**Política Criminal Atuarial - A Criminologia do Fim da História, editora Revan, Rio de Janeiro, 2013.**

**Autor:** Maurício Stegemann Dieter (Professor Doutor de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo),

O tema sinaliza o fim da história da criminologia no sentido de uma criminologia que não tem mais nenhum compromisso com as determinações do crime, que não quer mais pesquisar os processos de criminalização, que parte da criminalidade como um fato para fazer a gestão eficiente da criminalidade.

O termo “criminologia atuarial” expressa uma criminologia impossível. O que existe é uma “Política Criminal Atuarial”, isto é, uma forma de se tentar reprimir, prevenir e tratar as consequências da criminalidade a partir da lógica atuarial.

O que é a lógica atuarial?

É a lógica da aplicação da estatística como critério de justiça.

Seria a importação de um critério de justiça usado pelas companhias de seguro para dentro do sistema de justiça criminal.

O que é a lógica atuarial?

É a lógica da aplicação da estatística como critério de justiça.

Seria a importação de um critério de justiça usado pelas companhias de seguro para dentro do sistema de justiça criminal.

Ilustração:

Se você tem 18 anos, é homem, dirige um carro esportivo, o prêmio pago pelo seguro será altíssimo.

Não importa se você é um excelente motorista, o fato é que você pertence a um grupo de risco.

Em compensação, se mãe desse jovem tem 58 anos, mulher, dirige uma SUV (“Sport Utility Vehicle” – veículo utilitário esportivo), o prêmio será baixo e ela pode ser uma péssima motorista.

Não é uma questão de mérito individual, não é uma questão do que você faz como condutor, é uma gestão do risco em razão do perfil de risco que você representa.

Para penalista, isso soa como um resgate ao direito penal do autor, porque a pessoa não é punida pelo que ela fez, mas pelo perfil de risco que ela representa.

E a lógica atuarial, quando entra no sistema de justiça criminal, dá o tom do que vai ser o futuro do controle social nas sociedades capitalistas ocidentais:

a) Há um absoluto desprezo normativo: os teóricos atuariais que hoje trabalham em todo o sistema de justiça norte-americana desprezam a culpabilidade, legalidade, lesividade, proporcionalidade...

b) Os critérios normativos são descritos por eles (sem constrangimentos) como “óbices operacionais à perfeita racionalização do sistema de justiça criminal”, ou seja, eles pensam o Direito Penal como “um entrave ao bom funcionamento automático do Sistema de Justiça Criminal”;

c) E nessa incorporação do que antes era definido como racismo, classismo, sexismo, são incorporados esses elementos como “fatores de risco” e assim perde-se a vergonha de dizer que são escolhidas pessoas para serem punidas em função desses estigmas, que detonam meta-regras punitivas. São oficializas meta-regras como fatores de risco no direcionamento do aparelho punitivo estatal.

Portanto, a ideia de conter a violência (estatal) no Estado Democrático de Direito mediante Direito Penal hoje, nos Estados Unidos, cai em progressivo desuso (cada vez menos se presta atenção aos entraves normativos na hora de se imputar responsabilidade a alguém).

O que leva adiante esse movimento é a instilação do princípio da eficiência na racionalidade burocrática, o que transforma a racionalidade burocrática em uma racionalidade tecnocrática.

Em outras palavras, a ideia de que os agentes de justiça criminal (polícia, Ministério Público, juízes, carcereiros, diretores de penitenciária) devem ser orientados pelo princípio da eficiência.

O princípio da eficiência consegue diminuir o apelo normativo especialmente no Brasil, onde que ele foi oficialmente incorporado à Constituição Federal (art. 37, *caput*) e deve orientar todas as políticas públicas, inclusive a política de segurança pública.

Dizem os teóricos atuariais que o Direito Penal não é uma forma eficiente de manter a criminalidade em um patamar relativamente estável.

Logo, não se apresenta mais uma “solução” para a questão criminal, mas apenas uma gestão da questão criminal.

Aceita-se o crime como um fato social, mas a ideia é que se tenha uma “quantidade razoável” de crime.

E os teóricos tecnocráticos dizem: “o direito penal não é capaz de uma gestão eficiente da criminalidade”.

“Gestão eficiente da criminalidade” só pode ser feita mediante aplicação da estatística, que define os critérios ótimos de controle social.

Isso expressa, segundo o professor Sebastião Scherer, uma tendência “gerencialista” da política criminal contemporânea.

O professor diz que há 3 tendências da política criminal contemporânea:

1) Internacionalismo: há uma ingerência de tratados internacionais de “direitos humanos” (Lei de Lavagem de Capitais – art. 9º: “*sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)*” – margem para violação do dever de confidencialidade cliente/advogado.

\* Sintoma do internacionalismo, dos interesses punitivistas do centro do poder econômico global em países periféricos;

2) Populismo: que apela para o medo coletivo, para as ameaças indefinidas de “crime organizado” (ameaça latente e permanente que é difícil identificar onde está), “terrorismo” (“fantasma” contemporâneo), e seu uso é feito para violar direitos fundamentais a pretexto de protegê-los (lógica de exceção);

3) Gerencialismo.

A política criminal atuarial é a expressão mais forte dessa tendência gerencialista servindo o populismo para resolver os déficits de legitimidade dessa punição.

Ou seja, o dia a dia é feito com gerencialismo e para os casos mais graves apela ao populismo e o internacionalismo serve como uma forma de contenção da repressão nos estados capitalistas ocidentais como uma maneira de estabilizar essa repressão de uma maneira geral.

Por isso se diz que a política criminal atuarial é criminologia do fim da história.

A remissão é feita ao artigo publicado em fins de 1989 com o título de "O fim da história" e, posteriormente, em 1992, com a obra "O fim da história e o último homem", ambos de Francis Fukuyama.

Depois da queda do Muro de Berlim, não haveria mais história: após a queda do fascismo e do socialismo, não haveria mais “luta de classes” e haveria um consenso de que o capitalismo com democracia formal e mercados livres regulados pelo Estado de maneira distante seriam o máximo que a humanidade poderia chegar numa escala evolutiva.

Para aqueles que não concordam que a história acabou, mas que a história pertence aos povos e nós a fazemos todos os dias, colocar essa provocação de que a política criminal atuarial é criminologia do fim da história significa denunciar que hoje conseguiu se ultrapassar aquelas garantias históricas que limitavam o exercício da (...) violência para aderir à lógica tecnocrática (e que a política criminal atuarial é o ápice da razão cínica nesse sentido da destruição dos direitos fundamentais).

Nos EUA o processo é bastante extenso: inicia-se desde a década de 30 do século XX.

O professor Ernest Burgues da Universidade de Chicago constituiu o primeiro instrumento atuarial.

O que é um instrumento atuarial?

É um instrumento de verificação de risco: ele analisa o perfil de qualquer pessoa e calcula o risco que cada um representa para uma determinada ação (mediante fatores pré-determinados).

Esse primeiro instrumento da década de foi chamado *prognasio* e fundou uma escola em Chicago na busca de instrumentos atuariais que melhor verificassem o risco individual.

O exame do *prognasio* contava com 21 fatores, entre eles alcoolismo, dependência de drogas, raça (ser negro nos EUA sempre é um fator de risco para a criminalidade – isso é assumido sem constrangimento, parece que é uma justiça impessoal que não se envolve em questões éticas ou morais, pelo menos pretende fazer isso mediante retórica do risco e esse é o ponto preocupante).

Critérios mais frequentes de perfis de risco: sub ou desemprego, raça, nacionalidade, uso ou dependência de drogas ilícitas, baixa escolaridade, pouca idade, relações familiares conflituosas, comportamento sexual desviante ou promíscuo.

Tal instrumento reunia fatores e eram usados por comissões de técnicos para a concessão do que seria o equivalente ao Livramento Condicional (*parole, probation*).

Na primeira metade do século XX, boa parte dos estados norte-americanos adotava o sistema da indeterminação das penas por conta da crítica positivista.

O juiz condenava alguém, mas a data em que pessoa iria sair da penitenciária ficava a cargo dos técnicos do poder responsáveis pela “ortopedia moral” do sujeito. Como havia um receio de soltar quem ainda poderia ser considerado “perigoso”, eles submetiam o sujeito a um teste atuarial e conforme o resultado dos fatores de risco eles mantinham ou não o sujeito na prisão.

E isso permitiu operacionalizar essas comissões.

Portanto, a lógica atuarial surgiu no sistema de justiça criminal norte-americano num primeiro momento dentro da execução penal para racionalizar a disciplina carcerária e a entrada e saída de presos.

Mas como lógica totalitária que é, ela vai buscar via administrativização do Direito Penal a colonização da racionalidade instrumental de todos os agentes do sistema de justiça criminal (ou seja, vai se expandir para os processos de investigação, seleção, acusação, condenação, *plea bargaining*).

E isso é um processo e expansão que coincide com o processo de decadência das funções de prevenção especial positiva da pena nos EUA.

Na década de 70, os teóricos estadunidenses, especialmente a partir de um artigo de Robert Martinson (*What Works? Questions and answers about prison reform*, de 1974), concordam que *nothing works*, ou seja, que nada funciona em termos de prevenção especial positiva (“ressocialização” para prevenir a reincidência).

No final da década de 70, essa crítica de “harmônica reintegração pela pena do condenado à vida em sociedade” coincida com a emergência do projeto neoliberal.

São processos concomitantes: emergência do projeto político neoliberal e decadência da função de prevenção especial positiva.

Se você desacredita a prisão para ressocializar alguém, parece não sobrar muito a justificativa para a prisão, exceto a “retribuição da culpabilidade” (a não ser que se apele para uma teoria simbólica ou para uma teoria que possa instrumentalizar o Direito Penal como uma forma de controle social mais amplo – direito penal do inimigo).

A decadência da função especial positiva leva ao anacronismo da prisão. Se nada funciona, “vamos abolir a penitenciária”.

É claro que isso não estava na pauta dos tecnocratas.

Logo, há uma perversa troca, do ideal de prevenção especial positiva para um ideal de incapacitação.

Em pleno século XX, os teóricos da política criminal norte-americana voltam a defender que “a prisão só serve para prender”, que ninguém vai ser ressocializado pela prisão, que a prisão não estabiliza nenhum valor social, que a prisão não retribui a culpabilidade, a prisão serve para prender e só.

Se a prisão só serve para prender, então se poderia desistir dos caros programas de terapia, de educação, pedagogia, de lazer etc., os ortopedistas morais saem da penitenciária e a penitenciária é reestruturada em torno de um princípio chamado “*Warehousing*” (armazenamento), ou seja, pensar a penitenciária como um “depósito de seres humanos” – os mais perigosos na prateleira ao fundo, para que não saiam tão cedo).

As celas voltam a ser individuais, acabam os espaços coletivos porque o encontro entre presos e de presos com familiares ou pessoas de fora é visto como a origem de todo o conflito.

Essa lógica é chamada de “*inmate management*”, ou seja, o gerencialismo dos condenados, prova-se eficiente em termos de diminuição de conflitos na prisão dentro da prisão.

E a decadência da ressocialização e a valorização da incapacitação enfrentam um único óbice: se a prisão apenas serve para prender, que ao menos ela seja seletiva.

Retorna-se com a ideia de “grande confinamento” (à luz da ideia dos campos de concentração, dos Gulags – sistemas de trabalhos forçados na URSS), de um encarceramento em massa como ato desumano, só que com a desculpa de não ser uma incapacitação ampla, mas seletiva.

Para os tecnocratas isso significa o seguinte: nós vamos pegar os criminosos todos (aqueles que foram pegos pelos processos de criminalização), vamos submetê-los a testes atuariais.

Aqueles que tiverem elevado índice de risco de reincidência (perfil de alto risco), esses vão para a penitenciária.

Então, surge uma grande corrida entre os teóricos para provar que existem essas pessoas perigosas e incorrigíveis dentro daquilo que chama de “criminosos”.

A lógica atuarial, portanto, faz uma distinção: existe o total de criminosos (que são os apanhados pelos processos de criminalização), grupo é submetido a cálculos atuariais (testes de risco) e os que indicarem alto risco de reincidência vão direto para a penitenciária.

A questão a saber é o que define o alto risco de reincidência de alguém?

Teóricos que trabalharam nesse sentido procuraram saber quem são os “reincidentes crônicos” (quem eram essas pessoas “incorrigíveis”, que tem um perfil de alto risco E é claro que uma pesquisa dirigida para identificar pessoas perigosas encontra as pessoas perigosas que procura.

E eles identificaram essas pessoas como “predadores sociais” e “predadores sexuais”.

Foram, então, atrás do perfil de alto risco, identificaram os fatores de risco dessas pessoas e as definiram como “predadores sociais” e “predadores sexuais”.

Esse perfil de risco vira uma tabela atuarial e agora toda pessoa nos EUA é submetida em diferentes etapas do processo de criminalização a um instrumento que verifica o seu risco.

A lógica prevencionista desse método (que pressupõe que você pode acabar com o crime mediante redução do risco) se articula por todos os espaços sociais (condomínios em que pessoas com perfil de risco não entra; exame atuarial antes do casamento) – todas as áreas são racionalizadas por esse critério do risco, especialmente a criminal.

Como entendem possível antecipar os fatores de risco e há uma busca incessante por fatores de risco especialmente os objetivos (estáticos, estáveis, permanentes no tempo) como raça, etnia, gênero, sexo, chegou-se a um tal ponto que Terrie Moffitt, criminóloga alemã, e Avshalom Caspi defendem que você pode antecipar o risco de alguém ser criminoso aos 4 anos idade (o que equivale a você receber o boletim do seu filho e descobrir que ele é *bebê de Rosemary*).

Segundo Terrie Moffitt, “*nomenclature may change, but the faces remain the same*”, ou seja, os nomes podem variar, mas os rostos são os mesmos: o menino problema de hoje, é o adolescente problema de amanhã, é o criminoso do futuro.

A lógica de antecipar os fatores de risco é o fetiche dos tecnocratas atuariais.

O que há aqui é a perversa cooperação entre a ideia de prevenção especial negativa, ou seja, radicalização da política criminal em torno da incapacitação seletiva e a individualização dessa incapacitação (perseguição para incapacitação) de indivíduos definidos com perfil de alto risco.

Isso reformula toda a atividade do sistema de justiça criminal.

Policiais passam a ter suas operações definidas não por hipóteses de investigação, mas já vão atrás de suspeitos que apresentam alto risco.

Qualquer pequeno deslize de alguém que apresenta alto risco já justifica a intervenção policial.

Isso serve ainda para definir quem viaja ou não de avião (a pessoa é incluída no *No-Fly List* e não preciso dizer o porquê – basta dizer que há um perfil de risco).

Promotores são ensinados a denunciar e não oferecer o *plea bargaining* (possibilidade de negociação) e são obrigados a denunciar pessoas que no instrumento atuarial constem como de alto risco.

E a pior parte é na atividade jurisdicional.

Os juízes estão agora autorizados a definir a pena de alguém conforme cálculo atuarial, ou seja, não pelo que ela fez, mas pelo perfil que ela tem.

As *Federal Guidelines* (parâmetros objetivos do governo federal) autorizam que o juiz dê uma pena respondendo aos critérios de risco (...) de alguém e desse resultado ele define, de acordo com aquilo que é pensado como gravidade do crime, a pena.

Esse sistema não é obrigatório, mas se for utilizado, não é necessário fundamentar (na prática, acabaram impondo o sistema).

Isso é, na expressão de Samuel Walker, uma tentativa de *tame the system* (“domar o sistema”), de usar a lógica da automação dos processos de criminalização (rigorosamente, automatizar a seletividade do sistema de justiça criminal) – regras jurídicas e éticas à parte – desde a atividade policial até a execução da pena.

Todo o sistema de justiça criminal deve ser pensado fora do Direito Penal e pensado apenas em termos de eficiência.

E a eficiência passa pela aplicação desses fatores de risco estatísticos.

O efeito mais emblemático dessa lógica atuarial aparece quando se substituem nos EUA os diagnósticos clínicos de inimputabilidade, isto é, a definição de quem tem ou não tem “capacidade de culpabilidade” deixa de ser uma questão médica ou das ciências da subjetividade e se você é ou não imputável passa a ser definido por um instrumento de risco atuarial.

Com isso, há uma burocratização da subjetividade, acaba se transformando distúrbios de comportamento de problemas em fatores de risco.

Então você pode não ter nenhuma manifestação disso, mas se o cálculo dos elementos de risco diz que você é potencialmente esquizofrênico você é considerado inimputável e fica sujeito a uma (...) medida de incapacitação pelo tempo que o instrumento atuarial determinar.

Isso significa que há uma substituição da discricionariedade dos agentes da repressão – e geralmente da discricionariedade para absolver – por uma procedimentalização que segue formulário se pode comprar na internet por cerca de U$ 100,00 ou U$ 200,00.

Isso deveria ser muito preocupante em razão do alto número de processos nas varas criminais (se você diz ao juiz que ele pode condenar pessoas – absolver pessoas, embora isso seja sempre em menor parte –, definir a pena, a progressão de regime mediante um *software*, quem não iria querer aderir? – o juiz iria ser reduzido a apertar botões e em breve o próprio juiz não seria necessário para isso – pode ser um tecnocrata).

O medo que isso instala na crítica dizendo que isso é uma criminologia do fim da história (porque as determinações do crime ou dos processos de criminalização não estão em questão) remetem a 2 utopias negativas de futuro:

1) Nós, os Marcianos (Isaac Asimov);

2) 1984 (George Orwell).

Neles, há duas perspectivas de futuro: ou há um domínio tecnocrático (automatismo, sem discricionariedade) ou há um domínio da futilidade absoluta, em que não há um espaço para a crítica.

A lógica atuarial consegue conjugar essas duas utopias negativas de futuro, porque de um lado há um absoluto domínio tecnocrático – em que os critérios de justiça não significam nada – e, de outro lado, há uma impossibilidade da crítica denunciar, por exemplo, que o sistema de justiça é racista (porque o judiciário não é mais racista, ele segue critérios de risco).

Quando se diz que “ser negro é um fator de risco” a crítica de que é racismo não tem mais efeito porque isso já foi incorporado como fator de risco.

Da mesma forma, o fato de o sujeito ser pobre, homem, negro e jovem não é uma orientação racista, classista, machista do Sistema de Justiça Criminal, mas um dado incorporado como um dado estatístico que tem que ser observado.

Críticas:

a) Ético-normativa:

a.1) Violação da lesividade: pune em razão do perfil de risco, não pela ofensa concreta e relevante a bem jurídico;

a.2) Violação da proteção contra qualquer forma de discriminação: utilização de sexo, raça, etnia;

a.3) Violação da salvaguarda pelo direito de consciência, crença e convicção: confissões religiosas e certezas políticas;

a.4) Violação ao direito à autolesão da saúde: uso de drogas;

a.5) Violação ao direito à intimidade, à vida privada e livre locomoção: natureza das relações familiares, orientação sexual, local de residência;

a.6) Violação ao direito à preguiça: o trabalho é algo que não pode ser imposto.

Ainda, legalidade, proporcionalidade (medida da culpabilidade), humanidade etc.

b) Eficiência (?):

De 1980 a 2008:

Crescimento populacional: 34%

Aumento na quantidade de presos: 375%

1 milhão e 600 mil presos (penitenciárias)

+

750 mil presos provisórios

+

Os que irão cumprir pena de morte

+

“Parole” ou “Probation”

Total: 7 milhões de pessoas sob alguma forma de controle penal.

Custo: 68 bilhões de dólares anuais.

Conclusão: essa política está longe de ser eficiente.

**Tradução prática:**

Perspectiva crítica (criminologia crítica):

1) Inobservância das regras constitucionais, convencionais e legais de proteção dos direitos fundamentais;

2) Seletividade;

3) Preconceito;

4) Ausência de juízo crítico acerca da prova e da legislação;

5) Legitimação do Estado Policial;

6) Busca da “verdade real”: não há espaço para a dúvida (ambição de verdade).

TRÁFICO

Depoimentos isolados de policiais militares responsáveis pela apreensão de drogas (ausência de outras provas)

Insuficiência:

a) são agentes cuja atuação profissional está ligada à repressão ao tráfico, fato que inegavelmente macula a parcialidade de seus depoimentos;

b) há uma natural tentativa de legitimar suas ações, até porque participaram da prisão, havendo risco de responderem funcional e criminalmente por sua conduta (caso a versão apresentada não se mostre conforme a realidade);

c) porque são agentes do Estado incumbidos de angariar elementos informativos para formação da convicção do magistrado após a filtragem do devido processo legal, não podendo eles mesmos suprir os meios de prova que deveriam colher;

d) os policiais costumam ler previamente o boletim de ocorrência, o que impede a reprodução espontânea dos relatos e acaba por “legitimar” o próprio inquérito policial através da “programação” do depoimento” (art. 204 e parágrafo único; determinação de prévia leitura; art. 210 e parágrafo único).

Crítica: imputação de falso testemunho a testemunhas de defesa cujo depoimento destoa dos depoimentos dos policiais militares

Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008[)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm)

Determinação de prévia leitura.

Perda de uma chance (Alexandre de Morais da Rosa: http://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal)

Versão isolada dos policias sem reforçar a prisão em flagrante com elementos que a subsidiem (filmagens, testemunhas isentas – proteção pelo Provimento 32/2000, do TJSP – extrato de informação anônima etc.)

“*E apesar de a e. magistrada ter afirmado que a versão do acusado restou isolada nos autos, é imperioso lembrar que tampouco os policiais tiveram qualquer cuidado em cercar o flagrante de elementos que o corroborassem, embora plenamente possível.*

*Isso porque, embora os policiais tenham narrado a presença de diversas pessoas no local, nenhuma delas foi arrolada como testemunha, de modo que se pode concluir que a ausência de um testemunho isento foi causada pelos próprios policiais*”.

“*Ninguém apontou os réus como traficantes, tampouco algum suposto usuário foi ouvido, sendo impossível que nenhuma pessoa houvesse testemunhado algum ato de mercancia por parte do apelante que não pudesse ter sido arrolada como testemunha, cuja qualificação e endereço poderiam ser mantidos em sigilo em razão do Provimento 32/2000, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de SP)*”.

Abordagem inicial (busca pessoal): fundada suspeita.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 2o Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

Vedação de comportamento discriminatório (nulidade – art. 564, IV, do CPP: a nulidade ocorrerá nos seguintes casos: IV- por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato).

“*No particular, há que se pontuar, também, a necessidade de se conter atuações seletivas (escolhas arbitrárias de determinadas pessoas) do aparelho estatal, muitas vezes acobertadas por juízos discriminatórios e inconfessáveis. É dizer: deve a autoridade policial se encontrar apta a justificar a sua atuação, no âmbito da corporação, e ao nível do* estrito cumprimento do dever legal*”*.

(Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 5ª edição, Atlas, 2013, p. 475)

Ausência de harmonia, precisão, vagueza, principalmente quanto a tema essencial (“fundada suspeita”): dúvida razoável (absolvição: art. 386, VII, do CPP)

Confissão informal

A Constituição Federal garante de forma irrestrita o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII). O silêncio também é garantido nos artigos 8, 2, “g”, da Convenção Americana de Direito Humanos de 1969; 14, 3, “g”, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; e 186, do CPP.

A confissão informal obtida sem prévia advertência do acusado quanto ao direito ao silêncio e os depoimentos dos agentes policiais dela decorrentes são provas imprestáveis no processo (artigos 5°, LVI, da CF e 157, *caput* e § 1°, do CPP), devendo ser desconsiderados e desentranhados dos autos (artigo 157, do CPP).

Deve-se, por óbvio, entender que a norma constitucional, de eficácia plena e aplicação imediata (artigo 5°, § 1°, da CF), é aplicável desde a prisão em flagrante, sendo absolutamente ilógico entender que o preso só será informado de seu direito ao silêncio no interrogatório policial e na audiência em juízo, momento em que muitas provas contaminadas já foram produzidas

Tal advertência deve ser garantida de forma irrestrita pois serve para que não sejam os policiais militares os únicos responsáveis por definir quem é ou não traficante (já que eles apresentam as drogas e são eles as únicas testemunhas que eles próprios decidiram apresentar).

Além disso, trata-se de meio de expediente que torna o contraditório impossível à defesa por que impõe a ela o ônus (diabólico) da prova de fato negativo (como demonstrar que não houve confissão?).

“*HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REITERAÇÃO PARCIAL DE PEDIDOS. NÃO CONHECIMENTO. NÃO APRECIAÇÃO DE TESES DA DEFESA. INOCORRÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA. RECONHECIMENTO. IRRELEVÂNCIA NO JULGADO. (...) 2. Caracteriza prova ilícita o depoimento prestado por Delegado de Polícia, relativamente a "conversa informal" que manteve com indiciado, na fase inquisitorial. (...)*”

*(*HC 200302164044, HAMILTON CARVALHIDO, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:28/06/2004)

Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos (fixaram a interpretação adequada do privilégio contra a autoincriminação, conhecida como “Miranda Warnigs”, “Miranda Rules” ou "Miranda rights" (casos ESCOBEDO V. ILLINOIS - 378 U.S 478, 1964; MIRANDA V. ARIZONA - 384 U.S 436, 1966; DICKERSON V. UNITED STATES - 530 U.S 428, 2000).

Audiência de Custódia

A versão de que o acusado teria confessado informalmente e espontaneamente o tráfico é pouco crível.

Informado previamente de seus direitos, consciente de que não é obrigado a produzir prova contra si e partindo-se da premissa de que não havia qualquer coação ou engodo, a afirmação de que houve confissão informal simplesmente não convence.

Ainda que o réu não saiba indicar os motivos concretos pelos quais os policiais estariam apresentando versão diversa, não se pode ignorar o contexto de guerra às drogas em que estão inseridos e as frequentes violações a direitos que nela ocorrem.

Justamente por conta de situações como essa, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos preveem a garantia de apresentação da pessoa presa ao juiz no momento da prisão, o que é confirmado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, legítima intérprete da Convenção no âmbito internacional (e a sua jurisprudência deve servir de base de interpretação do tratado).

Artigo 7º, 5. Direito à liberdade pessoal. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Art. 9º, 3. Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Casos julgados pela Corte Interamericana.

“*78. Tal y como lo ha señalado en otros casos, este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente.*” (Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24/06/2005).

“*118. Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente. En el caso en análisis, el señor Tibi manifestó que rindió declaración ante un “escribano público” el 21 de marzo de 1996, casi seis meses después de su detención (supra párr. 90.22). En el expediente no hay prueba alguna para llegar a una conclusión diferente.*” (Caso Tibi Vs. Equador. Sentença de 07/09/2004).

Valoração dos elementos do inquérito policial (leitura constitucional e convencional do art. 155 do CPP, à luz do princípio acusatório e do devido processo legal)

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

É certo que os atos praticados durante a fase inquisitória são atos de investigação que servem para fundamentar medidas de natureza endoprocessual (cautelares reais e pessoais etc.) e a admissão ou não da acusação. Todavia, não servem para fundamentar a condenação, uma vez que não produzidos sob a égide do contraditório, com plena observância de todas as garantias.

Aury Lopes Júnior (Direito Processual Penal, 9ª edição, editora Saraiva, 2012, p. 333) é preciso:

“*O inquérito policial somente pode gerar o que anteriormente classificamos como* atos de investigação *e essa limitação de eficácia está justificada pela forma mediante a qual são praticados, em uma estrutura tipicamente inquisitiva, representada pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório. Destarte, por não observar os incisos LIII, LIV, LV, e LVI do art. 5° e o inciso IX do art. 93 da nossa Constituição, bom como o art. 8º da CADH, o inquérito policial jamais poderá gerar elementos de convicção valoráveis na sentença par justificar a condenação*”

Demonstração:

1) Prova oral produzida perante um juiz togado sem a presença de advogado constituído ou Defensor Público: violação à ampla defesa – nulidade absoluta (e havia juiz);

2) Prova emprestada de processo do qual o acusado não participou (não participou do contraditório original): violação ao contraditório – nulidade absoluta (e havia juiz);

Conclusão: como dar primazia ao inquérito policial, onde não há contraditório e ampla defesa e sequer há juiz?

Crítica: tentativa de “legitimar” o inquérito policial (expressão correta: “consta que...”).

Crítica: confissões na fase policial (delegacia de polícia)

Para piorar...

Súmula 342 do STJ: “*No procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente*”.

(TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 581)

Juntada da “oitiva informal” do adolescente perante o Ministério Público e da sua oitiva no juízo da Infância e da Juventude no processo envolvendo agente imputável: nulidade (violação do contraditório – DPE).

No caso da oitiva informal, é certo que não foi precedida da advertência quanto ao direito ao silêncio e à proteção contra a autoincriminação, garantias fundamentais insculpidas no artigo 5°, inciso LXIII, da Constituição Federal; no artigo 8°, 2, “g”, da Convenção Americana de Direito Humanos, de 1969; no artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a combinação do artigo 152, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com os artigos 186 e 6°, inciso V, do Código de Processo Penal.

Ainda que os documentos (oitivas do adolescente) entrem nesse processo pela forma documental (não pela via correta: depoimento oral), os mesmos questionamentos permanecem impedidos de serem feitos, de forma que permanece violado o contraditório garantido no artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal; artigo 8°, 1 e 3, da Convenção Americana de Direito Humanos, de 1969 – ratificada pelo Brasil pelo Decreto 678, de 6.11.1992; artigo 14, 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, – ratificada pelo Brasil pelo Decreto 592, de 6.07.1992, ambas com status de norma *supralegal* e artigo 155, Código de Processo Penal.

Violação de domicílio

Em 5 de maio de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 603616, com repercussão geral reconhecida, fixou a tese de que “*a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas* a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados*”.

A tese, fixada em processo submetido à sistemática da repercussão geral, deve ser observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário, nos termos do art. 927, V, do Novo CPC.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Tese institucional da DPE/SP: ausência de contexto emergencial impede entrada em domicílio (ainda que por “fundada suspeita”)

Os policiais militares afirmaram que receberam “denúncia anônima” que o acusado se utilizava do imóvel para exercer o tráfico de drogas.

Ao invés de os policiais solicitarem mandado de busca domiciliar para quaisquer fins, preferiram efetuar a diligência por si mesmos.

Não havia situação de flagrante permanente que autorizasse o ingresso da polícia no imóvel. Isso porque as situações que autorizam o ingresso em domicílio alheio a qualquer hora do dia ou da noite sem autorização do morador estão previstas no artigo 5º, inciso XI, da CF/88, sendo todas elas representativas de um contexto emergencial, em que seria absurdo esperar por uma ordem judicial ou pelo consentimento do morador para o ingresso no domicílio alheio: desastre, prestar socorro e flagrante delito. A regra é que somente se ingresse em domicílio alheio durante o dia, sem consentimento do morador, com ordem judicial. Essa é a regra. Portanto, em princípio, caso a polícia deseje ingressar em domicílio alheio, sem o consentimento do morador, deverá fazê-lo baseada em ordem judicial.

As demais situações que dispensam o consentimento do morador têm sua justificativa no fato de que não comportam razoavelmente que se aguarde por uma ordem judicial. Se existe um desastre ou é necessário prestar socorro, há que se entrar no domicílio alheio. Entretanto, em caso de flagrante delito, não será qualquer hipótese de flagrante permanente que irá autorizar esse ingresso.

Magistrado e professor Livre Docente da Faculdade de Direito da USP/Ribeirão Preto, Cláudio do Prado Amaral (autos n° 0000038-12.2013.8.26.0566, 2ª Vara Criminal de São Carlos, sentença de 14 de dezembro de 2013) afirma que:

“O artigo 5º, inciso XI, da CF/88 deverá receber interpretação teleológica, justamente por isso. Caso o crime permanente exija imediato ingresso dos policiais com dispensa do consentimento do morador, para se evitar um mal maior, não se deve pensar duas vezes e o ingresso deve ser efetivado. Se o crime permanente, e a respectiva situação de flagrante permanente, não demandam urgência e comportam, admitem, que se aguarde por uma ordem judicial, esta deve ser buscada em atenção ao devido processo (...). A interpretação teleológica constitucional é a que melhor atende aos fins de justiça conforme ensinam a doutrina e a jurisprudência, inclusive em prejuízo das interpretações gramatical, objetiva e subjetiva”.

Doutrina:

O flagrante que constitui verdadeira emergência para que se admita a violação domiciliar a qualquer hora do dia ou da noite sem prévia autorização judicial. Seriam hipóteses, por exemplo, de flagrante de crimes permanentes como a extorsão mediante sequestro, em que há a necessidade de prestar-se socorro imediato à vítima que corre perigo de vida etc., o que não se verifica em casos de crimes permanentes como a simples posse de entorpecentes ou de armas ilegais. [...] Não obstante se possa alegar que esse entendimento poderia obstaculizar a ação policial, este é o preço que se paga por viver em um Estado Democrático de Direito, que se deve tomar todas as medidas para restringir, ao máximo, a possibilidade de arbítrios e desmandos das autoridades policiais por mais bem intencionadas que possam elas estar.” (DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 6ª Ed. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 324p.)

E o presente caso não sugeria, de modo algum, que haveria partida de drogas, tampouco que a prova de eventual traficância seria prejudicada por qualquer demora.

Admitir que podem ser utilizadas provas colhidas nessas circunstâncias é o mesmo que assumir que o Estado pode arbitrariamente invadir domicílios, depois de realizar flagrantes em locais diversos, violando direitos constitucionais individuais, pois, caso venha-se a descobrir um crime, estará justificada a invasão do domicílio.

Estes fatos, obviamente, comprometem absolutamente toda a prova produzida, uma vez que as provas foram colhidas a partir de uma invasão domiciliar, longe de ter sido devidamente autorizada.

Pelos motivos acima, a prova colhida é ilegítima constitucionalmente, nos termos do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

E de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, aliás, todas as provas colhidas que apontarem em desfavor do réu são ilícitas por derivação (art. 157, §1º, CPP).

Assim, evidenciada a ilicitude da invasão do domicílio, requer-se a sua declaração, com a consequente desconsideração das diligências diretamente relacionadas à invasão domiciliar – ou seja: a totalidade das provas acusatórias constantes do auto de apreensão – e o desentranhamento dos autos de tais provas (art. 157, CPP).

Leitura da denúncia

Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

Eugênio Pacelli e Douglas Fischer destacam que “*o que se quer evitar [com a redação do art. 204, do CPP] é a programação do depoimento, que certamente impediria uma reprodução espontânea quanto aos conhecimentos pessoais da testemunha acerca dos fatos*”. Se o magistrado realiza a leitura prévia do depoimento para a testemunha, já está viciando seu depoimento, que tenderá a homologar aquilo ouvido em audiência.

Esclarecem os autores que “*o que se quer impedir é a memória prévia da narrativa, como se o conhecimento dos fatos dependesse de informações de terceiros*”, como a leitura prévia do depoimento em delegacia, acrescentando que “*o que deve ser colhido em instrução é o conhecimento pessoal do depoente e não as impressões que lhe foram repassadas por terceiros*”.

(Pacelli de Oliveira, Eugênio e Fischer, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 403 e 412).

O Código de Processo Penal é claro em seu art. 212 ao determinar que o juiz indeferirá as perguntas realizadas pelas partes que possam induzir a resposta da testemunha. Se as partes não podem efetuar este tipo de pergunta, menos ainda o magistrado, que deve prezar pela imparcialidade em sua atuação.

“*TESTEMUNHAS. INQUIRIÇÃO. JUIZ. DEPOIMENTO POLICIAL. LEITURA. RATIFICAÇÃO. A discussão diz respeito à maneira pela qual o magistrado efetuou a oitiva de testemunhas de acusação, ou seja, a forma como a prova ingressou nos autos. Na espécie, o juiz leu os depoimentos prestados perante a autoridade policial, indagando, em seguida, das testemunhas se elas ratificavam tais declarações. O tribunal a quo afastou a ocorrência de nulidade, por entender que a defesa encontrava-se presente na audiência na qual teve oportunidade para formular perguntas para as testemunhas. Nesse panorama, destacou a Min. Relatora que, segundo a inteligência do art. 203 do CPP, o depoimento da testemunha ingressa nos autos de maneira oral. Outrossim, frisou que, desse comando, retiram-se, em especial, duas diretrizes. A primeira, ligada ao relato, que será oral, reforçado, inclusive, pelo art. 204 do CPP. A segunda refere-se ao filtro de fidedignidade, ou seja, ao modo pelo qual a prova ingressa nos autos. Dessa forma, ressaltou que a produção da prova testemunhal, por ser complexa, envolve não só o fornecimento do relato oral, mas também o filtro de credibilidade das informações apresentadas. In casu, tal peculiaridade foi maculada pelo modo como empreendida a instrução, na medida em que o depoimento policial foi chancelado como judicial com uma simples confirmação, não havendo como, dessa maneira, aferir sua credibilidade. Assim, concluiu não se mostrar lícita a mera leitura do magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória, para que a testemunha, em seguida, ratifique-a. Com essas, entre outras considerações, a Turma, prosseguindo o julgamento, concedeu a ordem para anular a ação penal a partir da audiência de testemunhas de acusação, a fim de que seja refeita a colheita da prova testemunhal, mediante a regular realização das oitivas, com a efetiva tomada de depoimento, sem a mera reiteração das declarações prestadas perante a autoridade policial. Precedentes citados do STF: HC 75.652- MG, DJ 19/12/1997, e HC 54.161-RJ, DJ 22/4/1976*”.

(STJ, HC 183.696-ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 14/2/2012. 6ª Turma).

Dificuldade: prejuízo decorrente da demora dos Tribunais Superiores em conhecer a matéria.

Contexto de guerra às drogas.

Ainda que o acusado não saiba indicar os motivos concretos pelos quais os policiais estariam apresentando versão diversa, não se pode ignorar o contexto de guerra às drogas em que estão inseridos e as frequentes violações a direitos que nela ocorrem.

Reportagem (observar como os fatos constaram do Boletim de Ocorrência em relação à sua real dinâmica):

http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/policial-que-agrediu-comerciante-sera-afastado-diz-secretaria-de-seguranca.html

Crítica: policiais são os verdadeiros juízes (Estado Policial)?

Demonstração do tráfico (intuito de cessão a terceiros com finalidade lucrativa): desclassificação (art. 28, da Lei 11.343/06)

Art. 28, § 2o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente;

Circunstâncias: quantidade compatível com o uso; dinheiro decorrente de atividade informal; sem petrechos que favoreçam o para tráfico (balança, celular, anotações); local de venda é o mesmo de uso; embalagem da droga para venda é a mesma embalagem que se porta após a compra (tráfico? Uso próprio?).

Demonstração: difícil, em razão de permanecer preso ao longo do processo. Indeferimento de provas requerida após contato com Defensor Público.

Importante: Recurso Extraordinário 635659 (discussão acerca da inconstitucionalidade: violação da alteridade)

Causa de diminuição (tráfico privilegiado)

Art. 33, § 4º: § 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Quantidade de drogas descaracteriza?

Hediondo?

HC 118533, julgado em 23.06.2016: o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, entendeu que o chamado tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

Principais consequências: não-aplicação do regime inicial fechado obrigatório (art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos); progressão de regime em 1/6, não em 2/5 ou 3/5.

Importante: no HC 111840, julgado em 27.06.2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº. 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, o qual prevê que a pena por crime hediondo (e, portanto, estende-se aos crimes equiparados, como o tráfico de drogas) será cumprida, inicialmente, em regime fechado (violação ao princípio da individualização das penas e do dever de adequada motivação das decisões - artigos 5º, inciso XLVI e 93, inciso IX, da Constituição Federal).

Critérios de fixação de regime (art. 33, §§ 2º e 3º do CP)

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Súmula nº 719 do STF: a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Súmula nº 718 do STF: a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula nº 440 do STJ: fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Pelas razões expostas, a jurisprudência é unânime ao exigir coerência do juízo sentenciante ao estabelecer a pena-base e ao fixar o regime de cumprimento de pena, uma vez que ambas as providências têm por fundamento legal o mesmo artigo 59 do Código Penal.

Substituição de pena.

Possível: resolução nº 5/2012 do Senado Federal suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do art. 33, § 4º, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Pena de multa para o tráfico privilegiado

Redução máxima da pena: 166 dias-multa. Fixados no mínimo (com a causa de diminuição), totalizam R$ 4869.33.

Na medida em que o acusado é reconhecidamente hipossuficiente economicamente, nomeando-se para ele a Defensoria Pública desse Estado, inconcebível a presunção de que em algum momento ele terá capacidade econômica para efetuar o pagamento da multa.

Logo, patente a ofensa ao princípio da isonomia na medida, pois o Legislador, ao fixar a pena mínima de multa em valores tão proibitivos para a maior parcela da sociedade brasileira, ou seja, mais de 5 salários mínimos, tratou de pessoas com condições econômicas diferentes sem atentar para os ditames impostos pelo princípio da igualdade distributiva. Assim, a pena de multa fixada para o delito em questão é de impossível cumprimento por parte de grande parcela da população.

Aliás, é de se indagar: como alguém que acabou de cumprir sanção privativa de liberdade e tem pena de multa pendente poderia efetuar o seu pagamento se, ainda que consiga trabalho lícito, dificilmente receberá como salário valor superior a um quinto da multa cominada?

Nessas condições, parece que a opção do Legislador vai contra o fim último da pena, a reintegração harmônica do sentenciado. Se o sentenciado tem sanção de multa contra si, mas não tem possibilidade de saldá-la, não seria exigir muito dele que permaneça afastado do crime e encontrasse outra fonte de renda para conseguir vultosa quantia em dinheiro para quitar sua obrigação com o ente estatal?

Por outro lado, há ofensa flagrante ao princípio da individualização da pena, que não é em momento algum considerado pelo Legislador ao fixar a pena mínima em quinhentos dias-multa!

Questões importantes:

1) Decretação de prisão preventiva com fundamento na ordem pública (“gravidade do crime” e não potencialidade de reiteração da conduta): automatismo da prisão;

2) Conversa restrita e reservada: ausência de garantia;

3) Inversão da ordem de interrogatório;

4) Alvará de soltura: sem contrafé (ausência de entendimento adequado: descumprimento da medida, ausência em audiência).

5) Absolvição: sem indenização;

6) Drogas encontradas na cela: relações de poder internas;

7) Revista vexatória: inexigibilidade de conduta diversa

Atenuantes inominadas

Quanto à culpabilidade, verifica-se que era de rigor a fixação da pena-base no mínimo legal ou, mesmo, aquém desse mínimo, dada a patente vulnerabilidade da acusada ao sistema punitivo. Traz-se à baila, aqui, a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, desenvolvida pelo Ministro da Suprema Corte Argentina E. R. Zaffaroni. Ora, uma vez que é público e notório o fato de que as pessoas socialmente vulneráveis são mais propensas à repressão penal, deve-se entender a culpabilidade como um dado conectado à realidade social, e não em vista do inexistente homem médio. Assim, será mais culpável aquele proveniente de um segmento social poderoso que tenha sido criminalizado. O socialmente vulnerável, de outra partida, não pode ser repreendido com a mesma gravidade, uma vez que, por sua colocação social, está mais suscetível às investidas da repressão penal, enquadrando-se no estereótipo do cliente preferencial do sistema repressor.

Esclarecendo a necessidade de adoção da culpabilidade por vulnerabilidade, confira-se:

*“O reconhecimento dos diversos níveis de vulnerabilidade busca estabelecer um direito penal menos desigual, na medida em que se pode dar contornos dogmáticos eficazes à redução de uma falha estrutural do sistema repressivo, tentando estabelecer padrões de aplicação da lei com a maior possibilidade de isonomia e ética. Segundo a teoria, a vulnerabilidade concreta se opera por uma associação entre o estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal pela vulnerabilidade. Precisamente, é o esforço pessoal que deve ser considerado para efeito de regrar a culpabilidade*[*.*](http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4093) *A exemplificar, basta perceber que o esforço pessoal de uma pessoa poderosa para ser criminalizada é absurdamente maior se comparado ao esforço de um desprovido de recursos. Em outras palavras, os desprovidos de poder sempre estão mais suscetíveis a serem alcançados pelo poder punitivo” (LEMOS, Clécio José Morandi de Assis.* Culpabilidade por vulnerabilidade. *In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, p. 16-17, mai., 2010).*

No mesmo sentido, cabe trazer à baila o conceito de “co-culpabilidade”, que exige uma valoração mais benéfica da culpabilidade quando as condições sociais do agente tenham figurado como um dos fatores de criminalização. Assim, a sociedade excludente deve assumir parte da culpabilidade do agente, que não pode arcar com toda a responsabilidade por seu ato quando é cediço que a criminalidade de massa é não apenas um problema penal, mas também, um problema social.

Sobre o princípio da co-culpabilidade, confira-se:

*“O chamado ‘Princípio da Co-Culpabilidade’ aponta para a necessidade de avaliar nos casos concretos o grau de liberdade com que o agente contava ao enveredar na senda criminosa. Quando o espaço decisório do agente encontrar-se muito limitado pelas suas condições sócio-econômicas, impõe-se um reconhecimento pela sociedade e pelo Estado de certo grau variável de co-responsabilidade pela conduta delituosa a que em parte foi o autor impelido por tais condições adversas. A grande conseqüência é que a reação penal nesses casos deve ser abrandada, senão até mesmo afastada, dependendo, como antes destacado, do grau maior ou menor de condicionamento provocado pelo status sócio-econômico do agente” (CABETTE, Eduardo Luiz Santos.* Sociedade, desenvolvimento e liberdade: conectando o pensamento econômico de Amartya Sem com o princípio jurídico-penal da co-culpabilidade. *Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 184, p.9-10, mar. 2008).*

Assim, tanto o estado de vulnerabilidade social do agente quanto a co-culpabilidade devem ser consideradas, nos termos do artigo 59 do CP, para que eventual pena seja reduzida ao mínimo legal ou, mesmo, aquém do mínimo cominado. No mais, tais fatores claramente constituem circunstâncias legais atenuantes inominadas, nos termos do artigo 66 do CP, que possibilita a redução da pena “*em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*”.

FIANÇA

Tese institucional da DPE/SP:

Condições de admissibilidade da prisão preventiva.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

Decisão com natureza de prisão preventiva: título jurídico para prisão – expedição de mandado de prisão;

Decisão com natureza de liberdade provisória: ausência de título jurídico para prisão – expedição de alvará de soltura.

Lógicas da cautelares diversas: soltura e aguarda cumprimento/descumprimento;

Lei de abuso de autoridade (Lei 4.898/65):

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção;

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.

Violação da igualdade (amparo familiar);

Violação da intranscêndencia (penalização de terceiros);

Declaração de pobreza: autodeclaração (presunção: assistido pela Defensoria Pública).

Crítica: manutenção da prisão em boa parte dos casos.

ROUBO

Reconhecimento:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

Il - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais

Tentativa: teoria da *amotio*

Emprego de arma: ausência de laudo (inversão do ônus da prova)

Prisão preventiva praticamente decretada de forma automática (gravidade em abstrato) e regime fechado

Súmula 443 do STJ: o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. (não aplicada)

*RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO QUALIFCADO. RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFCADORAS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DE 1/3. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTES. IMPOSIBLIDADE. SÚMULA Nº 231 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE, CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.*

*1. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (concurso de agentes emprego de arma de fogo) pode agravar pena em até metade, quando magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal.*

*2. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas (CP, art. 157, §2º, I) ou grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa (CP, art. 157, §2º, I) –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.*

*3. In casu, não há nos autos elementos que comprovem maior reprovabilidade do réu, aptos a elevar a reprimenda acima do percentual mínimo previsto na lei, pelo que deve ser mantida a fração de1/3 (um terço) fixada pelas instâncias ordinárias.*

*4. "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula n.º231/STJ).*

*5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para redimensionar a pena imposta ao réu em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.*

*Recurso Especial n° 738.166-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 26/06/2007.*

Aumento de pena: circunstância irrelevante.

Para aumentar a pena-base em montante superior a 1/6, a magistrada se valeu de circunstância absolutamente irrelevante pois fora do âmbito de proteção da norma.

E mais.

Na esteira do Direito Penal do Autor e não do Fato, proferiu decisão pautada em considerações preconceituosas e discriminatórias.

Disse:

“*Atendendo às circunstâncias judiciais, principalmente a condição de morador de rua há um ano, tendo uma conduta de desestrutura familiar e sem perspectiva de emprego, fixo a pena-base em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, no valor unitário mínimo legal*.”

A crítica que ora se faz a esse trecho da sentença encontra eco em teóricos importantes que trabalham o tema da Justiça, como Nancy Fraser, titular da cátedra *Henry A. and Louise Loeb* de Ciências Políticas e Sociais da *New SchoolUniversity*, em Nova Iorque:

“*Como já foi dito, o centro normativo da minha concepção (de justiça) é a noção de paridade de participação. De acordo com essa norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir uns com os outros como parceiros. Para que a paridade de participação seja possível, eu afirmo que, pelo menos, duas condições devem ser satisfeitas. Primeiro, a distribuição dos recursos materiais deve dar-se de modo que assegure a independência e voz dos participantes. Essa eu denomino a condição objetiva da paridade participativa. Ela exclui formas e níveis de desigualdade material e dependência econômica que impedem a paridade de participação. Desse modo, são excluídos os arranjos sociais que institucionalizam a privação, a exploração e as grandes disparidades de riqueza, renda e tempo livre, negando, assim, a algumas pessoas os meios e as oportunidades de interagir com outros como parceiros.*

*Ao contrário, a segunda condição requer que os padrões institucionalizados de valoração cultural expressem igual respeito a todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social. Essa eu denomino condição intersubjetiva de paridade participativa. Ela exclui normas institucionalizadas que sistematicamente depreciam algumas categorias de pessoas e as características associadas a elas. Nesse sentido, são excluídos os padrões institucionalizados de valores que negam a algumas pessoas a condição de parceiros integrais na interação, seja sobrecarregando-os com uma excessiva atribuição de “diferença”, seja falhando em reconhecer o que lhes é distintivo.*

*Tanto a condição objetiva quanto a condição intersubjetiva são necessárias para a paridade de participação. Nenhuma delas sozinha é suficiente. A condição objetiva focaliza preocupações tradicionalmente associadas com a teoria da justiça distributiva, especialmente preocupações relacionadas à estrutura econômica da sociedade e às diferenciações de classes economicamente definidas. A condição intersubjetiva focaliza preocupações recentemente abordadas pela filosofia do reconhecimento, especialmente preocupações relacionadas à ordem de status da sociedade e às hierarquias de status culturalmente definidas. Dessa forma, uma concepção ampla da justiça, orientada pela norma da paridade participativa, inclui tanto redistribuição quanto reconhecimento, sem reduzir um ao outro.*

(Fraser, Nancy; *RECONHECIMENTO SEM ÉTICA?* Artigo originalmente publicado na revista *Theory, Culture & Society*, v. 18, p. 21-42, 2001. Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis)

O fato de o réu estar *em situação de rua* nada diz com alguma *conduta* passível de valoração penal.

Da mesma forma ter um *ambiente familiar* *desestruturado* não implica qualquer reprovabilidade por dano a terceiros. Pior, sequer se sabe se o réu tinha ambiente familiar e se esse seria desestruturado. E ainda assim, se ele foi o responsável e em que medida, por quais atos.

Considera de forma negativa a *circunstância* de estar desempregado, além de uma preocupante desconsideração da realidade econômica do país e das dificuldades especialmente vivenciadas por pessoas dessa faixa de renda e que estão na condição de moradores de rua, constitui um indevido avanço na esfera privada de cada um.

Entendimento contrário ao exposto traduzir-se-ia em patente violação ao postulado da autodeterminação individual, elemento central do meta-princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da CF), ao direito de liberdade (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” - art. 5°, II, da CF) e ao princípio da ofensividade, não passando tal ordem de ideias de uma discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, vedada pela Constituição Federal – art. 5°, XLI, da CF).

É certo que condutas que não estejam diretamente relacionadas à criação de um risco proibido ou a uma lesão a bem jurídico de terceiro são irrelevantes penais, não apenas em termos de configuração típica mas também em termos de valoração de condutas, sendo vedada a consideração negativa de modos de vida que fazem parte da escolha legítima de cada indivíduo e dizem respeito ao seu particular projeto de vida.

FURTO

Insignificância.

Reconhece-se a aplicação do referido princípio quando verificadas "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/2004).

A existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como *maus antecedentes*, reincidência ou ações penais em curso, não impedem a aplicação do princípio da insignificância.

Nesse sentido, STJ, HC 250.122-MG, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 02.04.2013 (informativo STJ n° 520):

*PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. REMÉDIO CONSTITUCIONAL SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. FURTO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE.*

*3. Para a incidência do princípio da insignificância são necessários a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.*

*4. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente, que subtraiu 11 (onze) latas de leite em pó Itambé, avaliadas em R$ 76,89 (setenta e seis reais e oitenta e nove centavos), sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta.*

*5. Ressalte-se, ainda, que, segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte e também no Supremo Tribunal Federal, a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não impedem a aplicação do princípio da insignificância.*

*6. Habeas corpus não conhecido, concedida a ordem de ofício a fim de, aplicando o princípio da insignificância, obstar a persecução penal contra a paciente.*

Plenário do Supremo Tribunal Federal:

*PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.*

*2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.*

*3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena.*

*4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.*

*(STF, HC 123108, plenário, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Dje 01.02.2016).*

Outros casos:

Maus antecedentes e período depurador;

Art. 387, § 2º do CPP: o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

“Personalidade” voltada para a prática do crime;

Regime semiaberto: o incompatível com a prisão preventiva (desestimula recorrer – violação ao direito ao duplo grau e jurisdição);

*Mutatio libelli*: art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1o Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2o Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Obs: laudo antes da audiência (não-aditamento em audiência), memoriais do MP (sem aditar), preliminar da defesa, vista ao MP, manifestação (sem aditar), conclusão ao juiz, abertura de vista ao MP “para aditar” = preclusão, intempestividade, violação do princípio acusatório (filtragem constitucional e convencional do § 1º).

Garantia de defesa técnica eficiente: dever de garantia pelo magistrado (Súmula 523 do STF: no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu).