



HAVERÁ JUÍZES EM BRASÍLIA?

Por João Carlos Castellar^{01*}

Indagação apresentada no título desse editorial parodia a resposta dada pelo moleiro de *Sanssouci* à invectiva do poderoso Kaiser Frederico II, monarca que ameaçava demolir seu moinho para realizar obras de expansão do palácio real de verão, em Potsdam. Na ocasião, o súdito recalcitrante teria dito: “Isso seria verdade, Majestade, se não houvesse juízes em Berlim”.

A pergunta que se formula nos dias de hoje é a seguinte: haverá Magistrados no Brasil que considerarão constitucionais as proposições constantes do Projeto de Lei da lavra do senhor Ministro da Justiça e da Segurança Pública, caso o Congresso Nacional as aprove e o Presidente da República as sancione?

Melhor dirá o Supremo Tribunal Federal. Mas, antes, Sergio Moro terá que esperar os trabalhos de uma comissão constituída por Rodrigo Maia, Presidente da Câmara dos Deputados, para estudar o assunto e emitir parecer. É capaz de nascer daí algo parecido com um camelo, pois foi esse quadrupede que veio ao mundo quando o criador nomeou uma comissão para projetar o cavalo. O fato é que o PL de Moro já não vai mais a galope, em que pese haver no Senado Federal projeto idêntico, levado pela senadora Eliziane Gama (PPS-MA), em evidente burla ao disposto no artigo 64 da Constituição Federal, que estabelece terem início na Câmara e não no Senado os Projetos de Lei de iniciativa do Presidente da República.

O projeto de Moro é um exemplo pronto e acabado do Direito Penal do Inimigo. Além de ceifar garantias como a presunção de inocência, cruentar penas e restringir benefícios na execução penal, o projeto traz à pauta o *plea bargain*, instituto que permite um acordo entre acusação e defesa para estabelecer a pena do réu, evitando que seja processado e vá a julgamento.

Aplicado nos Estados Unidos em 97,3% dos casos criminais revela resultados assustadores, pois naquele país são mantidas mais de dois milhões de pessoas encarceradas, quase todas com base nesse tipo de acordo. Não foram processadas nem julgadas por uma Corte de Justiça. Sem contar, por suposto, os outros tantos milhões de norte-americanos que estão em regime de *probation*

(assemelhado ao nosso *sursis*) ou de *parole* (livramento condicional), tudo na base do acordo.

Deve o Brasil seguir esse exemplo? Os ex-colegas do Ministro Moro acham que sim. Segundo pesquisas, esse tipo de solução é apoiado por 89% dos magistrados de primeira instância, 92,2% dos desembargadores e 82,4% dos ministros das Cortes Superiores (O Globo, 12.2.19).

O Boletim não quer ser do contra só para chatear. Mas acredita que o *plea bargain* não vai dar certo ao sul do Equador. Afinal, como vaticinou o colega paulistano Victor Gabriel Rodriguez, nosso sistema penal é de origem *germânica*, querendo adotar uma principiologia processual *norte-americana*, para ser aplicada a uma criminalidade tipicamente *latino-americana* (Conjur, 12/03/19).

A ideia de realizar audiências com réus presos por meio de videoconferência também mereceu boa acolhida pelos juízes brasileiros. Se aprovada tal proposta, eles não precisarão mais se defrontar *vis a vis* com os acusados. Poderão ouvi-los através de um monitor e julgá-los à distância. Tudo *clean*, já que os anglicismos estão em moda.

Este coordenador é neófito no ofício e não sabe se é possível citar autores e inserir notas de pé de página em editoriais. Na dúvida, tratando-se de trecho em que Pontes de Miranda ensina a origem do étimo e a finalidade do *habeas corpus*, ousou invocar lição do velho mestre:

“*Habeas corpus* eram as palavras iniciais da fórmula do mandado que o tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do seguinte teor: ‘Toma (literalmente: tome, no subjuntivo, ‘habeas’, de *habeo*, *habere*, ter, exibir, trazer etc.) o corpo deste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso’. Por onde se vê que era preciso produzir e apresentar à Corte o homem e o negócio, para que pudesse a justiça, convenientemente instruída, estatuir, com justiça, sobre a questão, e velar pelo indivíduo” (*História e Prática do ‘Habeas Corpus’*, 8ª. ed. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 22)

Assim, segundo tradições anglo-saxônicas, para decidir sobre uma causa os juízes da velha Inglaterra tinham o dever de chamar o réu à sua frente. Precisavam ver o corpo do acusado e por sua pessoa tomar conhecimento da causa. Tristemente, os números revelam que nossos magistrados preferem não passar pelo incômodo de se depararem com a figura do réu, sentir aquela inde-



fectível morrinha de xadrez que o impregna e dele ouvirem sua defesa pessoal, expressa na *língua geral* das favelas. Esquecem-se, talvez, que os antigos romanos consideravam *reus sacra res est*.

O fato é que tanto a Associação dos Juizes Federais (AJUFE) como a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) elogiaram o projeto do ex-juiz Moro, considerando-o “bastante positivo” (O Globo, 05.02.19). Muitos podem ser os motivos para louvores, mas não se pode deixar de pensar que, dispensada a presença dos réus presos nas audiências e bastando homologar um acordo lavrado entre acusação e defesa para encerrar um feito, os juizes terão bem menos com o que se ocupar. E esse refresco, por si só, já é um bom motivo para seus ex-colegas endossarem tão alegremente as proposições do Ministro da Justiça.

Mas nem tudo flores. As mesmas entidades que representam a magistratura não expressaram tantas manifestações favoráveis quando o tema objeto das enquetes remete às novas regras sobre o auxílio moradia baixadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Malgrado a Lei Orgânica da Magistratura seja muito clara a respeito dessa questão, pois estabelece só caber “ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado”, a prebenda foi universalizada em 2014, após concessão de medida liminar pelo ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em ação requerida pela AMB. A partir daí o auxílio passou a ser distribuído a torto e a direito.

Veja-se, contudo, que interessante: segundo pesquisa intitulada “Quem somos – a magistratura que queremos”, divulgada em 11.02.19 pela mesma AMB, 70,1% dos juizes de primeira instância declararam ser proprietários de um imóvel, enquanto 93,2% magistrados da segunda informaram ter casa própria. Mesmo assim, até então todos recebiam o auxílio.

Os números indicam ser realmente paradoxal a lida dos magistrados para com a lei: quando se trata daquela que limita vantagens pessoais querem flexibilidade, mas quando suprimem direitos alheios são severíssimos em sua aplicação.

Motivo pelo qual se pode concluir que nossos juizes gostam mesmo é de trabalhar menos, com audiências por videoconferência e homologação de acordos, e de ganhar mais, beneficiando-se de auxílio moradia e outros penduricalhos que suavizam as despesas com casa, comida e escola dos filhos, o que, diga-se de passagem, é muito natural diante da carestia em que se vive nos dias de hoje.

Os advogados também pelem muito para realizar seus honorários e andar quites para com o fisco. Seu único penduricalho é a gravata, adereço de que não conseguem se livrar porque... os juizes não deixam. Basta ver que o Tribunal Regional Federal da Segunda Região, no Rio de Janeiro, reunido em 07.02.19 sob a Presidência do Desembargador Andre Fontes, em pleno e escaldante verão

carioca, negou pedido da OAB/RJ para que fosse dispensado o uso do plastrão nas sessões de julgamento da Corte.

São realmente muito pitorescas *les gens de justice*, tal como retratadas por Dalmier: enquanto uns adoram penduricalhos, outros querem deles se desfazer. Vá o leigo entender o clérigo!

Faz-se chiste, mas o problema é sério. Tomando o sofrimento humano como base de cálculo, sairá muitíssimo alto o custo da equação punitiva armada no Projeto de Moro. Em termos de violação às garantias individuais e aos direitos fundamentais dos cidadãos, como a individualização da pena, a presunção da inocência, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório se atingirão números exponenciais em matéria de padecimento, martírio, dor e suplício. Afinal, condenar sem ver e ouvir o réu pessoalmente, homologar acordos sem prévio processo e sem julgamento de mérito, assim como impor castigos corporais diferenciados por prazos estendidos são medidas que ofendem pétreas regras constitucionais. Quando escorrerem os rios de sangue nos passadiços dos presídios como se deu no Carandiru ou quando aparecerem na televisão a restolhada de mortos decapitados, tal qual se viu em Pedrinhas, talvez alguns dos que hoje aplaudem essa iniciativa do governo Bolsonaro se deem conta de que há presos demais e Justiça Social de menos.

A SACERJ criou grupos de estudos com integrantes do seu Conselho Consultivo para emitir pareceres sobre os temas mais relevantes desse maléfico pacote. Os trabalhos serão divulgados por este Boletim.

Já que se falou aqui em vantagens devidas e indevidas, belo exemplo de como não utilizar dinheiro deram os ilustres Procuradores da República que compõem a Força-Tarefa da Lava-Jato, Seccional de Curitiba/PR. Os intrépidos integrantes do *Parquet* paranaense pretendiam abiscoitar a gestão de nada menos do que R\$ 2,5 bilhões, produto de um acordo celebrado entre a PETROBRAS e a *Securities and Exchange Commission*, a poderosa SEC, agência norte-americana competente para fazer cumprir as leis federais de valores mobiliários.

Resultante de punição sofrida pela companhia petroleira, pelos termos da avença firmada com a SEC o destino dessa quantia deveria ser o cofre das “autoridades brasileiras”. Mas os Procuradores da Força-Tarefa ungeram-se dessa *autoridade* e, multipotentes, acertaram com a PETROBRAS para que a bolada fosse depositada numa conta aberta em nome da 13ª Vara Federal de Curitiba. Eles queriam a futura constituição de um “*endonmenf*” (“fundo patrimonial”), para investir “em projetos, iniciativas e desenvolvimento institucional de *entidades idôneas* que reforcem a luta da sociedade brasileira contra a corrupção”. Mas quem *atestaria* a idoneidade dessas entidades, isso o acordo não diz.

A Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, não gostou da estudantada e ingressou no Supremo Tribunal Federal com uma

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 568) pedindo a anulação da homologação do acordo dos Procuradores de Curitiba e a PETROBRAS. Entendendo a bronca, os valentes da Força-Tarefa deram para trás, suspendendo o acordo.

Realmente, a coisa não andava mesmo boa para a patota de Curitiba, pois o Ministro Alexandre Moraes, designado relator da ADPF, acolheu o pleito da Procuradora-Chefa suspendeu os efeitos do Acordo de Assunção de Obrigações firmado entre a PETROBRAS e os procuradores e também a decisão da 13ª Vara Federal que o homologou. Determinou, ainda, o imediato bloqueio dos valores depositados, bem como subsequentes rendimentos, ordenando que somente poderiam ser movimentados com autorização expressa do Supremo. E mais: por essas e por outras trapalhadas que fizeram, os procuradores mereceram do Ministro Gilmar Mendes, falando ao vivo na TV Justiça, duas qualidades pouco elogiosas: *moleques e cretinos*.

Como profetizava o “Bruxo do Cosme Velho”: *O dinheiro não traz felicidade – para quem não sabe o que fazer com ele.*

Mas a roda da fortuna continuou girando e outros acordos vêm sendo firmados no mesmo embalo do acima citado, como é o caso do havido entre o MPF, a SEC e a ODEBRECHT. Nesse, em tudo semelhante ao primeiro, 80% do dinheiro ficarão com o Brasil, 10% com os EUA e 10%, com a Suíça. No rateio, coube ao MPF a responsabilidade por gerenciar R\$ 6,8 bilhões. Embora o acordo seja público e uma de suas cláusulas diga que o dinheiro ficará à disposição do MPF, sua destinação está descrita num trecho sigiloso do documento, o “Apêndice 5”.

Notícia boa também entra no Boletim. A da vez é a que informa sobre a bissexta presença do advogado Nilo Batista no STF. Em defesa da liberdade, sustentou *habeas corpus* impetrado contra decisão da filial carioca da Lava-Jato. Defendeu a tese de que os fatos atribuídos ao seu constituinte não são contemporâneos ao decreto prisional, e a gravidade abstrata do crime não é suficiente para justificar a prisão preventiva. Falando assim, parece fácil, mas em *tempos estranhos...* O mestre foi efusivamente saudado pelos Ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Celso Melo e Lewandowski. Nosso Conselheiro deveria voltar mais vezes à Capital Federal. Talvez sua voz, malgrado a rouquidão que a caracteriza, seja ouvida em órgãos do Poder Executivo e não apenas no Judiciário.

A SACERJ repudiou um bocado desde a edição anterior. Um dos fatos que ensejou manifestação negativa foi o *abate* a tiros de fuzil de treze jovens em operação realizada pelo Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar (BOPE), no dia 12/02/2019. Foram dezenas de disparos, muitos a curta distância. Em certo trecho, a nota tinha o seguinte teor: *A SACERJ considera que esse morticínio é consequência direta das medidas propostas pelo senhor Ministro da Justiça no seu projeto anticrime, notadamente as alterações da excludente da legítima defesa. Referido conjunto normativo foi aplaudido pelo senhor*

Governador do Estado do Rio de Janeiro, que desde antes de sua posse vem afirmando a adoção de políticas criminais marcadamente bélicas. Se o Congresso Nacional aprovar referido projeto de lei, tudo leva a crer que o massacre ontem verificado será o primeiro de muitos outros e não se dará apenas no Estado do Rio de Janeiro.

Tais previsões, infelizmente, se confirmaram em pouquíssimo tempo. Em 07/04/2019, um homem foi morto a tiros por uma patrulha do Exército Brasileiro, quando se dirigia de automóvel com sua família para um “chá de bebê”. Um passante foi ajudar e teve o mesmo destino: o corpo varado por uma bala. Foram oitenta tiros de fuzil disparados contra o carro. Motivo: o veículo foi confundido com o que teria ‘furado’ uma *blitz*. O Comando Militar do Leste ainda tentou justificar a carnificina, mas os fatos não permitiram. Os militares serão julgados por seus pares, graças à recente Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, que alterou o artigo 9º, inciso II, alínea *c* do Código Penal Militar, assim regido atualmente: Consideram-se crimes militares, em tempo de paz, os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados por militar em serviço ou *atuando em razão da função*, em comissão de natureza militar, ou em formatura, *ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil.*

As exaltações à violência só conduzem a mais violência. Como no Rio, cujo Governador elogiou os PMs do BOPE, em São Paulo os policiais que mataram onze homens que tentaram roubar caixas eletrônicas foram condecorados pelo Governador Dória.

A SACERJ, por meio do seu Boletim, deplora esses arroubos populistas que açulam o uso indiscriminado do monopólio da força estatal. Reitera seu mais veemente repúdio às políticas criminais de perfil militarista, por considerar que delinquentes não são inimigos da pátria, que nosso País rejeita a pena de morte e só admite infligção de sanções de quaisquer natureza após julgamento por juiz competente e imparcial, obedecido o devido processo legal, assegurando-se ao réu o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência até que transite em julgado a sentença condenatória. Fora disso, é barbárie.



REUNIÃO DO CONSELHO CONSULTIVO

O Conselho Consultivo da SACERJ se reuniu no último dia 11/04, ocasião em que foram adotadas importantes decisões. Uma delas foi a designação de uma comissão para elaborar parecer acerca de prática que tem se tornado usual no âmbito da seccional carioca Ordem dos Advogados do Brasil, que é a de aplicar punições a advogados antes que ocorra o trânsito em julgado da decisão condenatória. A matéria foi, inclusive, objeto de nota de repúdio (veja-se em <http://www.sacerj.com.br/index.php/notas-e-avisos/33-nota-de-repudio-a-decisao-da-oab>).

Além do convênio de colaboração científica firmado entre as duas entidades e do fato de inúmeros associados da SACERJ integrarem os quadros da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB/CDP), restou decidido que o parecer elaborado por aquele grupo de juristas sobre o chamado *Projeto Moro* será subscrito por esta sociedade, mesmo porque seu conteúdo é irretocável e representa o entendimento dos associados.

Nada obstante, vêm publicados nesse número pareceres da lavra

dos Professores JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, LEONARDO YAROCHEVSKY e da associada CARMEM DA COSTA BARROS, que tratam de temas abordados naquele conjunto de projetos de lei.

No registro fotográfico encontro, as presenças de ALEXANDRE MOURA DUMANS, FERNANDO FRAGOSO, LUIZ GUILHERME VIEIRA, CARMEM DA COSTA BARROS, JOÃO MESTIERI, LUCIANO SALDANHA, JOÃO CARLOS CASTELLAR, JOÃO BERNARDO KAPPEN, RENATO NEVES TONINI, CARLOS EDUARDO MACHADO, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, MARCIA DINIS, JUAREZ TAVARES, NILO BATISTA, MARCIO BARANDIER, ANTONIO CARLOS BARANDIER e JOSÉ CARLOS TÓRTIMA.



QUADRINHAS REDONDAS

Em tempos de *plea bargain*, um tipo de acordo entre acusação e defesa que deveria ser traduzido para o português como “trato leonino”, remete à quadrinha do grande poeta gaúcho MARIO QUINTANA:

DAS ALIANÇAS DESIGUAIS

Gato do Mato e Leão, conforme o combinado,
Juntos caçavam corças pelo mato.
As corças escaparam... Resultado:
Não escapou o Gato.

Prosa e verso. 2. ed. Porto Alegre, Globo, 1980. p. 41.

E, em matéria de *delação premiada*, que pelo visto só é oferecida em crimes praticados por agentes públicos contra a administração em geral, vale lembrar o samba de Wilson Batista, que Clementina de Jesus immortalizou com a força de sua brasilidade:

MULATO CALADO



Vocês estão vendo aquele mulato calado
Com o violão do lado,
Já matou um, já matou um
Numa noite de sexta-feira,
Defendendo sua companheira
A polícia procura o matador,
Mas em mangueira não existe delator

Estou com ele, é o Zé da Conceição
O outro atirou primeiro, não houve traição
Quando a lua surgia, que acabava a batucada
Jazia um corpo no chão e ninguém sabe de nada...

ADIVNHA QUEM É



Resposta na página 7



HUMOR

Essa seção foi criada a pedido dos leitores do Boletim. A sisudez das publicações da SACERJ, sobretudo suas Notas de Repúdio, não condiz com a galhardia dos seus associados, sempre alegres quando se reúnem em torno de um bom papo, umas taças de vinho, comidinhas e charutos. Nessas rodas costuma-se falar bem da vida alheia pelas costas. Mas às vezes fala-se mal também.

Daí a ideia de uma coluna para o bom humor, para a piada, para gozações que atingem a nós próprios, nossos clientes e aos colegas e amigos da Polícia Judiciária, do Ministério Público e da Magistratura, sem os quais os criminalistas morreriam de fome e sede.

Fique claro: não se quer atingir a honra de ninguém, pois as anedotas que se seguem devem ser vistas com aquela advertência que se costuma ver nos filmes: qualquer semelhança entre fatos e personagens é mera coincidência e pura galhofa.

Inaugura essa seção o glossário seguinte, cuja elaboração contou com a colaboração dos seguintes associados: Alexandre Dumans, João Carlos Castellar e Gustavo Filgueiras, que não assumem nenhuma responsabilidade pelos escritos, pois fizeram tudo de brincadeira.

GLOSSÁRIO:

PERSONAGENS DA LAVA-JATO, SUAS CARACTERÍSTICAS E DERIVAÇÕES

A editoria do Boletim, confusa quanto ao emprego do vocábulo correto para designar os personagens que pululam na chamada Operação Lava-Jato, consultou alguns associados e procedeu a metucioso estudo fauno-linguístico. Afinal, em posições distintas nas várias vertentes da maior devassa havida no Brasil desde a Inconfidência Mineira (agora há muitos mais Joaquins Silvérios do que na época dos Vice-Reis), há figuras que carecem ser nominadas de acordo com o lugar que ocupam. Essa falta de identificação entre o agente e sua atividade, que sempre confundia os redatores dos diários e periódicos, estava a exigir um glossário norteador. Ei-lo.

LVAJETEIRO. É o gênero para os quadros que compõem a Força-Tarefa. Vai desde o papiloscopista da Polícia Federal ao Ministro do Supremo Tribunal Federal. São aqueles que se consideram como lídimos auscultadores do sadio sentimento do povo brasileiro, pouco importando o que dizem as Leis e a Constituição Federal. O que os une, inexoravelmente, é a execução da pena imediatamente após o julgamento da causa em segunda instância, a delação premiada, a prisão preventiva e o confisco de bens. Há outras convergências que os aproximam, a serem examinadas caso a caso. Entre as subespécies identificam-se:

LVAJETEIRO-MOR, também conhecido nas variações **CAPA-PRETA** ou **GRÃO-LVAJETEIRO**, a depender da instância. O nome já diz: é o que manda; o que dá o fecho; o que bate o martelo. Dividem-se em Juízos ou Tribunais, mas adotam o mesmo perfil conservador e a mesma carranca de poucos amigos.

LVAJETEIRO-PINHÃO. É característico da região das araucárias. Quando sozinho, se deixa ferver e é facilmente engolido com uma boa dentada. Porém, está quase sempre unido a outros em forma de pinha. Aí é muito perigoso, dando trabalho até aos que os sustentam nas alturas.

LVAJETEIRO-GUANABARA. É característico da baía que leva o mesmo nome. Desenvolveu-se em meio à poluição, acreditando-se tenha sido contaminado por algum microrganismo que os torna venenosos.

LVAJETEIRO-DE-VESTES-TALARES. Vive em simbiose com o **LVAJADRAVAZ-GUETE** e se vale das suas prerrogativas para legitimar as ações dos **LVAJETEIROS-PINHÃO** e **GUANABARA**. Circula com desenvoltura em meio ao ambiente dos que querem se alimentar dos seus consortes, obtendo aí, sequencialmente, outros em quem se agarrar e entregar. Muitos fizeram fortuna.

LVAJADRAVAZ. É também a designação para um espécime genérico. Engloba os que pedem propina e os que as fornecem. Há inúmeras subespécies, dependendo do tamanho da boca e da posição na escala de predação.

LVAJADRAVAZ-MARACANÃ. Espécime endêmica na baía que leva o mesmo nome. Reinou durante anos defendendo idosos, copas e olimpíadas, mas foi atingido em cheio por um cardume de **LVAJETEIROS-GUANABARA**, que domesticaram um grupo de **LVAJADRAVAZES-GUETE**, os quais apontaram o bico em sua direção.

LVAJADRAVAZ-MIRIM. Também conhecidos como “peixes pequenos”. Sua característica é viver entre os cascalhos, as sobras, as migalhas. Seu tamanho não os impede de sofrerem na mão dos **LVAJETEIROS**, especialmente quando estes pescam com rede fina e em período de defeso: aquela proibida pelo IBAMA.

LVAJADRAVAZ-DO-SENHOR. Há muitas colorações dessa subespécie. Mas todas comungam nas águas do Rio Jordão, não obstante qualquer água servir para batizá-los. São ávidos por doações e têm muitos fiéis. Oram compungidos, fechando os olhos, em busca de remissão para os pecados.



LVAJADRAVAZ-ULTRAMARINO. Caracteriza-se por fazer sua toca no exterior, onde deposita seus pertences. Para livrar a pele dos LVAJEIROS-PINHÕES, seus mais sagazes predadores, não se importam em indicarem o local em que se aninham, entregando tudo o que têm e também o que não têm.

LVAJADRAVAZ-GUETE. Sua identificação é pelo bico, em formato de dedo indicador. Perigosíssimo. Quando cercado e sem ter para onde fugir não tem pejo em apontar para outros LVAJADRAVAZES, visando ganhar a simpatia dos seus perseguidores, que tanto podem ser os LVAJADEIROS-PINHÃO como os GUA-NABARA. É ladino, sonso e só pensa no próprio rabo.

LVAJATIETE. Não sabe nada e não entende nada, mas acha bacana e vibra com as façanhas dos LVAJEIROS, acreditando em tudo o que dizem. Também se regozijam com as desgraças dos LVAJADRAVAZES, de quem, na verdade, morrem de inveja, pois acreditam que nas mesmas circunstâncias fariam melhor do que eles e não seriam pegos pelos LVAJETEIROS.

LVAJATO-PRESS. Espécime invariavelmente trunca. Pode ser falada, escrita ou televisada. Fica de fora, preferindo assistir a tudo de camarote. Mexeriqueiros, transmitem as pururucas dos leitões alheios sem olhar para as suas. São especialistas em generalidades. Ultimamente, têm se dedicado a estudos jurídicos, pontificando saberes de almanaque, todos colhidos no *Reader's Digest*, considerada a Bíblia Sagrada da matriz.

LVAJACONJE. Não se trata de personagem diretamente vinculado à operação. Reflete neologismo introduzido no vernáculo pelo LVAJETEIRO-MOR, incorporando-se ao bestiário jurídico da atualidade. O sufixo *conje* quer exprimir... não se sabe. Foi preciso *vim* ao dicionário em busca de socorro. O Boletim folheou o léxico, mas sua edição deve ser antiga. O vocábulo mais parecido que encontrou foi *conga*, uma dança popular cubana, de origem africana. Pela proximidade fonética imagina-se que *conge* - com *g* e não com *j* - deve ser coisa de comunista. Nossos estudos linguísticos prosseguem.

Resposta da página 5

A imagem é do saudoso advogado HUMBERTO TELLES – *O Príncipe* – em fotografia de Alaor Barreto (o pai). A Jovem ao seu lado, batendo palmas, é Dulce Morgado Castellar Pinto, mãe do Diretor Cultural da SACERJ e coordenador desse Boletim, João Carlos Castellar, de cujo arquivo pessoal foi colhida esse histórico registro. Na ocasião, nosso querido Humberto era carregado por seus correligionários, em comemoração à liberdade recém obtida, pois estivera preso pela polícia política de Getúlio Vargas no Estado Novo.

Sócio fundador da SACERJ, Telles foi um dos mais talentosos advogados brasileiros. Atuou em causas de grande repercussão nacional, como aquela em que representou Gregório Fortunato, o “Anjo Negro”, chefe da guarda pessoal do presidente Getúlio Vargas, no episódio que ficou conhecido como o “Atentado da Rua Toneleiro”, vitimando o então jornalista Carlos Lacerda. O desfecho desse acontecimento foi o suicídio de Vargas, em agosto de 1954.

Dono de oratória brilhante e sedutora, Humberto advogou em inúmeras causas no Tribunal do Júri. Destacam-se o “Caso Lou e Van”, um casal movido por ciúmes que resolveu matar os ex-namorados da moça. Humberto conseguiu o reconhecimento de crime continuado em homicídios sequenciais, mas praticados com meses de intervalo entre um e outro.

Também participou da defesa de Doca Street, quando este réu foi julgado pela segunda vez. A causa era ingrata para ele. O Movimento Feminista fez do caso uma ponta de lança para outras lutas. Assim, Humberto lutou, fez uma defesa brilhante, mas não conseguiu vencer o processo de linchamento público protagonizado pela mídia, chamada a atuar naquela causa em favor da vítima.

Certa feita, em meio a um julgamento no Tribunal do Júri, atuando na defesa de réu acusado de crime passionai ocorrido durante festa realizada numa favela, cujo prato principal era uma buchada de bode, disparou um fulminante aparte quando o promotor de justiça passou a citar Von Liszt em alemão: - Doutor Promotor, como se diz buchada de bode em alemão?

Em outra ocasião, na defesa dativa de uma mulher pobre, disse: - A fome é o apetite sem esperança...

Humberto era sócio fundador da SACERJ. Sua atividade profissional desbordou a advocacia, tendo intensa vida associativa. Integrou o Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil por vários mandatos, notadamente naquele período em que essa autarquia teve relevante posição de antagonismo à ditadura militar, sendo alvo, inclusive, de atentado a bomba que matou a secretária do Presidente Seabra Fagundes, Dona Lyda Monteiro.

A cultura jurídica, a coragem profissional e a capacidade de fazer valer as prerrogativas são predicados de Humberto que o fazem ser um exemplo a ser seguido por gerações e gerações.

A partir de agora, fica nos arquivos da SACERJ o raro registro icônográfico do formidável advogado HUMBERTO TELLES.

UM MINUTO DE SILÊNCIO

Não registramos o falecimento de advogados criminais nesse quadrimestre. Oxalá permaneça assim por muito tempo. Todavia, em 29/01/19 verificou-se a morte da cisne-negro JULIETA, residente no Parque Guinle, nesta cidade, atingida por facadas. Não foi um crime passionai. Tudo indica que o delito foi praticado por um humano que não gostou dela ter reagido com bicadas aos latidos do seu *pitbull*.

ROMEU, o companheiro da vida toda da cisne, está desolado. COCADA, MARMELADA e BANANADA, órfãs. A primogênita GOIABINHA está chocando os ovos deixados pela

mãe. O Boletim dá os pêsames à família enlutada. Abaixo o registro fotográfico feito pela Associação Abraça Aves.



A PEDIDO

O Boletim, atendendo a pedidos e com muito gosto, publica outra fotografia do querido JOSÉ CARLOS FRAGOSO. A que segue, realmente, revela um dos seus mais apreciados talentos: a simpatia.

SUMÁRIO

Humor.....	5
Pareceres.....	9
Resenha.....	23
Dotrina.....	24

EXPEDIENTE

Presidente: Alexandre Dumans
Vice Presidente: Marcia Dinis
Diretor Executivo: Luciano Saldanha
Diretor Cultural: João Carlos Castellar
Diretora Financeira: Kátia Tavares
Secretário Executivo: João Bernardo Kappen
Secretário Cultural: Carlos Bruce Batista
Secretária Financeira: Maria Clara Batista
Contato: 21 2004-5160 • contato@sacerj.com.br

Projeto Gráfico & Impressão: Pod Editora
Diagramação: Luiz Claudio Furtado



PARECERES

COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI ANTICRIME DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA

Por Juez Cirino dos Santos⁰¹

1. Breve introdução

1. As *Medidas contra corrupção, crime organizado e crimes com grave violência à pessoa* propostas pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, parecem exprimir a concepção do mundo repressivo-punitivista do ex-juiz Sérgio Moro, manifestada durante o notório exercício da judicatura penal na *Operação Lava-jato*, como titular da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba: no âmbito do aparelho psíquico do ex-Juiz e atual Ministro de Estado, a representação de um mundo de corrupção geral na administração pública e de crime organizado em todos os níveis da vida social, política e econômica do país; no âmbito das emoções ou sentimentos pessoais do então magistrado e hoje político, a crença obsessiva na repressão penal como instrumento adequado de retribuição e de prevenção da criminalidade - mas em processos de criminalização altamente seletivos, dirigidos prioritariamente contra sujeitos em posições de liderança democrática e de compromissos políticos com as camadas exploradas e oprimidas da população.

2. Uma primeira pergunta, que pode explicar as representações intelectuais e os sentimentos pessoais do ex-Juiz Moro sobre o fenômeno social do crime, também parece antecipar o lodaçal jurídico-político em que o **Projeto anticrime** ameaça atolar o País: como é possível que um antigo juiz criminal (i) com reconhecidas tendências políticas, ativistas ou justiceiras pouco compatíveis com a Magistratura, (ii) alheio às explicações criminológicas do comportamento criminoso e do funcionamento político do sistema de justiça

01 O autor é Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal, além de advogado criminal. Estes comentários foram apresentados como contribuição ao Grupo de Trabalho do Conselho Federal da OAB, na condição de Consultor conferida ao advogado signatário Juez Cirino dos Santos, por convite especial do Presidente Nacional da OAB, Felipe Santa Cruz, e do Presidente da CEGDD, Juliano Breda, pelo Ofício n. 009/2019- GEGDD.

criminal, (iii) incapaz de discutir os fundamentos científicos da teoria do crime ou da teoria da pena, (iv) com autoritárias concepções de processo penal transparentes nas anunciadas sentenças criminais condenatórias, (v) com precária ou nenhuma qualificação acadêmica ou profissional para formular projetos de política criminal civilizados, tem a ousadia de avocar o direito de propor reformas bizarras, desengonçadas ou bisonhas do sistema de justiça criminal brasileiro? Uma resposta possível parece ser o papel decisivo da *Operação Lava-jato* nos resultados do recente processo eleitoral do País, que transferiu as lutas políticas pelo poder do Estado, dos comícios em praças públicas para o espaço audiovisual protegido da 13ª Vara Federal Criminal, que funcionou como o novo cenário da luta de classes no Brasil, hegemônico por um segmento específico do aparelho policial-repressivo-judicial do sistema de justiça criminal brasileiro e que, ao final e ao cabo, garantiu o acesso do ex-Juiz Moro ao cargo de Ministro da Justiça e da Segurança Pública do atual Governo Federal.

3. Hoje, mais do que a motivação política das decisões judiciais do ex-Juiz Moro, interessa analisar as mudanças do sistema punitivo propostas pelo chamado *Projeto anticrime* (agora, simplesmente **Projeto Moro**), cujo espectro rudimentar e demagógico não resistiria ao mais elementar debate acadêmico e profissional, resumidas nos seguintes tópicos: (1) assegurar a execução provisória da pena em condenação de 2º grau, (2) estender a execução provisória da pena ao Tribunal do Júri, (3) reduzir o objeto dos embargos infringentes em segunda instância, (4) criar a hipótese de legítima defesa privilegiada para agente policial ou de segurança pública, (5) endurecer o cumprimento de penas, em geral (6) alterar o conceito de organização criminosa, (7) elevar as penas em crimes de armas de fogo, (8) aprimorar a perda do produto do crime, (9) permitir o uso de bens apreendidos pela segurança pública, (10) evitar a prescrição penal, (11) ampliar a punição do crime de resistência, (12) introduzir soluções negociadas no processo penal e na improbidade administrativa, (13) alterar a competência e facilitar o julgamento em crimes complexos com reflexos eleitorais, (14) melhorar a criminalização do caixa dois em eleições, (15) alterar o interrogatório por videoconferência, (16) dificultar a soltura de criminosos habituais, (17) alterar o regime jurídico de presídios federais, (18) aprimorar a investigação de crimes, (19) introduzir a figura do “informante do bem”, definido pela palavra *whistleblower*, da língua inglesa.

2. As principais mudanças do Projeto Moro

O presente estudo, realizado por honroso convite oficial de Felipe Santa Cruz, Presidente Nacional da OAB, e de Juliano Breda, Presidente da CEGDD, aborda as questões jurídicas e político-criminais fundamentais ou mais polêmicas do Projeto Moro, deixando algumas questões de natureza técnica ou de significado mais restrito para análise posterior.

1. Mudança para assegurar execução provisória da pena em condenação de 2º grau

1. A preocupação explícita de *assegurar a execução provisória* da pena por mudanças do Código de Processo Penal (art. 283) e da Lei de Execução Penal (artigo 105), contém o implícito reconhecimento de que a legislação vigente **não permite a execução provisória da pena** após condenação de 2º grau, que a proposta de reforma se esforça em garantir, de qualquer modo. Antes de tudo deve ser registrado que a execução de pena privativa de liberdade é sempre *definitiva* e, assim, a pretensa execução *provisória* representa *contradictio in adjectio*, porque a liberdade suprimida do condenado pela execução penal jamais pode ser restituída. Mas a ingenuidade do Projeto Moro consiste em pensar que a mudança da legislação infraconstitucional teria o poder de alterar a cláusula pétreia constitucional do **princípio da presunção de inocência**, pelo qual “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Constituição, art. 5º, LVII) - aliás, princípio estraçalhado pelo Projeto Moro, como afirma lúcida manifestação crítica da Associação **Juízes para a Democracia**. O resto é perfumaria.

2. Mais importante, a hipótese de graduar a *presunção de inocência* conforme o estágio do processo é uma ideia grosseira, somente possível pela arbitrária redefinição do princípio como *presunção de não culpabilidade*, conceitos diferentes que não são permutáveis, nem se recobrem: a) o princípio positivo da *presunção de inocência* é um conceito qualitativo que não admite graduação, porque o acusado ou é inocente ou não é inocente - e a ideia de acusado mais inocente ou menos inocente é absurda; b) o princípio negativo da *presunção de não culpabilidade* trabalha com a dimensão quantitativa da culpabilidade como *medida da pena*, que pode ser graduada conforme circunstâncias objetivas e subjetivas do fato: o autor do injusto pode ser mais ou menos culpado, uma plasticidade utilizada para graduar a

presunção de inocência, mas ao preço de esvaziar o princípio constitucional.⁰²

2. Mudança para estender a execução provisória da pena às decisões do Júri

A proposta exprime uma interpretação bisonha da lei penal, sugerida por alguns intérpretes retrógrados do sistema penal, mas que ratifica a obsessão punitivista do Projeto Moro, assim pensada: **se** decisões colegiadas de 2º grau permitem execuções provisórias da pena, **então** as decisões colegiadas do Tribunal do Júri permitiriam idênticas execuções provisórias da pena. A interpretação ignora que o voto condutor da controvertida decisão do STF, de lavra do Ministro Teori Zavascki, dizia que a declaração de culpabilidade de **2º grau** teria *considerável força*, o que permitiria *tratamento mais gravoso* conforme o estágio do procedimento criminal, autorizando a *execução provisória* da pena aplicada, na concepção do ilustre Relator. Ora, a decisão do Tribunal do Júri tem em comum com o acórdão do STF somente a ideia de condenação proferida por tribunal, sendo diferente em tudo o mais, porque (i) constitui tribunal formado por leigos para julgar crimes dolosos contra a vida - e não tribunal de juízes togados, (ii) a decisão do tribunal do júri configura decisão de **1º grau** de jurisdição, carente daquela *considerável força* de que fala o relator do acórdão do STF - e não decisão de 2º grau de jurisdição, que torna preclusa a discussão da prova da matéria de fato, e (iii) a Apelação contra decisões do Júri discute a prova de materialidade do fato e indícios de autoria no Tribunal de Justiça, com possibilidade de novo julgamento ou anulação do julgamento anterior etc. Logo, a proposta inconstitucional de execução da pena após condenação de 2º grau não tem como ser estendida ao Tribunal do Júri.

3. Mudança para introduzir modalidade de *legítima defesa privilegiada para agente policial ou de segurança pública*

O Projeto Moro propõe mudanças deformadoras do instituto da **legítima defesa**, em especial pelas inovações do parágrafo único do artigo 25, que introduzem privilégios funcionais, modificam a base objetiva da situação justificante e criam casuísmos incompatíveis com a justificação,

⁰² Ver, sobre a matéria, CIRINO DOS SANTOS, J. - *Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau*. In Boletim IBCCRIM n. 316, Março/2019.

com o objetivo político-criminal de instituir dois conceitos diferentes de antijuridicidade, já rejeitados pela literatura e jurisprudência internacionais: uma antijuridicidade mais rigorosa para o cidadão comum, outra antijuridicidade mais flexível para agentes *policiais* ou de *segurança pública*. Os efeitos nefastos da mudança são evidentes: ampliar o sentimento de imunidade e a atitude de arbitrariedade dos agentes do poder, com o recrudescimento da matança oficial de jovens negros e pobres pelo Estado brasileiro. Em linhas gerais, os principais problemas dogmáticos da proposta são definidos a seguir.

Primeiro, modifica a base da situação justificante para agente *policial* ou de *segurança pública*, mediante substituição da definição legal “*repele injusta agressão, atual ou iminente*” (art. 25, do Código Penal), pela fórmula vaga e indeterminável dos conceitos de *conflito armado* ou de *risco iminente de conflito armado*, ou pela fórmula casuística ainda mais vaga e indeterminável da hipótese de *vítima mantida refém durante a prática de crimes* (art. 25, parágrafo único, I e II, do Projeto Moro).

Segundo, substitui o verbo *repelir* (art. 25, do Código Penal) pelo verbo *prevenir* (art. 25, I, do Projeto Moro), com mudança radical do significado semântico para o conceito de legítima defesa, com os seguintes problemas:

a) o verbo *repelir* da lei penal pressupõe situação justificante **existente no passado**, tem por objeto *agressão injusta* de natureza *atual* (agressão em processo de realização) ou *iminente* (agressão na fase final da preparação), segundo pacífica teoria dominante;

b) o verbo *prevenir* do Projeto Moro (i) pressupõe situações justificantes **existentes no futuro**, na forma de simples projeção psíquica do agente *policial* ou de *segurança pública*, (ii) tem por objeto hipóteses de *agressão injusta e iminente* (inciso I, parágrafo único), ou de *agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes* (inciso II, parágrafo único) - situações imaginárias que podem se assemelhar a hipóteses de legítima defesa putativa, mas que se situam fora dos limites legais de justificação ou de exculpação.

Terceiro, o significado linguístico de *conflito armado* ou, ainda pior, de *risco iminente de conflito armado*, depende das representações *intelectuais* e das reações *emocionais* do agente *policial* ou de *segurança pública*, cuja natureza idiossincrática indeterminável produzirá situações de insegurança para o cidadão, porque subordina a definição da situação justificante às representações psíquicas dos agentes indicados, com os seguintes problemas adicionais:

a) o conceito de *conflito armado* é problemático, porque não se sabe **o que** constitui conflito, ou **quando** existe

conflito, ou **qual a natureza** das armas usadas capazes de configurar conflito armado etc.;

b) o conceito de *risco iminente de conflito armado*, como projeção psíquica de uma situação hipotética, é ainda mais problemático, pela dificuldade em determinar o nível de *risco* exigido para configurar *conflito* na situação concreta, ou o grau de proximidade do *risco* em face do *conflito* para configurar o conceito de *iminência* de agressão etc.

Quarto, a única inovação que poderia ser útil aparece no art. 23, §2º do Projeto Moro, que permite *redução* ou *isenção* de pena nas hipóteses de **excesso** de legítima defesa decorrente (i) de *escusável medo*, (ii) de *surpresa* ou (iii) de *violenta emoção*, mas a proposta se perde na definição dos estados psíquicos respectivos, que não coincidem com avanços da legislação penal contemporânea. Assim, o § 33, do CP alemão, reconhece a natureza determinante das emoções sobre as ações humanas, excluindo a punibilidade do excesso de legítima defesa produzido por *perturbação, medo ou susto*,⁰³ situações psíquicas emocionais diferentes das previstas no Projeto Moro, por exemplo:

a) a hipótese de *escusável medo* atribui ao juiz decidir, em primeiro lugar, sobre a *existência* do medo e, em segundo lugar, sobre a *intensidade* do medo necessária para ser *escusável*, mas sem oferecer critérios para definir a *escusabilidade* do medo;

b) a hipótese de *surpresa* não define um estado psíquico concreto como a *perturbação* ou o *susto*, previstos na legislação alemã e, por isso, não possui o poder determinante da conduta inerente a estas emoções;

c) a hipótese da *violenta emoção* está prevista como fundamento subjetivo do **homicídio privilegiado**, definido no art. 21, § 1º do Código Penal - e, assim, o Projeto Moro introduz um desnecessário conflito aparente de normas de difícil solução.

4. Mudança para *endurecer o cumprimento de penas*

O Projeto Moro propõe, para *endurecer o cumprimento das penas*, as seguintes principais medidas:

l) **regime inicial fechado** (a) para condenados *reincidentes* ou com indicações de *conduta criminal habitual, reiterada ou profissional* - exceto infrações penais anteriores *insignificantes* ou de *reduzido potencial ofensivo*, (b) para condenados nos artigos 312, caput e §1º, 317, caput e §1º e 333, caput e § único, do Código Penal - exceto hipóteses de pequeno valor do coisa apropriada ou da vantagem indevida, ou circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis, (c) para condenados no art.

03 O § 33, do Código Penal alemão, diz: “*Não é punível o autor que exceda os limites da legítima defesa por perturbação, medo ou susto.*”

157, §2º-A e §3º, exceto na hipótese de circunstâncias judiciais favoráveis, e (d) possibilidade de determinação judicial de **tempo mínimo** de regime inicial fechado, antes de qualquer progressão, conforme critérios do art. 59, exceto na hipótese de circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis;

2) em condenações por **crimes hediondos** com *mor-te da vítima*, progressão de regime após cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena, com requisitos adicionais (i) de mérito do condenado e (ii) de condições pessoais de presunção de não voltar a delinquir;

3) enfim, (i) para *lideranças* de organizações criminosas ou que tenham armas à disposição, início de cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima, e (ii) para condenados como integrantes de organização criminosa ou por crime praticado por organização ou associação criminosa, proibição de progressão de regime, de livramento condicional ou outros benefícios, na hipótese de elementos probatórios de manutenção do vínculo associativo.

Em primeiro lugar, as representações e emoções punitivistas do ex-Juiz Moro parecem encontrar plena satisfação em propostas de *endurecimento de penas*, apesar da verificação empírica secular da ineficácia corretiva ou ressocializadora da privação de liberdade e da natureza criminogênica da prisão, como demonstram pesquisas criminológicas em todo o mundo.

Em segundo lugar, a *reincidência* é um conceito positivista em decadência na civilização ocidental, porque indica o fracasso do Estado no projeto técnico corretivo do condenado, introduzido em *carreiras criminosas* pelas práticas punitivas do sistema de justiça criminal, sob a premissa de que quanto maior a pena, maior a reincidência criminal.

Em terceiro lugar, a exacerbação da pena nos chamados crimes *hediondos* parece ignorar que a aplicação de penas mais graves e a execução mais rigorosa de penas determinou maior frequência estatística, em quantidade e proporção, dos chamados crimes hediondos, além de estimular a formação de facções de presos no interior do sistema penitenciário brasileiro.

Em quarto lugar, a experiência internacional demonstra que o *terrorismo* é um fenômeno político insuscetível de solução penal, porque transcende a dimensão individual da conduta dolosa ou imprudente, situando-se no plano objetivo das relações entre classes, raças e religiões na história da humanidade, somente controlável por tratados, convenções e políticas públicas consensuais.

5. Medida para *eleva as penas em crimes relativos a armas de fogo*

O Projeto Moro acrescenta ao artigo 20, da Lei 10.826/03, a hipótese de *o agente possuir registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado*, com o objetivo de elevar as penas concretas respectivas.

As consequências político-criminais são óbvias: além de ampliar de metade a pena aplicável, o Projeto Moro (i) equipara decisões de órgão colegiado (incluindo decisões do Tribunal do Júri) com decisões transitadas em julgado, (ii) corre o risco de possíveis colisões com as categorias da reincidência ou dos antecedentes na medida da pena, (iii) institui odiosa duplicidade de punição em relação ao fato pretérito, que viola o princípio da culpabilidade como medida da pena.

6. Medidas para *aprimorar o perdimento de produto do crime*

O Projeto institui hipóteses elásticas de expropriação patrimonial, introduzindo no Código Penal o artigo 91-A, nestes termos:

a) em condenação por infrações com *pena máxima cominada* superior a 6 anos de reclusão, perda de bens correspondentes à diferença entre (i) o valor do patrimônio do condenado e (ii) o valor compatível com o rendimento lícito do condenado (art. 91-A), se existentes *elementos probatórios* indicadores (i) de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, ou (ii) de vinculação a organização criminosa (§ 1º);

b) o conceito de *patrimônio do condenado* é definido pelos bens (i) sob titularidade ou domínio do condenado, na data da infração ou depois dela, ou (ii) transferidos a terceiro, de modo gratuito ou por contraprestação irrisória, desde o início da atividade criminal (§ 2º).

c) a proposta inverte o ônus da prova, permitindo ao condenado demonstrar (i) a inexistência de incompatibilidade ou (ii) a procedência lícita do patrimônio (§ 3º).

A ideia subjacente à proposta é a absurda presunção de patrimônio ilícito de condenados por crimes com penas máximas *cominadas* superior a 6 anos de reclusão, porque a hipótese de demonstração da compatibilidade ou da origem lícita do patrimônio é, depois de algum tempo, praticamente impossível ao cidadão comum, abrindo a possibilidade de autêntica expropriação violenta de patrimônios privados pelo Estado, em prática de verdadeiro inimigo do povo. O Manifesto sobre o **Projeto Moro** do Instituto Carioca de Criminologia, assinado por Nilo Batista e outros professores, fala da absurda exigência de *contabilidade rigorosa* permanente pelo cidadão, para *comprovar correspondência absoluta entre patrimônio e ganho declarado* e, assim, fugir à sanha extorsionária do Estado capitalista.

7. Medidas para evitar a prescrição

O Projeto Moro subverte alguns critérios tradicionais da legislação penal, propondo artifícios legais para reduzir prazos prescricionais, sob o falso pressuposto de que a conjunção de recursos extraordinários e o princípio da presunção de inocência determinariam a extinção da punibilidade por prescrição - e não a morosidade dos Tribunais no julgamento dos recursos, explicável por fatores funcionais e estruturais históricos.

Assim, por um lado, introduz (a) como causa **impeditiva** da prescrição, a hipótese de *pendência de embargos de declaração, ou de recursos inadmissíveis aos Tribunais Superiores* (art. 116, III) e, por outro lado, (b) prevê como causas **interruptivas** da prescrição as hipóteses (i) de *publicação da sentença e do acórdão recorríveis* - e não mais da *sentença e do acórdão condenatórios recorríveis* (art. 117, IV, CP) e (ii) de *início ou continuação da execução provisória ou definitiva da pena* - e não mais pelo *início ou continuação do cumprimento da pena* (art. 117, V, CP).

A crítica imediata é a seguinte: a) a hipótese de **impedimento** da prescrição pela *pendência de embargos de declaração* é inadequada, porque os embargos indicam situação de não exaurimento da decisão, por ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão do acórdão (art. 619 e 620, CPP), que não podem ser atribuídas ao acusado; b) a hipótese de **interrupção** da prescrição pela *publicação da sentença e do acórdão recorríveis*, admite como **causas de interrupção da prescrição** as hipóteses de sentença e de acórdão **absolutórios**, decisões favoráveis ao acusado utilizadas em prejuízo do acusado, ao contrário da norma processual vigente, que só admite interrupção da prescrição em caso de sentença e de acórdão **condenatórios** recorríveis (art. 117, IV, CP); c) finalmente, o *início ou continuação provisória ou definitiva da pena* está em contraposição à iminente decisão do STF sobre a constitucionalidade da execução da pena por condenação em 2º grau, em face do princípio da **presunção de inocência** como direito fundamental do cidadão.

8. A reforma do crime de resistência

Além de cominar penas de *multa* ao lado da privação de liberdade no tipo de injusto de resistência (art. 329, caput e art. 329, § 1º), o Projeto Moro cria um crime qualificado pelo resultado, punido com reclusão de seis a trinta anos, se da resistência *resulta morte ou risco de morte ao funcionário ou a terceiro* (art. 329, § 3º) - uma criação desnecessária porque a legislação atual prevê concurso material entre *resistência* e o crime *correspondente à violência* (art. 329, § 2º), como também diz o Manifesto do Instituto Carioca de Criminologia.

A crítica tem por objeto o crime qualificado pelo resultado de *morte* ou de *risco de morte*, que pode ser produzido por dolo ou por imprudência, mas com lesão ao princípio da culpabilidade, em ambos os casos: a) o caso de resultado de *morte* ou de *risco de morte* produzido por imprudência é punido de modo excessivo ou desproporcional, porque a pena mínima supera a soma dos crimes de homicídio imprudente e de resistência, considerados isoladamente; b) o caso de resultado de *morte* ou de *risco de morte* produzido por dolo (direto ou eventual) é punido com a pena do homicídio qualificado por causa da simples resistência - que, aliás, pode ser justificada, em especial em face da inovação da legítima defesa privilegiada para agente policial ou de segurança pública -, o que é, também, claramente, excessivo ou desproporcional.

9. A introdução de soluções negociadas no processo penal

1. O Projeto Moro permite ao Ministério Público propor *acordo de não persecução penal*, observadas as seguintes condições:

(a) se necessário à reprovação e suficiente para prevenção crime, (b) em hipóteses de confissão circunstanciada de crime, sem violência ou grave ameaça e pena máxima inferior a 4 anos, (c) com reparação de dano ou restituição da coisa, prestação de serviços ou pecuniária e outras (art. 28-A e §§, CPP), (d) manifestação expressa de dispensa de produção de prova e de renúncia ao direito de recurso, (e) possibilidade de redução de metade da pena, alteração do regime de execução ou substituição da privação de liberdade por restrição de direitos, tudo conforme gravidade do crime, circunstâncias do caso e grau de colaboração do acusado, além de outros detalhes (art. 395-A e §§, CPP).

2. A incorporação acrítica do modelo de justiça negociada americano, responsável pela superlotação carcerária daquele país, é uma espécie de emulação provinciana incompatível com os fundamentos do processo criminal brasileiro, que revela a pobreza político-criminal do Projeto Moro. O *plea bargaining*, que produz privação da liberdade sem processo penal, sem contraditório e sem prova criminal, responde por 90% das condenações da justiça americana, como método aplicado em 9 de cada 10 condenações, como informa Aury Lopes Jr., no excelente texto “Adoção do *plea bargaining* no projeto anticrime: remédio ou veneno?” (Consultor Jurídico, 22/02/2019).

3. Os problemas do *plea bargaining* são conhecidos: a) primeiro, exclui a garantia da jurisdição, transferindo o controle da

pena do Poder Judiciário para o Ministério Público, transformando acusadores em julgadores da justiça penal; b) segundo, o acusado não é livre para negociar penas, porque a desigualdade em face do Ministério Público exclui a voluntariedade da decisão e porque o evidente risco de maior punição submete o acusado aos termos do acordo proposto; c) terceiro, a acusação funciona como instrumento de pressão, produzindo autoacusações falsas, depoimentos caluniosos e insegurança processual, capazes de transformar o processo penal em verdadeira guerra, se o acusado recusar a negociação; d) quarto, o inquérito policial, refratário ao contraditório e à ampla defesa, com natureza inquisitória e sigilosa, surge como fonte única de todas as provas; e) quinto, toda negociação começa pela confissão, espontânea ou coagida, com ou sem delação de outros indiciados, que substitui a tortura física do corpo pela tortura psíquica de penas elevadas, às vezes por delitos insignificantes, ou mesmo inexistentes; f) sexto, culpados recebem pena menor pelo acordo, enquanto inocentes aceitam maus acordos para evitar a ameaça de penas maiores; g) sétimo, *last but not least*, a natureza e extensão da punição dependem da capacidade de negociação das partes, muito maior no Ministério Público, assessorado por psicólogos e técnicos, muito menor no acusado pressionado pelo medo.

10. A instituição do *informante do bem*, ou *whistleblower*

O Projeto Moro institui a figura de um delator conhecido pelo eufemismo *informante do bem* - também designado pelo termo inglês *whistleblower* -, assim disciplinado:

a) a lei cria *unidades de ouvidoria e de correição* na União, Estados, Distrito Federal e Municípios (além de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), para assegurar a qualquer pessoa o direito de *relatar* (i) crimes contra a administração pública, (ii) ilícitos administrativos e (iii) ações ou omissões de ação contrárias ao interesse público (artigo 4º-A, da Lei 13.608/18);

b) protege o *informante* contra (i) *retaliações*, (ii) *responsabilidade civil* e (iii) *responsabilidade penal* nas hipóteses de *relatos considerados razoáveis*, com exceção da hipótese de *consciente informação* ou *prova falsas* (Art. 4º-A, parágrafo único);

c) atribuiu ao *informante* o direito de preservar a identidade, exceto situações de interesse público relevante ou de concreta apuração dos fatos e outros detalhes (art. 4º-B, da Lei 13.608/18);

d) assegura ao *informante* as garantias da lei de proteção de testemunhas (Lei 9.807/99), bem como contra *retaliações ao exercício do direito de relatar*, como demissões arbitrárias, alteração injustificada de funções, imposição de sanções e outras, que configuram *falta grave* e podem sujeitar o autor a *demissão a bem do serviço público* (art. 4º-C, e § 1º);

e) finalmente, o quadro se completa com o reconhecimento (i) do direito do *informante* ao ressarcimento em *dobro por danos materiais* de ações ou omissões de *retaliação* (§ 2º) e, em especial, (ii) do direito do *informante* à *recompensa de 5%* (cinco por cento) do valor recuperado pelas informações disponibilizadas pelo *informante* (§ 3º).

Não é preciso conhecer os impulsos ou paixões humanas concentrados por Freud no *instinto de agressividade* e no *instinto de sexualidade*, a partir de “O Ego e o Id”, nem a tensão permanente entre o *princípio do prazer* (em busca de recompensas desejadas) e o *princípio da realidade* (como limites conscientes ao princípio do prazer), descritos por Freud em “*Formulações sobre os dois princípios dos processos psíquicos*”, para descobrir o poder de sentimentos de raiva, de ódio, ou mesmo de orgulho, de satisfação ou de felicidade no psiquismo humano, capazes de desencadear condutas vingativas, ou comportamentos destruidores, ou ações puramente sádicas ou meramente egoístas, determinadas por instintos poderosos e inconfessáveis, agora promovidos pela proteção jurídica e estimulados por recompensas financeiras aparentemente irresistíveis, capazes de alçar a posição de *informante* eventual à dignidade de *informante profissional*, com saberes, estratégias e táticas sofisticadas para o sistemático *relato profissional* de comportamentos neutros, talvez incomuns, ou mesmo suspeitos, mas imediatamente interpretados como criminosos, ou como ilícitos, ou como contrários ao interesse público e assim *relatados* em unidades de ouvidorias ou de correição públicas. E não tardará que a identidade de interesses engendre associações de defesa de *relatores profissionais*, de *agentes infiltrados* e de *delatores premiados*, transformando o processo penal num ato de guerra do Estado contra o cidadão, vitimizado pela entidade criada para sua proteção.

11. Essas são as considerações sobre o Projeto Moro, formuladas na honrosa condição de Consultor e enviadas ao Grupo de Trabalho do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, dentro do prazo previamente fixado.



SNIPERS: SUA LEGALIDADE E RESPONSABILIDADE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Por **Leonardo Isaac Yarochevsky**⁰¹

1- Violência policial:

As Polícias Militares brasileiras têm sua origem nas Forças Policiais, que foram criadas quando o Brasil era Império. A corporação mais antiga é a do Rio de Janeiro, a “*Guarda Real de Polícia*”, criada em 13 de maio de 1809 por Dom João VI, Rei de Portugal, que na época tinha transferido sua corte de Lisboa para o Rio, por causa das guerras na Europa, lideradas por Napoleão. Esse decreto assinalou o nascimento da primeira Polícia Militar no Brasil, a do Estado da Guanabara.

A violência policial no Brasil tem raízes históricas. Quando a família real chegou ao Rio de Janeiro encontrou, segundo historiadores, uma “*população hostil e perigosa*” e muitos africanos. Com o temor que se repetisse no Brasil a mesma revolta de escravos ocorrida no Haiti em 1792, a realeza de Portugal logo formou uma força policial para controlar as chamadas “*classes perigosas*” que viviam no Rio. Constata-se assim que a função original e prioritária da polícia era defender a elite dirigente (realeza e seus aliados) contra as “*pessoas perigosas e de cor*” e, também, de recapturar escravos fugidos. Talvez aí resida a explicação para que até hoje, duzentos anos após sua criação, a polícia continue agindo preconceituosamente e para defender prioritariamente os interesses das classes dominantes.

Não se pode negar que a repressão violenta ao crime, ou melhor, ao criminalizado sempre foi uma “*delegação tácita conferida à polícia por parte dos grupos dominantes*”⁰². É inegável, também, que o direito penal tem por alvo, preferencialmente, o crime comum (furto, roubo, “tráfico” e uso de drogas) - “*crime de rua*” - praticado por aqueles que são criminalizados, ou seja, os pobres, negros e excluídos da sociedade.

Em pesquisa realizada no ano de 2011, a Anistia Internacional constatou que, nos vinte países que ainda mantêm a pena de morte, em todo o mundo, foram executadas 676 pessoas, sem contar as execuções ocorridas na China, que não fornece da-

dos. No mesmo período, informa ORLANDO ZACCONE⁰³, somente os estados do Rio de Janeiro e São Paulo produziram 961 mortes a partir de ações policiais, totalizando um número 42,16% maior do que de vítimas da pena de morte em todos os países pesquisados. Em 2014, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, foram 3.022 casos, média de um homicídio a cada três horas. Número de vítimas que supera dos atentados de 11 de setembro nos EUA, em que 2.977 pessoas morreram. O número de mortes provocadas pela polícia em 2014 é 37,2% maior que o registrado em 2013. Em 2017, o Brasil teve 5.012 mortes cometidas por policiais na ativa, um aumento de 19% em relação a 2014.

A letalidade policial mais que dobrou nos últimos cinco anos no Rio. Em 2013, a cada dois policiais brasileiros assassinados, outras 11 pessoas eram mortas pela polícia. Já em 2017, para cada dois policiais militares ou civis executados, outras 28 pessoas eram mortas por eles.⁰⁴

De janeiro a novembro de 2018, policiais mataram 1.444 pessoas no estado do Rio de Janeiro, de acordo com o Instituto de Segurança Pública. Isso significa que o Rio de Janeiro fechou o ano de 2018 com o maior número de homicídios cometidos pela polícia desde que o estado começou a registrar esse dado em 1998. O recorde anterior foi de 1.330 pessoas mortas pela polícia em 2007.⁰⁵ Necessário destacar, como faz com toda propriedade ORLANDO ZACCONE, que “*a polícia mata, mas não mata sozinha*”⁰⁶. Na verdade, quem mata é o sistema penal. O sistema mata os pobres, os negros, os favelados, analfabetos, enfim, os vulneráveis. Quando não mata, encarcera. Conforme salientou o desembargador SÉRGIO VERANI, na obra *Assassinatos em nome da Lei*, “*o aparelho repressivo-policial e o aparelho ideológico-jurídico integram-se harmoniosamente. A ação violenta e criminosa do policial encontra legitimação por meio do discurso do Delegado, por meio do discurso do Promotor, por meio do discurso do Juiz*”⁰⁷.

A sociedade não confia na polícia - como também não confia no judiciário - e, na medida em que a polícia perde a credibilidade “é sentida e sente-se estrangeira aos olhos de sua comunidade,

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

04 Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/brasil/letalidade-policial-no-brasil-mais-que-dobra-em-cinco-anos-rio-tem-recorde-de-mortes-de-agentes-civis-23598437> Acesso em: 15/04/2019,

05 Disponível em: < <https://www.hrw.org/pt/news/2018/12/19/325455> Acesso em: 10/04/2019.

06 Ob. cit.

07 VERANI, Sérgio. *Assassinatos em nome da lei*. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996. *Apud* ZACCONE, ob. cit.

01 O autor é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. O presente trabalho foi apresentado na Comissão de Defesa do Estado Democrático de Direito da OAB/RJ

02 MACHADO DA SILVA, Luiz Antônio. *Violência e ordem social. Crime, polícia e justiça no Brasil*. Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattón e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. São Paulo: Contexto, 2014.



passa a se ver ameaçada diante de qualquer questionamento social e, ao mesmo tempo, é percebida como uma ameaça. A perda de credibilidade policial corresponde, tacitamente, a uma fragilização do consentimento social, uma perda de legitimidade no exercício do mandato policial. Uma polícia desautorizada se vê premiada ao exercício de uma conduta pautada unicamente pela lei, arriscando-se a impor uma visão intolerante, ilegítima de ordem⁰⁸.

Indispensável dizer, também, que policiais são assassinados. Segundo levantamento feito pelo jornal Folha de São Paulo, no ano de 2012, um policial foi vítima de homicídio a cada 32 horas, no total de 229 policiais. Em 2014, 114 policiais foram mortos no Rio de Janeiro.

Os policiais, de algum modo, acabam se tornando vítimas - vítimas de uma classe dominante - de um sistema inumano e cruel, de um mundo igualmente perverso. Neste mundo “mocinhos” e “bandidos” se confundem. Mundo e sociedade que, cada dia mais, privilegia o ter ao invés do ser, que o homem vale pelo que tem e não pelo que é. Como bem disse EDUARDO GALEANO “A publicidade manda consumir e a economia proíbe. As ordens de consumo obrigatórias para todos, mas impossíveis para a maioria, são convites ao delito. Sobre as contradições de nosso tempo, as páginas policiais dos jornais ensinam mais do que as páginas de informação política e econômica”.⁰⁹

“A missão da polícia é proteger as pessoas, inclusive aquelas que moram em comunidades carentes”, disse DANIEL WILKINSON da *Human Rights Watch*. “O uso excessivo da força coloca todos em risco”.

2- Snipers:

Sniper (“atirador especial”, “atirador de elite” ou “franco-atirador”) geralmente trata-se de um policial militar ou membro das Forças Armadas especializado em tiros de longa distância e de “precisão”.

O *sniper* policial é o profissional de segurança pública especializado no tiro de alta precisão, que pode pertencer aos grupos táticos das polícias militares das Unidades Federativas ou de corporações civis, como a Polícia Federal e Civil.

O governador do Rio de Janeiro, WILSON WITZEL, diz que os atiradores de elite da polícia - os chamados *snipers* - já estão sendo

08 MUNIZ, Jacqueline e PROENÇA JÚNIOR, Domício. Mandato policial. Crime, polícia e justiça no Brasil. Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattón e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. São Paulo: Contexto, 2014.

09 GALEANO, Eduardo. De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso. Trad. Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM editores, 2015.

usados pela polícia para matar traficantes nas **favelas**. Segundo WITZEL, “só não há divulgação”. Para o governador do Rio “O protocolo é claro: se alguém está com fuzil, tem que ser neutralizado de forma letal”.¹⁰

Fatos recentes ocorridos no Estado do Rio de Janeiro não deixam dúvidas de que os *snipers* já estão atuando e matando - injustificadamente - “bandidos” ou “homens de bem”, não importa. Sendo certo que, as principais vítimas são os mais vulneráveis e, portanto, aqueles que são selecionados pelo perverso sistema penal.

O Ministério Público e a Polícia Civil colheram um indício que reforça o relato de moradores de Manguinhos, na Zona Norte do Rio, sobre disparos feitos por *snipers* do alto da torre da Cidade da Polícia em direção à favela. O exame cadavérico de Rômulo Oliveira da Silva, de 37 anos - uma das vítimas fatais dos tiros feitos do alto da construção, segundo testemunhas e parentes -, mostra que o tiro que o atingiu veio de cima.

O laudo da autópsia, obtido com exclusividade pelo EXTRA, revela que o disparo entrou no corpo da vítima pelo peito e saiu pela “região lombar esquerda”, ou seja, pela base da coluna. Segundo o documento, a causa da morte foi “ferimento do coração”. O tiro, segundo o texto do perito Ronaldo Martins Junior, do Instituto Médico Legal (IML), percorreu a barriga de Rômulo e causou ferimentos no fígado, nas alças intestinais e no estômago.¹¹

Destaca-se que a atuação dos atiradores de elite (*snipers*) se dá nas periferias e nas **favelas**, quase sempre contra os vulnerabilizados. A pesquisadora e criminóloga VERA MALAGUTI BATISTA¹², observa que, não é de agora que a **favela** aparece nos editoriais como “*locus do mal e dissolutora de fronteiras*”:

O crime organizado extravasa seu campo de atuação e a partir dali invade todos os bairros da cidade - (“Desafio nos morros”, *Jornal do Brasil*, 4 de junho de 1993).

As elites, a classe média, os políticos ainda não acordaram para a terrível banalização da violência, na ilusão de que ela continuará restrita aos morros”- (“A ilusão dos morros”, *Jornal do Brasil*, 12 de setembro de 1993).

Mais adiante, VERA MALAGUTI BATISTA destaca no editorial “**Subindo o morro**” (*Jornal do Brasil*, 14 de setembro de

10 Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/rio/snipers-ja-estao-sendo-utilizados-so-nao-ha-divulgacao-diz-witzel-sobre-acao-da-policia-23563496> Acesso em: 22/04/2019.

11 Disponível em: < <https://extra.globo.com/casos-de-policia/snipers-em-manguinhos-laudo-revela-que-disparo-que-matou-porteiro-veio-de-cima-23599597.html> Acesso em: 15/04/2019.

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

1992) os seguintes trechos: “os cidadãos contribuintes são os cativos dos caos”, “manter a sociedade sob o signo da lei e da ordem”, ou no editorial **Favela em foco**: “*imperá nos morros uma anarquia desafiadora da ordem pública*”.

Nessa perversa lógica de que o “bandido” - o *inimigo* - vive ou se esconde nas **favelas**, o governador do Estado afirma, irresponsavelmente, que os *snipers* “já estão sendo usados pela polícia para matar traficantes nas **favelas**”.

2.1- Snipers e legítima defesa:

O *sniper*, como qualquer policial ou pessoa, pode agir em legítima defesa ou mesmo, dependendo da hipótese, em estrito cumprimento do dever legal. Contudo, necessário deixar assentado que o policial, principalmente o chamado *sniper*, diferentemente do cidadão sem qualificação específica, deva proceder ainda mais cautelosamente, já que exerce uma função pública que reside na própria defesa e proteção dos cidadãos.

A legítima defesa, segundo JUAREZ TAVARES, é ato individual, “destinado a possibilitar à pessoa humana a defesa de bens jurídicos próprios ou de terceiros, que estejam sofrendo ou na iminência de sofrer uma lesão”.¹³

Portanto, não há dúvida, de acordo com JUAREZ TAVARES, que “os agentes do Estado, assim como qualquer pessoa, podem ser vítimas de agressão e podem se defender legitimamente”.¹⁴ O fato, como já dito, de exercerem função pública não os impede de agirem em legítima defesa ou amparados por qualquer outra excludente de ilicitude ou de culpabilidade, desde que estejam presentes os requisitos legais.

É certo que os agentes policiais (polícia federal, polícias civis e polícias militares), de acordo com o artigo 144 da Constituição da República, estão incumbidos da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Assim, conforme observa JUAREZ TAVARES, “pode-se dizer que os agentes, quando executem atos de ofício no sentido de proteção da ordem pública, das pessoas e do patrimônio, estariam cumprindo um dever legal”. Necessário destacar que a proteção das pessoas, por força do postulado constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, deve sempre prevalecer.

2.2- Sniper e estrito cumprimento do dever legal:

Quem age em estrito cumprimento de um dever legal cumpre exatamente o determinado pelo ordenamento jurídico, assim, não pratica uma conduta ilícita. (*juris, executio non habet injuriam*). Dever legal é aquele proveniente de disposição jurídica-normativa (lei, decreto, portaria etc.). Para LUÍS AUGUSTO SANZO BRODT,

A atuação em estrito cumprimento do dever legal pressupõe que se persiga a realização do interesse público relevante que fundamenta a existência da norma preceptiva. Porém, para a execução de tal escopo, o encarregado de cumprir a determinação legal somente poderá valer-se de meios permitidos pela ordem jurídica e de modo que se lese o menos possível o interesse dos particulares. Em especial, deve-se atentar à necessidade de não violar os direitos fundamentais, a não ser na medida expressamente permitida pela Constituição Federal.¹⁵

É certo que no ordenamento jurídico brasileiro a pena de morte é vedada pela Constituição da República. Assim sendo, o policial (*sniper* ou não), não tem autorização ou licença para matar, salvo se age em legítima defesa ou amparado por outra excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

O cumprimento do dever legal, como bem salienta SANZO BRODT, é “essencialmente, a qualidade do fato que se adequa ao dever imposto em lei. Em outras palavras, o agente se limita a realizar aquilo que em função da lei lhe era exigível em determinado momento e numa situação concreta, de tal modo que sua conduta se restrinja a concretizar o comendo abstrato da norma preceptiva”.¹⁶

Nesse diapasão, qualquer ordem proferida pelo governador do Estado para que “bandidos”, ainda que armados, sejam executados ou “abatidos”, sem que haja uma agressão injusta, atual ou iminente (requisitos da legítima defesa), deverá ser considerada uma ordem manifestamente ilegal. Lembrando que aquele que cumpre ordem manifestamente ilegal, ainda que em obediência, será responsabilizado.

RAÚL ZAFFARONI, NILO BATISTA *et al*, observam que “no Estado de direito o problema do funcionário executor de

13 TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 344.

14 Idem, *ibidem*.

15 BRODT, Luís Augusto Sanzo. Do estrito cumprimento do dever legal. Porto Alegre Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 56.

16 Idem, p. 145.



uma ordem vinculante cuja execução realiza um tipo legal de delito estaria praticamente confinado ao direito penal militar da guerra. ‘Ninguém’ - e aí cabe compreender, na primeira fila, os funcionários públicos - ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, inc. II CR)”. No Estado de direito, prosseguem os autores, “a legalidade é condição prévia de obediência...” Mais adiante, salientam que mesmo o executor de uma ordem vinculante pode ser responsabilizado: “1º) desde que a ordem tenha por objeto a prática de ato manifestamente criminoso (...), ou 2º) quando a lesão antijurídica provenha de excesso nos atos ou na forma de execução...”¹⁷

Assim, não há, em hipótese alguma, como se cogitar da possibilidade dos chamados *snipers* estarem, nos casos em comento e de execução sumária, amparados pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal.

3- Responsabilidade do governador de Estado:

O atual governador do Estado do Rio de Janeiro WILSON WITZEL (PSC), desde sua campanha, vem defendendo o uso de *snipers* para executar, segundo ele, “bandidos”. O que poderia ser considerado apenas uma verborragia de campanha ou mais um arroubo populista, ganhou forma de **ordem** a partir do momento em que WITZEL assumiu o governo do Estado do Rio.

Não é despidendo lembrar que o governador do Estado, enquanto chefe do Poder Executivo, é também o chefe das polícias (civil e militar) do Estado. Em conformidade com o art. 144, § 6º, da Constituição da República, o comando das forças policiais estaduais (militares e civis) é atribuição do chefe do Poder Executivo, ou seja, os governadores de Estado. Compete ao governador do Estado nomear as autoridades de direção dos órgãos de segurança pública, os quais conduzem a gestão e políticas das respectivas corporações.

A ordem do governador WILSON WITZEL para que policiais matem quem estiver portando fuzil - independentemente se ele estiver atacando os agentes de segurança ou terceiros - é inconstitucional e pode fazer com que o chefe do Executivo do Estado do Rio de Janeiro seja responsabilizado pelas mortes que ocorrerem em decorrência da sua ordem.

Necessário deixar assentado, como já afirmado, que a ordem dada para que o policial (*sniper* ou não) execute qualquer pessoa - para além de uma situação de enfrentamento em que a vida de

terceiros ou do próprio policial estejam em real perigo - é uma ordem manifestamente ilegal e inconstitucional. Assim, o policial somente poderá agir em legítima defesa própria ou de terceiros diante de uma agressão injusta, atual ou iminente (art. 25 do CP), utilizando-se dos meios necessários e de forma moderada para repelir essa agressão.

Dentro do complexo tema do concurso de agentes (autoria e participação), destaca-se, no que diz respeito a responsabilidade criminal do governador do Estado, em uma análise sucinta e aquém da complexidade da matéria, a responsabilização do autor da ordem manifestamente ilegal, no caso em comento, como participação por instigação.

NILO BATISTA, percorrendo a doutrina nacional e estrangeira, salienta que

Instigação é a dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando o cometimento de crime doloso. Carrara buscou sistematizar as formas que pode tomar a instigação, e falava do mandato, da coação, do comando, do conselho e da sociedade; entre nós, Aníbal Bruno falava do mandato, comando, conselho e ameaça. Na verdade, como diz Wessels, “é indiferente como o instigador alcança seu objetivo. Meios de instigação podem ser todas as possibilidades de influência volitiva: persuasão, dádivas, promessa de recompensa, provocação de um erro de motivo, abuso de uma relação de subordinação, ameaça etc.” O chamado princípio da irredutibilidade se opõe a uma configuração exaustiva desses meios. De qualquer forma, sé de concebe a instigação dolosa: deve o partícipe ter a “intenção de instigar” a que se referia Beling.¹⁸

BEATRIZ VARGAS RAMOS, que também se dedicou ao estudo do “concurso de pessoas”, observa que uma das formas de participação é a ordem. Segundo a autora “a ordem é também participação na forma de determinação, mas não uma determinação qualquer, senão a imposta por alguém no abuso da autoridade que exerce sobre outrem”.¹⁹

Note-se, ainda, que o Código Penal brasileiro (art. 62, inc. III) prevê o agravamento da pena no caso do agente que: “instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade (...)”.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS esclarece que “o instigador provoca a decisão do fato mediante influência psíquica sobre o autor,

17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Nilo Batista; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar. Direito penal brasileiro, volume 2, tomo 2, 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 127.

18 BATISTA, Nilo. Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 181-182.

19 RAMOS, Beatriz Vargas. Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do código penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 77.



mas não tem controle sobre a realização do fato, reservado exclusivamente ao autor”.²⁰ Vários são os meios de influência do instigador no psiquismo do autor: persuasão, pedidos, presentes, recompensas, pagamentos etc. E, evidentemente, como já dito, a ordem.

Deste modo, resta evidenciado que as ordens dadas pelo governador do Estado do Rio para que *snipers* executem (abatem) “bandidos” se enquadra na participação por instigação, conforme a doutrina. O governador age com abuso da autoridade que exerce, notadamente, como chefe supremo das polícias (civil e militar) do Estado.

4- Conclusão:

Por mais que a violência faça inúmeras vítimas e que o medo passe a habitar na sociedade, não se pode permitir ou conferir ao Estado o direito de matar, conforme JUAREZ TAVARES, “ainda que em estado de necessidade, sendo inválido o argumento de que o faz para salvar maior número de vidas do que as que irão ser sacrificadas”. Assim, prossegue o autor, “não há estado de necessidade na ação de derrubar avião tomado por terroristas, sob o argumento do perigo de que possa ser lançado contra uma cidade e produzir, com isso, um número enorme de vítimas”. Em casos da lei do abate, afirma TAVARES, o princípio da dignidade da pessoa humana é violado porque que a lei e transforma em simples objeto da política do Estado.²¹

Como já foi dito alhures, estamos diante de uma guerra. Não uma guerra entre Estados, mas “a guerra do Estado contra seus próprios cidadãos”. O inimigo não é mais outro Estado, mas membros da própria sociedade. Contudo, nessa guerra, como bem observou VERA MALAGUTI BATISTA,²² a Convenção de Genebra²³ é ignorada, a Cruz Vermelha não se faz presente, inocentes morrem, casas são invadidas, a população é aterrorizada, etc.

20 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 6ª ed. Curitiba-PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 364.

21 TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Ob. cit. p. 327-328.

22 Em palestra no 24º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM (agosto de 2018).

23 Convenção de Genebra é o nome que se dá a vários tratados internacionais assinados entre 1864 e 1949 para reduzir os efeitos das guerras sobre a população civil, além de oferecer uma proteção para militares capturados ou feridos. A história desses tratados está associada ao suíço Henri Dunant, fundador da Cruz Vermelha. Dunant tomou a iniciativa de organizar esse tipo de acordo em uma convenção na cidade de Genebra, na Suíça, em 1864, que contou com a presença das principais potências europeias. Após o primeiro encontro, várias outras convenções foram realizadas para ampliar e detalhar uma espécie de regulamento para a participação em uma guerra. A cidade de Haia, na Holanda, foi sede de dois dos encontros seguintes (em 1899 e 1907) e na Suíça mesmo foram assinadas outras três convenções (em 1906, 1929 e 1949).

Não há como negar que a repressão violenta ao crime, ou melhor, ao criminalizado sempre foi uma “*delegação tácita conferida à polícia por parte dos grupos dominantes*”²⁴. É inegável, também, que o direito penal tem por alvo, preferencialmente, o crime comum (furto, roubo, “tráfico” e uso de drogas) - “*crime de rua*” - praticado por aqueles que são criminalizados, ou seja, os pobres, negros e excluídos da sociedade.

Não se pode olvidar, que o problema da criminalidade, no dizer de HASSEMER e MUÑOZ CONDE²⁵ é, pois, antes de tudo, um problema social e vem condicionado pelo modelo de sociedade. Seria ilusório, por tanto, analisar a criminalidade a partir de um ponto de vista natural, ontológico ou puramente abstrato, desconectado da realidade social em que a mesma surge.

Numa sociedade de classes, destaca NILO BATISTA, “a política criminal não pode reduzir-se a uma ‘política penal’, limitada ao âmbito da função punitiva do estado, nem a uma ‘política de substitutivos penais’, vagamente reformista e humanitária, mas deve estruturar-se como política de transformação social e institucional, para a construção da igualdade, da democracia e de modos de vida comunitária e civil mais humanos”²⁶.

Por tudo, o governador do Estado do Rio ao ordenar - ainda que por meio de palavras - que atiradores de elite (*snipers*) executem pessoas está instigando (determinando) por uma ordem ilegal a prática de crime por parte do autor. Assim, a execução, nos moldes defendidos pelo governador WILSON WITZEL, além de criminosa, é incompatível com o Estado democrático de direito. Sendo assim e por todo exposto, independente da responsabilização política e civil, deve o governador do Estado do Rio de Janeiro WILSON WITZEL ser responsabilizado criminalmente pelos crimes que decorrerem de sua ordem direta e de sua determinação dolosa para que agentes policiais (*snipers*) executem pessoas.

Este é o parecer,
S. M. J.

24 MACHADO DA SILVA, Luiz Antônio. Violência e ordem social. Crime, polícia e justiça no Brasil. Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattton e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. São Paulo: Contexto, 2014.

25 HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología. Valencia: Tirant lo blanch libros, 2001.

26 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

JULGAMENTO EM AMBIENTE VIRTUAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E COLEGIALIDADE. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE. FALTA DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Por Carmen da Costa Barros e Elizabeth Queijo⁰¹

Acompanhando o ritmo da sociedade pós-moderna que, cada vez mais, se volta para o mundo tecnológico e suas benesses, também o Poder Judiciário está-se moldando a esse mundo virtual.

A inovação veio com o sistema de acompanhamento de processos via internet, seguida do sistema ‘push’. A partir de 2007, quando entrou em vigor a Lei n. 11.419/2006, foi instituído o processo eletrônico. Desse modo, os processos passaram a ter suas peças digitalizadas, bem como se formalizou a via eletrônica para a comunicação de atos e a transmissão de peças processuais (art.1º).

Observa-se que, de fato, em alguns aspectos, os tribunais têm utilizado os meios digitais a favor da agilidade e do acesso à Justiça. A forma digital e eletrônica dos atos processuais, porém, deve ser aplicada com estrita observância aos princípios e regras constitucionais e processuais.

Quanto aos julgamentos em ambiente eletrônico, em se cuidando de norma de procedimento, acerca do julgamento pelos tribunais, é controversa a possibilidade de sua admissão, frente ao princípio do devido processo legal⁰². É que as normas de procedimento, no processo penal, consubstanciam garantias das partes e da própria jurisdição.

A respeito da matéria em questão, verifica-se que o art. 792 do Código de Processo Penal, disciplinando o procedimento em audiências e sessões de julgamento pelos tribunais, dispõe, em seu caput, que “As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”.

Vê-se, desse modo, que o diploma processual penal prevê, de forma expressa, como regra, que o julgamento nos tribunais será

público e realizado em sua sede, ou seja, de forma presencial. Tal dispositivo encontra-se em plena consonância com o princípio da publicidade dos julgamentos tutelado na Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX.

Em sessão de julgamento presencial, são revelados publicamente, salvo as exceções que a Constituição prevê, a ementa, o relatório e o voto de cada um dos julgadores. As partes podem acompanhar o julgamento, o que não ocorre no julgamento em ambiente eletrônico. Assim, o julgamento presencial prestigia a transparência dos atos judiciais, que é um dos objetivos do princípio da publicidade. No entanto, os julgamentos em ambiente eletrônico não são públicos. O que se torna público é o seu resultado, após a conclusão do julgamento. E o texto constitucional não assegura apenas a publicidade das decisões judiciais, que é o que o julgamento virtual possibilita, mas sim a publicidade dos julgamentos, o que é bem diferente⁰³.

Note-se ainda que o texto constitucional somente admite limitação à denominada publicidade externa, ou seja, aquela que recai sobre terceiros, ou seja, o público em geral, ao admitir que a lei poderá restringir a presença, em determinados atos, às partes e aos seus advogados, ou somente a estes, nos casos em que a preservação da intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (art. 93, inciso IX). No julgamento em ambiente eletrônico, porém, há restrição à publicidade externa e também à interna⁰⁴. Isto é, o sigilo do julgamento não alcança somente terceiros, mas inclusive as partes e seus respectivos advogados, o que representa, na prática, um julgamento secreto que, para além de inconstitucional, apresenta nítido viés inquisitorial, um verdadeiro retrocesso. No processo penal, conforme ensina Ferrajoli⁰⁵, a publicidade faz parte constitutiva e estrutural do modelo acusatório, sendo que o segredo representa traço do modelo inquisitório. Segundo o referido autor, a publicidade, que se distingue da espetacularização, assegura tanto o controle externo, quanto o controle interno da atividade jurisdicional. Observa que a apuração da responsabilidade penal deve se desenvolver “à luz do sol”, sob o controle da opinião pública e, sobretudo, do acusado e de seu defensor.

03 SOUZA, Ana Victoria de Paula, cit., p. 7-8.

04 JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de derecho procesal penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni 2012. Tomo I, p. 375, explica que a publicidade interna consiste na possibilidade de participação e conhecimento das partes da realização de diversos atos processuais. Já a publicidade externa refere-se à possibilidade de conhecimento público e difusão geral dos atos e trâmites de um processo.

05 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 4ª.ed. Roma: editori Laterza, 1997. p. 632-634.

01 As autoras são advogadas e o artigo foi intitulado “**Julgamento virtual: ofensa à Constituição Federal**”, foi publicado originariamente na edição do Boletim do IBCCRIM de junho/nº307 em 2018.

02 FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5ª.ed. São Paulo: RT, 2007. p. 124. SOUZA, Ana Victoria de Paula. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o julgamento por e-mail. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, nº 231, p. 7-8, fev.2012.



Além disso, é o julgamento presencial que proporciona o debate das questões, de fato e de direito, pelos julgadores, o que inexistente no julgamento virtual.

Observa-se, na prática cotidiana dos tribunais, que os julgadores, na sessão, não ficam adstritos à leitura de seus votos. É no curso da sessão que se dão os debates, que podem ser esclarecidas dúvidas dos julgadores que não tiveram acesso aos autos e que pode haver, inclusive, convencimento de um julgador por outro. Toda essa essência do julgamento presencial, que decorre da observância do princípio da colegialidade, fica completamente aniquilada no julgamento em ambiente eletrônico, pois não há debates, nem troca de ideias sobre o tema julgado, nem esclarecimentos. Aliás, sequer há garantia de que todos os integrantes do colegiado votarão, de fato. E isto porque há prazo fixado para que o julgador vote e, não o fazendo, presume-se que acompanhou o voto do relator.

Em outras palavras: o julgamento virtual reforça, e muito, a tendência à monocratização das decisões nos tribunais, instituída por normas processuais e regimentais⁰⁶.

Além disso, mesmo nos casos em que a legislação não admite sustentação oral, o julgamento virtual acaba por impedir qualquer participação do advogado no ato, prestando esclarecimento sobre matéria fática ou suscitando questão de ordem⁰⁷.

Em suma: sob o ângulo constitucional, em nosso entendimento, não há como admitir o julgamento em ambiente eletrônico, mesmo a pretexto de celeridade e da razoável duração do processo, notadamente em matéria penal.

Mas não é só. À inconstitucionalidade da adoção do julgamento virtual, soma-se ainda outra. É que somente a lei poderia dispor a respeito, vez que seu conteúdo é processual. **Ocorre que não há lei que regule a matéria.** Aliás, a iniciativa a esse respeito que constaria do mais recente Código de Processo Civil não vingou. A previsão nele contida, em seu art. 945, foi integralmente revogada pela Lei nº 13.256/2016. Por sua vez, o Projeto de Código de Processo Penal que tramita atualmente na Câmara dos Deputados, depois de aprovado pelo Senado, também não contempla a matéria.

E nem se argumente que o posicionamento externado pelo CNJ, na consulta formulada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua Quinta Câmara Cível, de nº 0001473-60.2014.2.00.0000, poderia salvar da inconstitucionalidade o julgamento em ambiente virtual. É que o CNJ, na aludida consulta,

decidiu, em dezembro de 2015, pela possibilidade dessa modalidade de julgamento, para os recursos nos quais não caiba manifestação oral do advogado, com fundamento no Código de Processo Civil então em vigor (art. 154, § único e § 2º.) e na Lei nº 11419/2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial. Ocorre que nenhum dos dois diplomas mencionados trata do julgamento virtual⁰⁸. E tampouco serve como fundamento, igualmente citado no voto do Relator nessa consulta, o Código de Processo Civil que entraria em vigor e que contemplava o julgamento virtual no art. 945, que veio a ser revogado, como já anotado. Ademais, diferente do que decidiu o CNJ, a questão não se adequa ao princípio da instrumentalidade das formas⁰⁹, mas toca à observância do devido processo legal. Além disso, o CNJ possui competência administrativa, não possuindo competência para legislar, tampouco para apreciar matéria jurisdicional, como é o caso da inconstitucionalidade. Porém, o mais curioso é que o CNJ firmou nessa consulta que os tribunais, ao aderirem ao julgamento virtual, poderiam fazê-lo desde que observadas as garantias constitucionais e legais do processo (!), mas nem as diretrizes firmadas na própria consulta foram respeitadas pelos tribunais, ao regularem a matéria, como adiante se detalhará.

Assim, não obstante não haja nenhuma legislação processual em vigor que autorize o julgamento por meio eletrônico, ele já tem a plena adesão de vários Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal.

O resultado é que há disparidade de regras, em razão de sua normatização apenas no regimento interno de cada tribunal.

Cabe assinalar que os regimentos internos dos tribunais são atos normativos para estabelecer composição e competência dos seus respectivos órgãos e regular o trâmite interno de normas processuais já vigentes no ordenamento jurídico.

A criação e a sistematização de normas atinentes ao julgamento virtual pelos próprios tribunais ferem o devido processo legal e, em

⁰⁸ Veja-se, a propósito, que o art. 154, § único e § 2º. do CPC de 1973 não contém nenhuma referência ao julgamento de recursos em ambiente virtual. O “caput” do art. 154 alude ao princípio da instrumentalidade das formas. Já o § único refere-se à possibilidade de os tribunais disciplinarem, no âmbito de sua respectiva jurisdição, a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meio eletrônico. E, por fim, o § 2º. do citado dispositivo dispõe que “Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei”.

⁰⁹ Conforme CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.380, o princípio da instrumentalidade das formas prestigia o objetivo do ato processual, afastando a nulidade processual ainda que tenha o ato sido imperfeito, coincidindo com a regra estampada no brocardo *pas de nullité sans grief*.

⁰⁶ DELOSSO, Ana Fernanda Ayres e KÖHLER, Domitila. Julgamento virtual é mais um passo para a ‘monocratização’ dos tribunais. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 5.4.2017.

⁰⁷ DELOSSO, Ana Fernanda Ayres e KÖHLER, Domitila, cit..

última instância, o Estado Democrático de Direito, uma vez que estão a legislar sobre matéria de cunho processual. Ademais, a própria Constituição Federal é ofendida na medida em que prescreve que somente a União poderá legislar em matéria processual. Ou seja, cabe ao Congresso Nacional a tarefa. E tudo isso tem razão de ser. É que essas normas deveriam ser instituídas de modo uniforme, conferindo uma identidade constitucional de Justiça mais célere, mas também e especialmente eficaz. E a eficácia processual só existe quando se respeitam os princípios e garantias fundamentais¹⁰, notadamente no campo criminal, com observância rigorosa dos direitos atinentes à defesa.

O que se tem visto, porém, além de uma sistemática processual desprovida de uniformidade, é uma nítida violação a tais princípios, não raro com graves prejuízos à defesa, inclusive no campo penal. A propósito, é de se destacar que muitos tribunais não excepcionam sequer a matéria criminal dos julgamentos virtuais, exceção feita ao Superior Tribunal de Justiça¹¹. Outros, como o Tribunal de Justiça de São Paulo embora incluam em julgamento virtual feitos criminais, estabelecem que a mera oposição de qualquer das partes, independente de motivação, é o bastante para que o julgamento seja presencial¹².

10 Nesse sentido, CHIAVARI, Mario. *Garanzie individuali ed efficienza del processo. Il giusto processo*. Milão: Giuffrè, 1998. p. 51-77. No aludido artigo, o referido autor escreve, com propriedade, que: “*Riconosciamo piuttosto che la vera efficienza processuale è tale solo se ingloba anche l'efficienza nel riconoscimento e nello sviluppo delle garanzie processuali*” (p. 54).

11 “Art. 184-A. Ficam criados Órgãos Julgadores virtuais, correspondentes à Corte Especial, às Seções e às Turmas do Superior Tribunal de Justiça, com finalidade de julgamento eletrônico de recursos, excetuados os de natureza criminal”.

12 O Tribunal de Justiça de São Paulo normatizou o julgamento virtual, inicialmente por *e-mail*, por meio da Resolução nº 549, de 10 de agosto de 2011. Tal Resolução segue em vigor e foi modificada, recentemente, pela Resolução nº 772/2017, de 10.8.2017, conferindo a seguinte redação ao *caput* do art. 1º: “*As apelações, agravos de instrumento, agravos internos, embargos de declaração, mandados de segurança, habeas corpus, conflitos de competência e ações originárias serão, preferencialmente, julgados em sessão virtual, a critério da turma julgadora, ressalvada expressa oposição de qualquer das partes, independentemente de motivação declarada, mediante petição protocolizada no prazo de cinco dias úteis, contados da publicação da distribuição dos autos que, para este específico fim, servirá como intimação*”. Contudo, mesmo em relação a essa última Resolução, persistem omissões, que têm sido alvo de críticas e de adoção de providências recentes pela Associação dos Advogados de São Paulo. A principal delas refere-se à própria publicidade da Resolução, que regula o julgamento virtual. Além disso, o art. 1º. em questão não obriga que conste da distribuição dos autos a informação acerca da inclusão do feito em julgamento virtual. Obtempera-se, ainda, que, como a intimação para inclusão do feito em julgamento virtual se dá na distribuição, nesse momento, não raro, o advogado ainda não tem como definir se a sustentação oral será necessária ou não.

De todas, a que mais chama a atenção, é a sistemática instituída pelo Supremo Tribunal Federal, ao normatizar, via regimento interno, o julgamento virtual.

O julgamento em ambiente eletrônico no Supremo Tribunal Federal está regulado pela Emenda Regimental nº 51, de 22 de junho de 2016 e pela Resolução nº 587/2016.

De início, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não faz nenhuma distinção entre os processos incluídos em julgamento virtual. Os processos criminais são colocados na mesma vala comum que os processos em matéria cível, trabalhista, administrativa.

Nesse cenário, o Relator tem o poder de escolha e definição do recurso que será julgado em sessão virtual (art. 1º.) e, **ainda que haja requerimento de destaque expresso feito pela parte**, cabe também a ele a decisão da retirada do processo da sessão virtual (art. 4º., inciso II).

Outro ponto questionável é que, somente ao ter início a sessão, será definida a composição do Plenário e das Turmas. Ou seja, até mesmo o quórum necessário para se realizar sessão do Plenário ou das Turmas é desprezado (art. 143 e art. 147 do regimento interno).

E ainda, como sucede nos demais tribunais, ofende-se o princípio da publicidade dos julgamentos, já que o relatório e o voto do relator, assim como dos demais julgadores, só se tornam públicos após o término do julgamento (art. 2º., § 3º.).

Em suma, o julgamento virtual se dá de forma absolutamente secreta. Não existe um meio adequado para que os advogados acompanhem o trâmite do julgamento.

Dispõe o regimento interno do Supremo Tribunal Federal que as sessões virtuais serão realizadas “semanalmente, com início às sextas feiras...” (art. 1º). Porém, não se sabe como e quem está julgando.

Destaque-se que os mencionados dispositivos do regimento interno da Corte Suprema afrontam inclusive as diretrizes firmadas pelo CNJ, na consulta antes mencionada. É que constou expressamente do voto do Relator, a respeito da publicidade dos julgamentos assegurada na Constituição Federal: “Com efeito, a fim de adaptar os julgamentos virtuais (ou não presenciais) a essa exigência constitucional, torna-se necessário que possam ser acompanhados pelos interessados por meio eletrônico (leia-se, pela internet), desde a abertura da sessão de julgamento, até o resultado final”.

O princípio da colegialidade também é especialmente atingido na normativa da Suprema Corte. É que, afora a previsão, contida na Resolução nº 587/2016, de que se considerará que acompanharam o relator os Ministros que não votarem no prazo de 7 dias do

início do julgamento virtual (art. 2º., §§ 1º. e 2º.), contempla-se ainda a possibilidade de que os Ministros votem nas listas como um todo ou cada processo separadamente (art. 6º.).

Constata-se que os dispositivos inseridos no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, que regem a forma e os critérios que poderão ser adotados para a inserção dos processos em julgamento virtual, demonstram que a Corte Suprema se desviou do mais significativo papel que lhe foi conferido pelo art. 102 da Constituição Federal: “a guarda da Constituição...”.

Desprezou não somente a Constituição Federal, como regras do Código de Processo Penal e seu próprio regimento interno. E ainda que se argumente que o Supremo Tribunal Federal dispõe “de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual, concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência origi-

nária ou recursal”¹³, tal competência não possui o condão de se sobrepor às regras constitucionais. Não pode o Supremo Tribunal Federal, como afirmado linhas antes, usurpar a competência da União a quem compete, privativamente, legislar sobre direito processual¹⁴ e, muito menos, incluir em seu regimento interno regras inconstitucionais, como é o caso das que admitem e regulam o julgamento virtual.

Cumprir, então, à Corte Suprema a urgente e importantíssima missão exemplar, de dar cumprimento aos princípios constitucionais, colocando em prática as diretrizes dos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil e, sobretudo, da própria Constituição Federal, que todos os seus ministros juraram cumprir.

13 AI n. 294479 – STF, rel. Min. Celso Mello, Pleno, DJe 12.12.2013.

14 Constituição Federal, art. 22 inciso I.



RESENHA

DIREITO PENAL – TOMO II

NILO BATISTA & EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI

Por Alexandre Moura Dumans⁰¹

Com a publicação do tomo II do segundo volume do “Direito Penal Brasileiro”, de E. Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, a editora Revan finaliza uma missão histórica, brindando a comunidade da língua portuguesa com o mais refinado pensamento jurídico-penal latino-americano. Por conta de sua completude, a obra bem poderia chamar-se “Novo Tratado de Direito Penal”, posto que abrange conteúdos da teoria da lei penal e da teoria da pena (volume I) e de toda teoria do delito (volume II, tomos I e II).

Neste último tomo do segundo volume – que levou mais de um lustro para sua conclusão e ora é apresentado ao público – os Autores complementam a exposição da teoria do delito, criando formas originais de compreensão da antijuridicidade, da justificação, da imputabilidade, da culpabilidade e da exculpação, da autoria e participação, da tentativa e do concurso de crimes.

No estudo dos componentes positivos da culpabilidade, por

exemplo, os Autores sugerem a inédita aplicação do conceito de “circularidade cultural” (do historiador Carlo Ginzburg) às normas penais, com o propósito de possibilitar a aferição da “intensidade do esforço exigível para a compreensão da ilicitude” (§ 45, p. 218).

De fato, parece inegável que a mezgeriana “avaliação paralela na esfera do leigo” é mais susceptível ao erro de proibição nas hipóteses de normas de menor circularidade cultural. Assim é que as normas dedutíveis dos tipos legais do homicídio (art. 121 CP) ou do estupro (art. 213 CP) são muito mais difundidas do que a norma proibitiva do transporte de um botijão de gás sem licença (art. 253 CP). No traquejo desse raciocínio, os Autores extraem uma regra de trabalho, qual seja: “tanto maior a circulação cultural da norma, tanto maior a exigibilidade do esforço para sua compreensão. Ao contrário, normas com baixa circularidade cultural constituem terreno fértil do erro de proibição inevitável” (§ 45, p. 219). Bravo! Isso é novo e útil; é um postulado funcional definitivo, pronto para ser considerado nas decisões judiciais.

Trata-se, decididamente, de trabalho de enorme envergadura que despendeu mais de quinze anos para sua total elaboração, mesmo com o competente concurso dos professores Alejandro Alajia e Alejandro Slokar, ambos da Universidade de Buenos Aires. O seu aparente aspecto enciclopédico é apenas o reflexo da sofisticação intelectual indispensável para o tratamento dos seculares institutos penais, de modo a emprestar-lhes maior racionalidade e, por consequência, imprimir-lhes funções garantistas compatíveis com os valores democráticos em risco nas sociedades pós-modernas.

01 O autor é Presidente da SACERJ



DOCTRINA

(DES)INTELIGÊNCIA POLICIAL

Luís Guilherme Vieira⁰¹

Às vésperas das eleições, os candidatos apresentam planos para a segurança pública. Defendem, em clichês retóricos, o investimento em inteligência (“*atividade que objetiva produzir e difundir conhecimentos às autoridades competentes, relativos a fatos e situações que ocorram dentro e fora do território nacional, de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental e a salvaguarda da sociedade e do Estado*”) e em con-trainteligência (“*atividade que objetiva prevenir, detectar, obstruir e neutralizar a Inteligência adversa e as ações que constituam ameaça à salvaguarda de dados, conhecimentos, pessoas, áreas e instalações de interesse da sociedade e do Estado*”), como medida eficaz de combater a criminalidade.

A atuação de órgãos de inteligência na condução da investigação criminal usurpam as funções da polícia judiciária, em uma afronta à democracia. Além de partir de uma orientação deturpada do estabelecido na Constituição da República e no Código de Processo Penal, ao consentir com a investigação de crimes promovida por aqueles que deveriam atuar em situações referentes a assuntos de segurança de ações governamentais, confere-se licitude/legitimidade à prova produzida por quem não detém competência/atribuição para tanto. O propósito de uma investigação criminal é justamente evitar acusações temerárias, considerado que como o processo penal tem como fundamento a instrumentalidade constitucional. Ao se facultar que órgãos de inteligência e de con-trainteligência também investiguem crimes, sendo esse o lastro mínimo à propositura de ações penais, autoriza-se a produção de provas por aqueles cuja atividade exige essencialmente o emprego de meios sigilosos, como forma também de preservar sua ação, seus métodos, seus profissionais e suas fontes.

Nada obstante possa ser conferido ao inquérito policial caráter sigiloso (exceto para o advogado do investigado), a documentação relativa aos elementos colhidos devem estar acessíveis e instrumentalizados, garantindo aos acusados o direito de defesa. O processo penal tem de se pautar pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

01 Advogado criminal, fundador e membro do Conselho Deliberativo do Instituto de Defesa do Direito de Defesa e da Sociedade dos Advogados do Rio de Janeiro. Foi membro titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, secretário-geral do Instituto dos Advogados Brasileiros, onde presidiu a Comissão Permanente de Defesa do Estado Democrático de Direito, e conselheiro titular da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Rio de Janeiro, membro do Conselho Diretivo da RIBCCrim e coordenador executivo do curso de especialização em Advocacia Criminal, da Universidade Candido Mendes.

As atividades de inteligência e de con-trainteligência são sigilosas e, na maioria das ocasiões, não formalizadas, sendo essa característica essencial à regularidade, uma vez que se referem à atuação prévia à apuração ou à ocorrência do crime. Trata-se de exercício permanente e sistêmico orientado para a identificação e acompanhamento de ameaças reais ou potenciais à segurança pública do Estado.

A investigação criminal, diferentemente, ocorre quando já praticado o delito, com a individualização da conduta e a instauração de inquérito policial, capitaneado por delegado de polícia (ou procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público), destinado à reunião de provas concernentes à materialidade e às circunstâncias do crime. A sociedade tem que ter certeza de que no curso da investigação criminal não haverá abusos por parte do poder acusatório penal. Portanto, deve atender ao interesse de eficácia dos direitos fundamentais, de modo a evitar acusações e processos infundados/temerários.

Daí a importância de que a investigação criminal seja gerida a partir de um procedimento formal, documentado e acessível ao investigado e ao seu advogado. O filtro processual contra as provas ilícitas ou ilegítimas depende, como anota Geraldo Prado, justamente da possibilidade de rastreio das provas à sua fonte de origem (cadeia de custódia); do contrário, sucumbirá à paridade de armas e demais princípios constitucionais caros ao devido processo penal. A Abin é o órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência (Lei n° 9.883/1999) e tem por finalidade fornecer ao presidente da República informações e análises estratégicas, oportunas e confiáveis, necessárias ao exercício das respectivas funções.

Na literalidade do art. 4° da precitada lei, compete a Abin: (i) planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o presidente da República; (ii) planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade; (iii) avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional; e (iv) promover o desenvolvimento de recursos humanos e da doutrina de inteligência, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento dessa atividade intelectual.

Os procedimentos de construção e maturação das atividades de inteligência e de con-trainteligência não se confundem com uma investigação criminal, pois enquanto esta procura elucidar crimes e contravenções, aquelas visam conhecer atores e fenômenos mais abrangentes, dados indispensáveis ao processo decisório do chefe de Estado, para que políticas públicas mais eficazes possam ser desenhadas e implementadas.

Afinal, não deve o Judiciário, mesmo que confrontado com situação fático-jurídica de expansão dos métodos ocultos de investigação, por mais graves e rumorosos sejam os crimes, aquiescer diante de violação a direitos e garantias fundamentais. Não deve o Judiciário, com receio de desagradar a opinião pública, validar provas produzidas por quem, constitucionalmente, não pode produzi-las. A democracia agradece.