sup>*

Dúvida não há: a Lei nº 12.234/2010 entrou em vigor no dia 6 de maio de 2010 e não houve divergência acerca da impossibilidade de sua aplicação a fatos que a antecederam, pois é pacífico que uma norma mais rigorosa em matéria penal não poderá retroagir e incidir sobre fatos pretéritos, que estavam sob a égide de legislação mais benéfica, antes da modificação contrária ao réu, evidentemente aplicando-se aos casos anteriores a lei em *favor rei*.

A legislação que em 2010 modificou em *malam partem* matéria de prescrição, embora tenha sido equivocadamente fundamentada, foi legitimamente elaborada nos moldes do Estado Democrático de Direito e sua aplicação atende ao princípio de não irretroatividade de lei penal contra o réu.

Em se tratando do mesmo tema de direito material, a modificação pleiteada no agravo que suscitou o Tema 788 de Repercussão Geral, caso, *ad absurdum*, seja acolhida pela Corte Constitucional, para dar novel interpretação - e em *malam partem* - ao inciso I, do artigo 112, do Código Penal, deverá necessariamente atender aos mesmos princípios que orientaram a aplicação da Lei nº 12.234/2010 e somente atingir fatos posteriores a publicação do *Decisum*.

A natureza material da norma do artigo 112, inciso I, do Código Penal impõe que os efeitos de eventual inovação interpretativa sejam regulamentados como se referentes à inovação legislativa, pois não se pode estabelecer nova disciplina jurídica *in malam partem* por meio de entendimento jurisprudencial e dar-lhe aplicabilidade imediata.

O professor Nilo Batista espanca definitivamente qualquer dúvida sobre tal assertiva: “A prescrição é uma instituição de direito penal, e pois de ordem pública são as regras a ela

<sup>27</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1, parte geral: arts. 1o a 120. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.031-1.032, destacamos.

referentes. Baseia-se, fundamentalmente, em que o transcurso do tempo faz apagar o interesse estatal na persecução do delito, como ensina Wezel. No mesmo sentido, Antolisei se refere à atenuação do interesse estatal pelo 'delcorso del tempo'. O nosso Hungria dizia que 'o decurso do tempo apaga a lembrança dos fatos como a distância esfuma o relevo das coisas'. Nem é criada para favorecer o réu, nem se funda, como lembrava Von Litsz, em alguma força mítica do tempo. Obedece a considerações práticas sobre aquilo que Soler chama de 'inconveniencia de uma repression muy tardia'. A prescrição significa - é a lição de Petrocelli - uma afirmação do legislador no sentido de que a renúncia à pena, depois de transcorrido certo período de tempo, 'importa em uma vantagem social que supera aquela de sua aplicação'.

Nilo Batista encerra a questão colocando uma pedra sobre quaisquer debates que possam afastar ou mitigar o instituto da prescrição: "A prescrição tem cidadania legal, e convive com a experiência judiciária. Sua ocorrência não representa necessariamente um atestado de desídia sobre as repartições policiais ou forenses; seus efeitos não constituem um fato intolerável, um objeto de lamentação. Triste planeta aquele em que se tenha mais medo da prescrição do que da pena."<sup>28</sup>

### Conclusão:

Em face das considerações articuladas, o presente Parecer se posiciona contra qualquer interpretação, especialmente emanada pelo Poder Judiciário, que modifique a determinação literal do artigo 112, inciso I, do Código Penal, em *malam partem*, e, caso, *ad absurdum*, assim decida o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 788 de Repercussão Geral, esta decisão, de direito material, não poderá retroagir e atingir os fatos ocorridos antes da publicação do *Decisum* final.

Rio de Janeiro, 14 de abril de 2022

Marcia Dinis



## CRÔNICA

### MEU PAI ME CONTOU (5): GEORGE TAVARES

Meu pai me contou – e contou para quem leu o seu livro "Relatos, um advogado na ditadura" - que devia a George Tavares a indicação do primeiro cliente político, "o trotskysta de dezoito anos que aparentava menos".

Os dois contavam que os advogados de perseguidos políticos, às vezes, recebiam estar legitimando uma farsa processual, compactuando com a ditadura, diante do arbítrio que cerceava a defesa. Num dia daqueles anos trevosos, na cantina do STM, alguns cogitaram redigir um manifesto público anunciando o abandono dessas causas para não coonestarem o fascismo, denunciando a impossibilidade de exercerem seus ofícios. Mas seguiram na luta, convencidos por Augusto Sussekind de que "quanto maior a iniquidade, mais necessária a resistência dos advogados".

Meu pai me contou que, certa vez, o comandante da unidade onde estavam recolhidos vários presos políticos disse que cumpriria uma ordem judicial de quebra da incomunicabilidade, mas os advogados seriam revistados antes de entrarem no local. Protestos, discussão. No fim, prevaleceu a urgência de entrevistar os clientes, o que não raro significava o cessar da tortura e a preservação da vida. Na entrada, um jovem fardado e armado fazia a revista. Na vez de George Tavares, o militar começa a apalpá-lo desde os ombros, descendo pelo tronco, mas quando atinge a região das nádegas ressoa o inconfundível vozeirão, quase um berro: "Na minha bunda, não! Na minha bunda ninguém põe a mão!". O rapaz atônito parou por ali a revista...

Tive o privilégio de testemunhar em ação tanto o super advogado, de personalidade marcante e destemida eloquência, que me tratava docemente de "meu sobrinho", como o poeta repentista que homenageava carinhosamente os amigos. "Maria da Paz, vou fazer um poema para você agora!", anunciava ele para a minha mãe no meio da confraternização, e logo criava de improviso versos elegantes e bem-humorados, que conquistavam espontâneos aplausos.

<sup>28</sup> BATISTA, Nilo. Novas tendências do direito penal - artigos, conferências e pareceres - Rio de Janeiro: Revan, 2004.

O destino permitiu que atuássemos juntos eu, Carlos Eduardo Machado e George Tavares. Um amigo comum foi preso numa sexta-feira. O delegado era de Brasília e decidiu interrogar os investigados no dia seguinte.

Sem acesso aos autos do inquérito, eu e Carlos Eduardo achávamos melhor ele ficar em silêncio. George Tavares tinha opinião diferente: entendia que o silêncio do preso reduzia a chance de obtenção da liberdade. Divergência colocada, o cliente preferiu falar.

Num sábado de calor intenso, a velha e maltratada sede da Polícia Federal na Praça Mauá, apenas com os plantonistas e a equipe daquele delegado, parecia mais tenebrosa. George Tavares estava lá, numa disposição Incrível!

A inquirição começou em clima tenso e o cliente logo descumpriu a nossa orientação de se limitar a responder o indagado, ensejando a primeira intervenção do grande advogado, quase gritando, rosto vermelho, interrompendo sem pedir licença o delegado: “Responda somente o que delegado perguntar! Nem mais, nem menos!”. O delegado não ousou repreendê-lo. Recordei do episódio da revista na ditadura...

Adiante, a autoridade policial passou a perguntar se o cliente conhecia determinadas pessoas, citando vários nomes, só nomes. George Tavares voltou-se para mim, voz altíssima e ainda amplificada pelo eco naquele prédio vazio, em frente ao delegado: “Tá vendo, Marcio? Igual na ditadura! É só “conhece fulano, conhece sicrano?”. Não tem fato, não tem prova. Igual na ditadura!”. O delegado? Pareceu perplexo e intimidado, reduziu as perguntas, encurtou o ato. George Tavares se impôs.

A prisão foi revogada por decisão em *habeas corpus*, primeiro liminar, depois de mérito. George Tavares estava certo. A neutralidade legal do direito ao silêncio frequentemente não se reflete na íntima convicção dos magistrados.

Mas o cliente foi denunciado. Carlos Eduardo Machado e eu sugerimos impetrar novo *habeas corpus* para trancamento da ação penal. George Tavares discordou. No entanto, despido de qualquer vaidade, fez ressalva marcante para um advogado ainda jovem diante de um dos seus ícones: “Me parece prematuro o HC, mas confio também na sensibilidade de vocês. Se estiverem convictos desse caminho, assinamos juntos”. Assim fizemos e ganhamos.

Dizem que os advogados criminalistas são vaidosos. São mesmo, uns mais, outros menos. Não é necessariamente um defeito, salvo certos casos patológicos. Nos orgulhamos do que fazemos e suportamos muita incompreensão.

A grandeza da carreira profissional de George Tavares, suas célebres defesas e sua importância na resistência democrática estão bem fotografadas na obra *A Espada e a Balança*, de Jason Tercio.

O registro aqui é apenas de recortes episódicos que guardo com tanto carinho do humanista, do sábio, do divertido e do generoso “tio” George.



SACERJ ENTREVISTA

## 33 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

NESTE EPISÓDIO, QUE VAI AO AR NA ÚLTIMA SEMANA DE OUTUBRO, **KÁTIA TAVARES** ENTREVISTA O RELATOR DA CONSTITUINTE, **BERNARDO CABRAL**.





## LITERATURA

### LAPA

Dedico a Cosme de Farias,  
*(In memoriam)*

Rábula baiano, nascido em 1872,  
Defensor dos pobres e vulneráveis

Lapa e os seus densos olhos negros  
vereda ver-te alçando ao som do pandeiro  
a trilha que leva ao fim da noite  
os filhos do solo  
pesadelo  
amaldiçoado por aquele quem nos desterrou em desespero  
por querer demais e amar de menos  
nós  
companheiros insones  
errantes  
malditos peregrinos que sentimos  
o andrajo do tempo  
corroendo a nossa carne pútrida  
ausente de qualquer vestígio de eternidade  
nós aquém esculpimos nosso próprio paraíso  
com marcas de suor e sangue e  
espírito artificial  
nós que já estamos de saco cheio dos seus planos  
de anos, anos construímos agora  
nossos próprios projetos  
sob a sombra de nosso desejo maquinal  
nós que tudo podemos  
do contrário pereceremos  
ao som de nossa glória infernal