

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO
GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA



**TÓPICOS AVANÇADOS DE
DIREITO PENAL
E PROCESSUAL PENAL**

**Tópicos Avançados de
Direito Penal e Processual Penal**



JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO
GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA

Tópicos Avançados de Direito Penal e Processual Penal

1ª Edição

Quipá Editora
2022

Copyright © dos autores e autoras. Todos os direitos reservados.

O conteúdo dos capítulos, os dados apresentados, bem como a revisão ortográfica e gramatical são de responsabilidade de seus autores, detentores de todos os Direitos Autorais, que permitem o download e o compartilhamento, com a devida atribuição de crédito, mas sem que seja possível alterar a obra, de nenhuma forma, ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial: Me. Adriano Monteiro de Oliveira, Quipá Editora / Dra Anna Ariane Araújo de Lavor (IFCE) / Dra Anny Kariny Feitosa (IFCE) / Dra. Elaine Carvalho de Lima (IFTM) / Dra. Érica P. C. L. Machado (UFRN) / Dra. Harine Matos Maciel (IFCE) / Dra. Patricia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza (TCE-SE/UNIT).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R484t Ribeiro, Jéssica Cavalcanti Barros
Tópicos avançados de direito penal e processual penal / Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana. — Iguatu, CE : Quipá Editora, 2022.
110 p.

ISBN 978-65-5376-004-2

DOI 10.36599/qped-ed1.130

1. Direito penal. 2. Direito processual penal. I. Santana, Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de. II. Título.

CDD 345

Elaborada por Rosana de Vasconcelos Sousa — CRB-3/1409
Obra publicada pela Quipá Editora em janeiro de 2022.

AGRADECIMENTOS

No século 17, Robert Hooke, cientista que realizava experimentos com a luz, ficou irritado com o fato de que Isaac Newton havia contestado seu trabalho. Assim, enviou, à Real Society, correspondência desaprovando a conduta de Newton. Apesar disso, em 05 de fevereiro de 1676, Isaac Newton, em uma carta a Robert Hooke, escreve que *“se vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes”* (frase lembrada até os dias atuais).

Estar sobre os ombros de gigantes é aprender com os erros e acertos das pessoas que julgamos ser exemplos. Esta experiência apreendida não é somente a acadêmica, mas também sobre a afeição, o afeto, os relacionamentos, o modo de agir e de viver.

Assim, utilizo este espaço para agradecer e homenagear os gigantes em cujos ombros eu me apoiei: a Larissa Leal, Renato Feitosa, Ivanildo Figueiredo, Cláudio Brandão e Daniel Meira, os professores sem os quais eu não teria a coragem de escrever este livro, e dos quais tenho as lembranças mais expressivas da Faculdade de Direito do Recife.

Agradeço a Ricardo Russell, amigo da Defensoria Pública da União, que me ajudou a ver um caminho a ser percorrido no ensino.

A Ismael Sidrônio, primo e tio, de quem recebi valorosas lições sobre a filosofia, a moral, a vida.

E, em especial, a Vlader, Fabíola, Agnes, Dafne e Íris: a família que todos gostariam de ter.

Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana

APRESENTAÇÃO

Engana-se quem pensa que aqueles que estudam o Direito Penal e Processual Penal pretendem se tornar fervorosos aplicadores de punições. Quem estuda o Direito é um(a) cientista. De igual forma, dedicar-se ao estudo de uma só área não significa que se olvidou das demais: o Direito não é formado por ilhas, o Direito é um continente, o Ordenamento Jurídico é um; a divisão em áreas é apenas pedagógica. Dessa maneira, todas as áreas dialogam e se completam.

Para além de ramos que impõem sanções e penas, os Direitos Penal e Processual Penal são, ao mesmo tempo, ciência e limitadores ao poder do Estado. São ciência porque possuem princípios norteadores e métodos próprios de aplicação; e limitam o poder do Estado na medida em que retiram dele a discricionariedade sobre a punição, tornando ilegal toda pena cominada para além do que está na norma.

Esta obra, portanto, pretende trazer temáticas por muitos ignoradas, mas que são basilares, no estudo do Direito Penal e Processual Penal, para quem deseja conhecer o âmago destas Ciências. Inicia-se pela Teoria do Delito, com a análise das acepções da culpabilidade no Direito Penal; prossegue-se com o Instituto da Tentativa.

Após, aborda-se a figura recém-criada do Juiz das Garantias, expondo-se os avanços com a criação deste instituto. Também se estuda o Livramento Condicional, a Busca e Apreensão de bens no Processo Penal e a extinção da punibilidade em crimes contra a Ordem Tributária. Encerra-se o livro com a discussão sobre a Teoria da Cegueira Deliberada no contexto de crimes de Lavagem de Capitais.

Os temas aqui abordados são o que há de mais atual na seara criminal nestes últimos tempos. Com efeito, o leitor poderá atestar que se trata de uma obra atualizada, que reúne os mais variados posicionamentos da doutrina e da jurisprudência, com exposição dos pontos mais controvertidos da lei.

Buscamos, o quanto possível, harmonizar o conteúdo teórico ao aspecto prático. Segundo um conhecido pensamento, o bom livro é aquele que se abre com interesse, se estuda com prazer e se fecha com proveito. É o que se deseja!

PREFÁCIO

Conforme o brocardo latino *ubi societas, ibi jus*, onde está a sociedade também está o Direito, a recíproca (*Ubi jus, ibi societas*) é completamente verdadeira. O Direito Penal consiste no primeiro ramo do Direito a ser efetivamente formatado, tendo em vista a necessidade de se impor ordem na sociedade, a partir do momento em que ocorreu a sedentarização dos grupos. Assim, em várias leis antigas, como o Código de Hamurabi (Babilônia), o Código de Manú (Índia), o Torá (Israel), o Direito Penal já estava presente, porém tinha como característica, além da Lei Do Talião (e o seu famoso ditado “olho por olho, dente por dente”), a submissão do direito a dogmas religiosos, de modo que muitas vezes o Direito e a Religião se confundiam.

Contudo, com a evolução das sociedades, o Direito sentiu a necessidade de tornar-se laico, dissociando-se da religião, ao menos nos países ocidentais, e a partir desse momento, passou a buscar a neutralidade dos seus postulados como forma de ser aplicado *erga omnes*, sem distinções. No entanto, ainda que seja uma importante característica do Direito Penal a neutralidade das suas leis, muitas vezes há a percepção de que apesar de a lei não ser seletiva quanto aos seus destinatários, na prática o sistema penal acaba por selecionar aqueles sobre os quais deve recair o rigorismo da lei.

Desta forma, é de grande importância acompanhar a evolução do Direito Penal, mas principalmente analisa-lo sob o ponto de vista crítico, científico, buscando evitar o seu engessamento através da continuidade de dogmas ultrapassados que já não têm lugar na sociedade.

Assim, é com essa proposta de criticismo que este livro, organizado por Jéssica Cavalcanti e Guilherme Sidrônio, tem por finalidade discutir temas atuais acerca do Direito Penal e do Direito Processual Penal, tais como a culpabilidade, a tentativa, institutos que fazem parte da Teoria do Crime, e apesar de fazerem parte da dogmática penal, são analisados de acordo com a atualidade de sua discussão e aplicação. Também será analisado um recente instituto chamado “juiz das garantias”, que configura tema bastante novo no processo penal brasileiro e que necessita de maiores reflexões. Ademais será tratado sobre o famigerado pacote

anticrime e sua alteração no instituto do livramento condicional, algo que configurou uma *novatio legis in pejus*, a partir do momento em que a nova lei impede a concessão do benefício àqueles que venham a ser condenados por crimes hediondos e equiparados que resultem morte. E ainda, serão planteadas questões bastante importantes em temas de direito penal tributário e crimes de lavagem de capitais.

Desta forma, o presente livro é uma ótima oportunidade de ampliarmos nossos conhecimentos sobre temas bastante atuais acerca do Direito Penal e do Direito Processual Penal, através de uma linguagem clara e de fácil compreensão, que nos leva a uma maior reflexão sobre questões que muitas vezes não são discutidas com maior amplitude nos meios acadêmicos e doutrinários. Muito grata aos autores pelo convite de leitura nessa bela obra que tanto contribuirá para uma maior crítica acerca dos ramos do Direito mencionados que tanto necessitam evoluir de acordo com a sociedade brasileira.

Jaíza Sammara de Araújo Alves¹

¹Doutoranda em Direito Penal (Universidad de Buenos Aires); mestranda em Ciências Criminológico Forenses (Universidad de Ciencias Sociales e Empresariales - Argentina); especialista em Direito Penal e Processo Penal (Uniseb/Praetorium); especialista em Psicologia Jurídica (Facape); professora dos cursos de Direito da Facape e Uneb; advogada; escritora.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I	09
ANÁLISE DAS ACEPÇÕES DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	
CAPÍTULO II	25
ANÁLISE DO INSTITUTO DO <i>CONATUS</i> (TENTATIVA): OS CRITÉRIOS PARA A VERIFICAÇÃO DA PASSAGEM DA PREPARAÇÃO PARA A EXECUÇÃO DO CRIME	
CAPÍTULO III	40
O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS NA SALVAGUARDA DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO	
CAPÍTULO IV	50
AS MUDANÇAS EFETIVADAS PELA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NO INSTITUTO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL	
CAPÍTULO V	63
ANÁLISE DOGMÁTICA E JURISPRUDENCIAL DOS LIMITES DA BUSCA E APREENSÃO DE BENS DE TERCEIROS NÃO ESPECIFICADOS NO MANDADO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E STF	
CAPÍTULO VI	78
O <i>ÜNTERMASSEVERBOT</i> DO DIREITO ALEMÃO E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO	
CAPÍTULO VII	89
A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (<i>WILFULL BLINDNESS</i> OU <i>OSTRICH INSTRUCTIONS</i>) NO CONTEXTO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100
SOBRE OS AUTORES	109
ÍNDICE REMISSIVO	110

CAPÍTULO I

ANÁLISE DAS ACEPÇÕES DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

INTRODUÇÃO

O presente capítulo objetiva analisar o instituto da culpabilidade no Direito Penal Brasileiro, notadamente porque este instituto possui múltiplas acepções. Desta forma, temos três acepções do termo culpabilidade para o Direito Penal, são elas: (I) a culpabilidade como princípio, querendo traduzir a limitação da responsabilidade penal objetiva; (II) a culpabilidade como limite de pena, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; e (III) a culpabilidade como elemento do delito, configurada pelo conjunto de características pessoais do sujeito que conduzem ao reconhecimento da culpabilidade.

Com efeito, o conceito de culpabilidade penal é, modernamente, o elemento da teoria do delito ao qual se dá mais atenção. Todas essas acepções surgiram justamente da evolução do conceito do instituto e das suas funções que, pouco a pouco, foram evoluindo na estrutura dogmática. O Código Penal não apresenta e jamais apresentou o conceito de culpabilidade. Essa tarefa é da doutrina, que formulou vários significados ao longo do tempo.

1. O MÉTODO PENAL: OBJETO DA INVESTIGAÇÃO E DIMENSÕES DO ESTUDO

A culpabilidade enquanto princípio deve ser estudada à luz do método do Direito Penal, pois é pelo método que se pode estudar um objeto, formulando enunciados para melhor entendê-lo. A dogmática penal e, em particular, a Teoria do Crime, que tem na tipicidade o seu primeiro elemento (seguida pela antijuridicidade e culpabilidade), representam em si uma limitação ao *jus puniendi* (BRANDÃO, 2012, p. 180).

Se o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, e conseqüentemente a pena, depende da referida Teoria do Crime para ser aplicada, o que não estiver em conformidade com o estabelecido por ela estará logicamente afastado daquele ramo do direito. Neste sentido, a Teoria do Crime, ao estabelecer critérios para a identificação do que é delito e para a imputação da pena, representa um método, pois funciona como caminho para se chegar ao conceito (BRANDÃO, 2012, p. 182).

O Princípio da Legalidade dá ao método penal *status* Constitucional. Dispõe o art. 5º, XXXIX, da Constituição, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. A cientificidade do Direito Penal é decorrente da existência de um método, que investigue o seu correspondente objeto. Portanto, é o Princípio da Legalidade que torna o Direito Penal suscetível de limitações, representando ele a condição para o Direito Penal científico, isto é, a condição para o desenvolvimento dos elementos que integram a dogmática (BRANDÃO, 2012, p. 186-187).

A seu turno, o Princípio da Culpabilidade também possibilita uma aproximação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, uma vez que a Constituição estabelece em seu art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória.

2. CONCEITO DE CULPABILIDADE E DISTINTAS ACEPÇÕES DO TERMO

A expressão culpabilidade é evidentemente derivada da palavra culpa e culpado, que tem vinculação religiosa, pois o fundamento da “culpa religiosa” sempre foi a possibilidade de escolha entre o bem e o mal. Essa simples observação diz muito a respeito da culpabilidade penal, pois, durante muito tempo, o instituto foi estudado com o objetivo de identificar a existência ou não da possibilidade de o agente atuar de outro modo sem violar o Direito Penal, ou seja, pelo livre arbítrio, o agente escolheria o “bem”. Culpabilidade, nesse sentido, nada mais é do que a reprovação jurídica ao autor do fato que, tendo possibilidade de agir conforme o direito, opta por violá-lo (BUSATO, 2015, p. 522). Entretanto, o doutrinador Bitencourt (2012, p. 28) detecta outros sentidos para o termo,

afirmando assim a natureza plurissignificativa do instituto da culpabilidade no Direito Penal:

Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido. Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, significa um juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa para a conseqüente aplicação de pena. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, e que deverão ser necessariamente valorados para, dependendo do caso, afirmar ou negar a culpabilidade pela prática do delito. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, entende-se a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, de acordo com a gravidade do injusto. Desse modo, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena. E, finalmente, em terceiro lugar, entende-se a culpabilidade, como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa.

A mutação permanente sofrida pelo conceito de culpabilidade levou a doutrina e a legislação a incorporarem, em seu discurso, distintos usos para o mesmo termo. Assim, temos que em várias passagens do Código Penal se utiliza a expressão culpabilidade querendo significar coisas diferentes. Do mesmo modo, a doutrina em geral, repetindo a terminologia, também faz referência a culpabilidade em vários sentidos. De forma sucinta, pode-se dizer que há três sentidos em que mais frequentemente se usa a expressão culpabilidade em Direito Penal: (i) a culpabilidade como princípio; (ii) a culpabilidade como limite da pena; (iii) a culpabilidade como elemento do delito (BUSATO, 2015, p. 523).

3. A CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO NO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sua sentença penal

condenatória. Trata-se de exigir a concorrência de dolo ou de imprudência para a realização do delito, ou seja, de que não só o fato possa ser atribuído objetivamente ao autor como obra sua, mas também possa sê-lo subjetivamente. É necessário lembrar que essa concepção é o que leva a diferenciar o Direito Penal do Direito Civil. Esse último, em alguns casos, dispensa a análise do aspecto subjetivo da responsabilidade. No Direito Penal a responsabilidade é sempre subjetiva, ou seja, é imprescindível a contribuição pessoal do agente para com o ilícito. Essa contribuição pessoal significa que o agente decidiu conscientemente em favor da prática do delito (BUSATO, 2015, p. 523). Segundo Nucci (2020, p. 111), o Princípio da Culpabilidade:

Significa que ninguém será penalmente punido, se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não será objetiva, mas subjetiva (*nullum crimen sine culpa*). Trata-se de conquista do direito penal moderno, voltado à ideia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos.

O Princípio da Culpabilidade está previsto na Constituição justamente porque não se pode, em um Estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o Ordenamento pode impor (pena) em simples relação de causalidade, sem que exista vontade ou previsibilidade do agente. Haveria flagrante intervencionismo estatal na liberdade individual caso fosse possível padronizar esse entendimento (NUCCI, 2020, p. 111). Para Bitencourt (2012, p. 28):

Segundo o princípio de culpabilidade, em sua configuração mais elementar, “não há crime sem culpabilidade”. No entanto, o Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado. Porém, essa forma de responsabilidade objetiva está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigendo o princípio *nullum crimen sine culpa*.

“*Não há crime sem culpa*”, porque o próprio Código Penal estabelece que somente há crime quando estiver presente o dolo ou a culpa (art. 18). Note-se, ainda, a redação do parágrafo único desse artigo: “*Salvo os casos expressos em lei, ninguém será punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente*”. Assim, a regra adotada é buscar o dolo do agente, para fundamentar e legitimar a punição, na esfera penal. Não o encontrando, deve-se

procurar a culpa, desde que expressamente prevista, como alternativa, no tipo penal incriminador. Em hipóteses extremadas, devidamente previstas em lei, pode-se adotar a responsabilidade penal objetiva, fundada em ato voluntário do agente, mas sem que, no momento da prática da conduta criminosa, estejam presentes o dolo ou a culpa, como ocorre com a embriaguez voluntária - art. 28, II, CP (NUCCI, 2020, p. 111).

4. A CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA IMPOSTA AO CONDENADO

Os limites da liberdade de agir implicam em proporcional reprovação desse agir. A culpabilidade representa também o grau de reprovabilidade de cada conduta em face de seu contexto. É uma medida de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade (BUSATO, 2015, p. 524). Assim, a simples presença de culpabilidade é um indicativo de merecimento de repulsa social e, uma vez que ela exista, seu grau será determinante para compreender a necessidade maior ou menor de reação social contra a conduta (BUSATO, 2015, p. 524).

A culpabilidade se encontra expressa no art. 59 do Código Penal. Ao se limitar a punibilidade dos feitos pela culpabilidade, há a limitação da sanção segundo o grau de reprovação merecido pela conduta. Ao aplicar a pena, o juiz se vê condicionado a obedecer ao postulado da proporcionalidade vinculado à reprovabilidade do comportamento do autor, tratada também como culpabilidade. Nas etapas relacionadas com a fixação da pena, há referências à culpabilidade, sendo sempre vinculada a essa ideia de grau de reprovabilidade da conduta (BUSATO, 2015, p. 524).

Dessa maneira, a intensidade da culpa (junto com outros fatores) definirá a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - art. 44, III, CP -, auxiliará na fixação do *quantum* de pena privativa de liberdade a ser aplicada - art. 59 CP - e interferirá na distribuição da carga penal entre os coautores - art. 29 CP (BUSATO, 2015, p. 525). Para Nucci (2020, p. 620):

Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista no art. 59, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito +

consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.

Assim, o art. 59 do Código Penal é utilizado tanto para a fixação da pena como para a análise dos benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de *sursis*, concessão do regime aberto, entre outros). A culpabilidade, acertadamente, substituiu as antigas expressões “intensidade do dolo” e “graus da culpa”, previstas antes da Reforma Penal de 1984. Para compor o fato típico, o magistrado analisa se houve dolo ou culpa, pouco interessando a intensidade deles. O elemento subjetivo, portanto, não deve servir para guiar o juiz na fixação da pena, porque aqui o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso (NUCCI, 2020, p. 619).

5. A CULPABILIDADE COMO SUBSTRATO DO DELITO NA TEORIA DO CRIME

A Teoria do Crime considera três elementos para caracterização do crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Os dois primeiros formam o juízo sobre a conduta, o último é o juízo sobre o autor da conduta. A terceira acepção do termo culpabilidade refere-se ao elemento do delito. É possível dizer que a culpabilidade diz respeito a todas as características relativas ao sujeito necessárias para imputar-lhe reprovação penal - como um juízo de valor normativo por sua atitude contrária ao direito (BUSATO, 2015, p. 526).

A posição da culpabilidade na estrutura do crime (conceito analítico) configura questão prejudicial no limiar da Teoria do Delito, gerando indisfarçável controvérsia na doutrina (CUNHA, 2016, p. 282): é ou não o terceiro requisito/substrato do crime?

Para a corrente bipartite, a culpabilidade não é substrato do crime. O crime existe com os requisitos “fato típico” e “ilicitude”, mas só será ligado ao agente se este for culpável. Logo, de acordo com essa orientação, a culpabilidade aparece como pressuposto de aplicação da pena, juízo de reprovação e censura, pressupondo a prática de um crime. Já a corrente tripartite ensina que a culpabilidade deve ser tratada como terceiro substrato do crime, com seu juízo de reprovação extraído da análise sobre como o sujeito ativo se situou e posicionou

diante do episódio com o qual se envolveu (fato típico e ilicitude). A tipicidade, ilicitude e culpabilidade seriam não apenas pressupostos de aplicação da pena, mas elementos constitutivos do crime. Admitir crime sem culpabilidade é aceitar ser possível crime sem censura (CUNHA, 2016, p. 282). Brandão (2003, p. 131-132) esclarece o seguinte:

O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, para que haja um crime é necessário que existam todos os elementos, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito, a antijuridicidade é um juízo de contrariedade do fato humano com o direito. Tanto a antijuridicidade quanto a tipicidade referem-se ao fato do homem, são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez, não é exemplo dos demais elementos, um juízo sobre um fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

Cunha (2016, p. 281) conceitua culpabilidade como o juízo de reprovação que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal. São duas, basicamente, as principais teorias desenvolvidas para fundamentar a culpabilidade do autor do fato típico e ilícito: o livre arbítrio e o determinismo. E, para Cunha (2016, p. 281), não há incompatibilidade entre ambas, mas complementariedade:

O livre arbítrio é proveniente da Escola Clássica e se estabelece no fato de que o homem é dotado de capacidade moral para eleger o melhor caminho e, por isso, deve ser responsabilizado pelas livres escolhas a que se dedica no decorrer da vida. O determinismo, por outro lado, originado da Escola Positiva, sustenta que ao homem não é possível atuar soberanamente em suas escolhas em virtude de fatores inúmeros, internos e externos, capazes de influenciá-lo a cometer determinado fato ilícito.

A culpabilidade é um juízo de valoração concreto, razão pela qual surge a importância de se ter o fato típico e antijurídico, indicando qual é o foco de realidade a ser objeto desse juízo de reprovação social (RAMÍREZ, 2007, p. 1100). Já Nucci (2020, p. 391) conceitua culpabilidade da seguinte forma:

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de

ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo).

A análise da presença da culpabilidade leva em conta o perfil subjetivo do agente. Para Masson (2019, p. 366):

Culpabilidade é o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição de pena. A culpabilidade pode ser encarada como elemento do crime tanto para um simpatizante do sistema clássico como também para um partidário do sistema finalista, desde que se adote um conceito tripartido de crime. Para os adeptos do finalismo bipartido, contudo, a culpabilidade funciona como pressuposto de aplicação da pena, e não como elemento do crime.

É a culpabilidade que diferencia a conduta do ser humano normal e apto ao convívio social, dotado de conhecimento do caráter ilícito do fato típico livremente cometido, do comportamento realizado por portadores de doenças mentais, bem como de pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e também dos atos dos seres irracionais ou de pessoas que não possuem consciência do caráter ilícito do fato típico praticado ou não tem como agir de forma diversa. Aqueles devem ser punidos, pois tinham a possibilidade de respeitar o sistema jurídico e evitar resultados ilícitos, estes não (MASSON, 2019, p. 366).

5.1 A culpabilidade como substrato do delito na Teoria do Crime: Teorias da Culpabilidade

Como já explanado, o Código Penal nunca formulou o conceito de culpabilidade. Essa tarefa é da doutrina, que, ao longo do tempo, formulou diversas teorias. Abordaremos a Teoria Psicológica, a Teoria Normativa ou Psicológico-Normativa e a Teoria Normativa Pura, e, logo em seguida, esclareceremos a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro.

Para a Teoria Psicológica da Culpabilidade, idealizada por Franz von Liszt e Ernst von Beling, o pressuposto fundamental da culpabilidade é a imputabilidade, compreendida como a capacidade do ser humano de entender o caráter ilícito do

fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (MASSON, 2019, p. 366). A culpabilidade, que tem como pressuposto a imputabilidade, é definida como o vínculo psicológico entre o sujeito e o fato típico e ilícito por ele praticado. Esse vínculo pode ser representado tanto pelo dolo como pela culpa (MASSON, 2019, p. 367).

Dolo e culpa são espécies da culpabilidade, pois são as formas concretas pelas quais pode se revelar o vínculo psicológico entre o autor e a conduta praticada. Além disso, o dolo é normativo, ou seja, guarda em seu interior a consciência da ilicitude. Como a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, somente se analisa a presença do dolo e da culpa se o agente for imputável (maior de 18 anos de idade e mentalmente sadio). Essa teoria somente é aplicável no campo da teoria clássica da conduta, em que o dolo e a culpa integram a culpabilidade (MASSON, 2019, p. 367). O doutrinador Nucci (2020, p. 392) ao discorrer sobre a Teoria Psicológica da Culpabilidade aponta suas falhas:

Culpabilidade é importante elemento do crime, na medida em que representa o seu enfoque subjetivo, isto é, dolo e culpa. Para esta corrente, ao praticar o fato típico e antijurídico (aspectos objetivos do crime), somente se completaria a noção de infração penal se estivesse presente o dolo ou a culpa, que vinculariam, subjetivamente, o agente ao fato por ele praticado (aspecto subjetivo do crime). Em suma, culpabilidade é dolo ou culpa. A imputabilidade penal é pressuposto de culpabilidade, portanto, somente se analisa se alguém age com dolo ou culpa, caso se constate ser essa pessoa imputável (mentalmente sã e maior de 18 anos). A teoria psicológica apresenta falhas variadas, embora a principal, em nosso entendimento, seja a inviabilidade de se demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não se faz nenhum juízo de valor sobre a conduta típica e antijurídica. Assim, aquele que é imputável e atua com dolo, por exemplo, ainda que esteja sob coação moral irresistível poderia ser considerado culpável, o que se afigura ilógico;

Para a Teoria Normativa ou Psicológico-Normativa, proposta por Reinhart Frank, culpabilidade e exigibilidade de conduta diversa relacionam-se. A culpabilidade deixa de ser um fenômeno puramente natural, de cunho psicológico, pois a ela se atribui um elemento estritamente normativo, inicialmente chamado de normalidade das circunstâncias concomitantes e posteriormente de motivação normal, atualmente definido como exigibilidade de conduta diversa (MASSON, 2019, p. 368).

Dessa maneira, o conceito de culpabilidade assume um perfil complexo, constituído por elementos naturalísticos (vínculo psicológico, representado por dolo e culpa) e normativos (normalidade das circunstâncias concomitantes ou motivação normal). Assim, sua estrutura passa a ser composta por três elementos: imputabilidade, dolo/culpa e exigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade deixa de ser pressuposto da culpabilidade para funcionar como seu elemento, e o dolo permanece normativo, isto é, o conhecimento acerca do caráter ilícito do fato (MASSON, 2019, p. 368).

Em resumo, somente é culpável o agente maior de 18 anos e mentalmente sadio (imputabilidade) que age com dolo e culpa e que, no caso concreto, poderia comportar-se conforme o direito. Afasta-se a culpabilidade quando não se pode exigir do sujeito um comportamento conforme o Ordenamento Jurídico (MASSON, 2019, p. 368). Para o autor Nucci (20,20, p. 392-393), esta teoria deu ênfase ao conteúdo normativo da culpabilidade e não simplesmente ao aspecto psicológico (dolo e culpa):

acrescentou-se o juízo de reprovação social (ou de censura), que se deve fazer em relação ao autor de fato típico e antijurídico, quando considerado imputável (a imputabilidade passa a ser elemento da culpabilidade e não mero pressuposto), bem como se tiver agido com dolo (que contém a consciência da ilicitude) ou culpa, além de dever haver prova da exigibilidade e da possibilidade de atuação conforme as regras do Direito.

A Teoria Normativa Pura surge com o finalismo penal de Hans Welzel, e a sua adoção somente é possível em um sistema finalista. Essa teoria é assim denominada porque os elementos psicológicos (dolo e culpa) que existiam nas teorias psicológica e psicológico-normativa da culpabilidade foram transferidos para o fato típico, alojando-se no interior da conduta. Dessa maneira, a culpabilidade se transforma em um simples juízo de reprovabilidade que incide sobre o responsável pela prática de um ato típico e ilícito (MASSON, 2019, p. 369).

O dolo passa a ser natural (sem a consciência da ilicitude). Desta maneira, ele é levado para a conduta, deixando a consciência da ilicitude na culpabilidade. Esta, por sua vez, passa a ser potencial, ou seja, basta que o agente na situação real tenha a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato praticado com base em juízo comum (MASSON, 2019, p. 369).

Em suma, os elementos constitutivos da culpabilidade são ordenados hierarquicamente, de modo que o segundo pressupõe o primeiro, e o terceiro depende dos anteriores. De fato, se o indivíduo é inimputável, não pode ter a potencial consciência da ilicitude. E, se não tem a potencial consciência da ilicitude, não lhe pode ser exigível conduta diversa (MASSON, 2019, p. 369). Sobre a culpabilidade na ótica do finalismo, ensina Nucci (2020, p. 393):

A conduta, sob a ótica do finalismo, é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Logo, ao agir, o ser humano possui uma finalidade, que é analisada, desde logo, sob o prisma doloso ou culposo. Portanto, para tipificar uma conduta – conhecendo-se de antemão a finalidade da ação ou da omissão – já se ingressa na análise do dolo ou da culpa, que se situam, pois, na tipicidade – e não na culpabilidade. Nessa ótica, culpabilidade é um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato típico e antijurídico e seu autor, agente esse que precisa ser imputável, ter agido com consciência potencial da ilicitude e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o Direito.

A Teoria Normativa Pura da Culpabilidade subdivide-se em outras duas: (i) Extremada, extrema ou estrita e (ii) Limitada. Em ambas, a estrutura da culpabilidade é idêntica: seus elementos são imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. A distinção entre elas, repousa somente no tratamento dispensado às discriminantes putativas (MASSON, 2019, p. 369). Nestas, o agente incidindo em erro, supõe situação fática ou jurídica que, se existisse, tornaria a ação legítima.

Com efeito, para a Teoria Normativa Pura, em sua variante extremada, as discriminantes putativas sempre se caracterizam como erro de proibição. Por sua vez, para a Teoria Normativa Pura, em sua face limitada, as discriminantes putativas podem caracterizar erro de tipo ou erro de proibição, a depender das peculiaridades do caso concreto (MASSON, 2019, p. 369).

Por fim, devemos esclarecer, após o estudo das várias teorias da culpabilidade, qual delas foi adotada pelo Código Penal Brasileiro. Conforme afirma Masson (2019, p. 370), é possível afirmar que o Código Penal em vigor acolheu a Teoria Normativa Pura, em sua vertente limitada. Essa afirmação se extrai a partir dos arts. 20 e 21 do Código Penal, a partir do tratamento do erro.

Além disso, o item 19 da exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal afirma:

Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas "discriminantes putativas". Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada pela culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (artigo 17, § 1º).

Para o doutrinador Cunha (2016, p. 284), o nosso Código Penal adotou a Teoria Limitada da Culpabilidade, eis que as discriminantes putativas se encontram, topograficamente, no dispositivo que trata do erro de tipo (art. 20 CP), e não no artigo que explica o erro de proibição (art. 21 CP), indicando deste modo, a opção do legislador no tratamento da matéria (CUNHA, 2016, p. 279). Por fim, Greco (2017, p. 133) afirma que:

Para a teoria limitada, se o erro do agente recair sobre uma situação fática, estaremos diante de um erro de tipo, que passa a ser denominado de erro de tipo permissivo; caso o erro do agente não recaia sobre uma situação de fato, mas, sim, sobre os limites ou a própria existência de uma causa de justificação, o erro passa a ser, agora, o de proibição.

Logo, compreende-se a adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, pelo Código Penal, quanto às discriminantes putativas. Caso o erro do agente recaia sobre situação de fato, configura-se erro de tipo; caso o erro do agente recaia sobre limites ou a própria existência de uma causa de justificação, configurar-se-á erro de proibição. Finalizaremos o tópico, outrossim, com exemplos sugeridos por Masson (2019, p. 264) que ilustram as supracitadas teorias.

Exemplo de discriminante putativa relacionada ao erro relativo ao pressuposto de fato de uma causa de exclusão da ilicitude: é o caso daquele que, ao encontrar seu desafeto, e notando que tal pessoa coloca a mão no bolso, saca seu revólver e o mata. Descobre, depois, que a vítima fora acometida por cegueira, por ele desconhecida, e não poderia sequer ter visto o seu agressor. Ausente, portanto, um dos requisitos da legítima defesa (agressão injusta).

Exemplo de discriminante putativa relacionada ao erro relativo à existência de uma causa de exclusão da ilicitude: imagine-se o sujeito que depois de

encontrar sua mulher com o amante, em adultério, mata a ambos, por crer que age acobertado pela legítima defesa da honra. Nessa situação, o agente errou quanto à existência desta descriminante, não acolhida pelo Ordenamento Jurídico em vigor.

Exemplo de descriminante putativa relacionada ao erro relativo aos limites de uma causa de exclusão da ilicitude: um fazendeiro que reputa adequado matar todo e qualquer posseiro que invada a sua propriedade. Cuida-se da figura do excesso, pois a defesa da propriedade não permite esse tipo de reação desproporcional.

5.2 A culpabilidade como substrato do delito na Teoria do Crime: os elementos da culpabilidade

São elementos da culpabilidade (i) a imputabilidade, (ii) a potencial consciência da ilicitude e (iii) a exigibilidade de conduta diversa. Imputabilidade é a capacidade de imputação, ou seja, possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal. A imputabilidade é elemento sem o qual entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, sendo, portanto, inculpável (CUNHA, 2016, p. 287). De acordo com o entendimento de Busato (2015, p 556 - 557):

A imputabilidade refere-se à reunião de um conjunto de características pessoais que tornam o sujeito capaz de ser uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade por um ilícito cometido. Para que se possa reprovar uma conduta, é necessário que seja demonstrado que o agente podia compreender, de maneira geral, o comando normativo. Somente pode ser reprovada a conduta de alguém que seja capaz de compreender o que faz e de orientar sua conduta de acordo com essa compreensão. A imputabilidade é pois, em termos gerais, uma capacidade de compreensão e de valoração e atuação consequente com essa compreensão. Essa compreensão, valoração e atuação depende, evidentemente, da conjunção de fatores físicos, biológicos, psíquicos e psicossociais.

São dois os elementos que devem se fazer presentes para que haja imputabilidade (CUNHA, 2016, p. 287): intelectual (higidez psíquica que permita ao agente ter consciência do caráter ilícito do fato); e volitivo (o agente domina a

sua vontade e se determina de acordo com esse entendimento). Para Nucci (2020, p. 401), a imputabilidade:

É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em *sanidade mental* e *maturidade*. Se o agente não possui aptidão para entender a diferença entre o certo e o errado, não poderá pautar-se por tal compreensão e terminará, vez ou outra, praticando um fato típico e antijurídico sem que possa por isso ser censurado, isto é, sem que possa sofrer juízo de culpabilidade.

Assim, como no Direito Privado se pode falar em capacidade e incapacidade para realizar negócios jurídicos, no Direito Penal fala-se em imputabilidade (capacidade) ou inimputabilidade (incapacidade) para responder penalmente por uma ação delitiva praticada. Note, entretanto, que nem sempre a capacidade civil caminha lado a lado com a imputabilidade, a exemplo do que acontece com o menor de 18 e maior de 16 anos casado, que embora capaz no campo civil, não será responsabilizado penalmente, pois inimputável (CUNHA, 2016, p. 287). Pondera Nucci (2020, p. 401):

O inimputável (doente mental ou imaturo, que é o menor) não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, aplicando-se-lhe medida de segurança, que se baseia no juízo de periculosidade, diverso, portanto, da culpabilidade. O autor de um fato típico e antijurídico, sem compreensão do que fazia, não merece ser considerado criminoso – adjetivação reservada a quem, compreendendo o ilícito, opta por tal caminho, sofrendo censura –, embora possa ser submetido a medida especial cuja finalidade é terapêutica, fundamentalmente.

A conclusão a respeito da inimputabilidade do autor do fato típico e ilícito só pode decorrer de perícia médica, que estabelece o grau de incompreensão em que se deu a ação ou a omissão, o que pode acarretar em redução de pena (semi-imputáveis), em vez de medida de segurança (inimputáveis). Esta regra não se aplica aos casos de inimputabilidade em razão da idade, em que se presume de forma absoluta a incapacidade de entendimento e determinação do menor (CUNHA, 2016, p. 296).

A potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade, representando a possibilidade que o agente imputável tem de compreender a

reprovabilidade da sua conduta. Note-se que não se exige do sujeito ativo uma compreensão técnica, um conhecimento jurídico do evento praticado, mas apenas que tenha condições de perceber que o seu comportamento não encontra respaldo no Ordenamento Jurídico, sendo reprovado pelo direito. Contenta-se com a percepção leiga, uma valoração paralela na esfera do profano (CUNHA, 2016, p. 297). Para Busato (2015, p. 569):

A consciência da antijuridicidade ou ilicitude, porém, como conceito normativo, não se dirige à aferição da presença efetiva da consciência do ilícito, mas apenas à possibilidade de existir essa percepção, pelo que trata-se de uma potencial consciência da ilicitude, que significa reunir condições de perceber, dadas as circunstâncias concretas, que se está realizando um ilícito.

A exigibilidade de conduta diversa significa que, para a reprovação social, não basta que o autor do fato lesivo seja imputável e tenha possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito. Exige-se ainda que, nas circunstâncias, tivesse a possibilidade de atuar de acordo com o Ordenamento Jurídico (CUNHA, 2016, p. 301). Para Nucci (2020, p. 423), a inexigibilidade de conduta diversa faz parte da coação moral irresistível e da obediência hierárquica. Dessa maneira, o Código Penal, no art. 22 tratou do tema, ao afirmar que *“se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”*, havendo ausência de culpabilidade na conduta do executor do crime.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o termo “culpabilidade” solidificou a aproximação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, uma vez que, junto com o Princípio da Legalidade, possibilitou trazer o ser humano à centralidade do Direito Penal, humanizando-o.

Além disso, o termo “culpabilidade” é plurissignificativo. De forma sucinta, pode-se dizer que há três sentidos em que mais frequentemente se usa a expressão culpabilidade no Direito Penal: (i) a culpabilidade como princípio, que determina a responsabilidade subjetiva no Direito Penal, ou seja, a proveniente de

dolo e culpa; (ii) a culpabilidade como limite da pena, que determina o grau de reprovabilidade da conduta cometida pelo agente para fins de imposição do *quantum* da pena; (iii) a culpabilidade como elemento do delito, terceiro substrato do crime da teoria tripartite do delito, composta pela imputabilidade, pela exigibilidade de conduta diversa e pela potencial consciência da ilicitude.

CAPÍTULO II

ANÁLISE DO INSTITUTO DO CONATUS (TENTATIVA): OS CRITÉRIOS PARA A VERIFICAÇÃO DA PASSAGEM DA PREPARAÇÃO PARA A EXECUÇÃO DO CRIME

INTRODUÇÃO

Neste capítulo, será analisado o instituto da Tentativa (ou *conatus*), no Direito Penal Brasileiro, identificando-se quando efetivamente se inicia a fase de execução de um crime e em que momento do *iter criminis* o delito pode sofrer punição. Segundo propõe a maioria dos doutrinadores, a tentativa de um crime efetivamente se inicia na fase de execução. Entretanto, há critérios determinantes de passagem dentro do *iter criminis* (da fase de preparação para a fase de execução do crime), pois, enquanto os atos preparatórios são, em regra, impuníveis, os atos executórios são, em regra, puníveis. Opera-se uma verdadeira divisão entre impunidade e possibilidade de se aplicar a punição (punibilidade).

Desta forma, para identificar os atos de execução, são necessárias manifestações externas inequívocas no sentido da pretensão criminosa, eis que o Código Penal adota a Teoria Objetiva como regra geral. O *iter criminis* (caminho do crime) também será analisado, bem como as outras teorias existentes na doutrina sobre a separação de atos preparatórios e atos de execução (Teorias Subjetiva e Objetiva). Esta última se dividindo em objetivo-formal, objetivo-material e objetivo-individual.

Inicialmente, no primeiro tópico, serão analisados o conceito e a natureza jurídica da tentativa (apesar de o Código Penal apresentar o conceito de tentativa, é tarefa da doutrina determinar quando ela se inicia). Desenvolvendo o tema, no segundo tópico, será analisado o *iter criminis* (caminho do crime), e serão destacadas as fases mais importantes, com o intuito de esclarecer as diferenças entre atos preparatórios e executórios.

Por fim, no terceiro tópico, serão analisadas as correntes doutrinárias existentes sobre a separação de atos preparatórios e atos de execução: as Teorias

Subjetiva e Objetiva (essa se dividindo em objetivo-formal, objetivo-material e objetivo-individual).

1. CRIME TENTADO: O INSTITUTO DA TENTATIVA/CONATUS/FORMA CONATA/CRIME IMPERFEITO/CRIME MANCO

O Instituto da Tentativa é estudado na manifestação do crime, sobretudo porque determinadas condutas são consideradas tão nocivas para a organização social que não é razoável aguardar a efetiva aflição dos bens jurídicos para que haja reação do Sistema Penal. Brandão (2008), ao abordar a evolução histórica e o surgimento do instituto da Tentativa, aduz que somente no período mais avançado do direito medieval, no período dos pós-glosadores, no século XVI, surgiu a construção de uma solução intermediária entre a punibilidade e a impunidade do crime. Foi *Farinacius*, com a obra *Tractatus Criminalis*, quem criou a figura do *conatus* (tentativa), distinguindo entre *conatus remotus* (atos preparatórios) e *conatus proximus* (atos de execução), estabelecendo as bases do estudo da Tentativa.

A Tentativa possui uma evolução que vai do Direito Romano e Germânico até 1810, com os franceses, estabelecendo que só há Tentativa quando o crime não chega a consumir-se por circunstâncias exteriores ao agente. Segundo Brandão (2008), foi somente com o Código Penal Francês de 1810 que houve a separação das etapas do *iter criminis* (itinerário a percorrer desde a ideação do crime até a consumação) em: i) *Cognitio* ou cognição, que é o planejamento do evento pelo sujeito, completamente impune, pois não se castigam pretensões; ii) atos preparatórios (*conatus remotus*), que são atos externos, a exemplo da compra de uma arma com o intuito de praticar homicídio (os atos preparatórios não são puníveis, a menos que por si só constituam crimes); iii) atos de execução (*conatus proximus*), que são as atitudes diretamente ligadas à prática do crime, configurando atos puníveis, como a tentativa; iv) consumação, que é o alcance do resultado pretendido pelo autor, punido como crime consumado; v) exaurimento, que configura objetivo extra, não fazendo parte do tipo incriminador.

Com efeito, Busato (2015) conceitua o crime tentado como aquele cuja execução foi iniciada e que não chegou ao resultado, contrariando a planificação elaborada pelo agente. Nucci (2020) define tentativa como “*a realização incompleta da conduta típica, que não é punida como crime autônomo*”. E Masson (2019) aduz que o ato de tentativa é necessariamente um ato de execução, pois exige-se que o sujeito tenha praticado atos executórios, daí não sobrevindo a consumação por forças estranhas ao seu propósito, o que acarreta em tipicidade não finalizada, sem conclusão. Finalmente, Bitencourt (2012, p. 521) conceitua a tentativa como:

a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há prática de ato de execução, mas o sujeito não chega à consumação por circunstâncias independentes de sua vontade.

Sobre o instituto da tentativa, o Código Penal Brasileiro estabelece em seu art. 14, inciso II:

Art. 14 - Diz-se o crime:

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente

Assim, a tentativa é a execução de todo o conjunto de atos necessários à consubstanciação do crime, que, não logrando êxito, não produz o resultado desejado por fatores exteriores ao agente (quando os atos se perfazem no resultado desejado, diz-se que houve um crime consumado). Todavia, esse conjunto de atos, que não levaram à consumação do crime, reveste-se de grande importância penal.

Sempre que presentes todos os elementos do tipo, o fato está consumado; ausente o resultado, o crime é tentado. Dessa maneira, não há qualquer problema de delimitação entre consumação e atos de execução, que inclusive é o cerne da parte especial do Código Penal, pois cada tipo terá seus elementos próprios, cuja reunião forma o tipo consumado (BUSATO, 2015).

Dessa maneira, a tentativa é uma “fórmula de extensão”, pois o Código Penal não faz previsão, para cada delito, da figura da tentativa, embora a maioria

dos delitos permitam a forma tentada. A respeito, vejamos o magistério de Nucci (2020, p. 431):

Preferiu-se usar uma *fórmula de extensão*, ou seja, para caracterizar a tentativa de homicídio, não se encontra previsão expressa no art. 121, da Parte Especial. Nesse caso, aplica-se a figura do crime consumado em associação com o disposto no art. 14, II, da Parte Geral. Portanto, o crime tentado de homicídio é a união do “matar alguém” com o “início de execução, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Pode-se ler: quem, pretendendo eliminar a vida de alguém e dando início à execução, não conseguiu atingir o resultado *morte*, praticou uma tentativa de homicídio.

Quanto à natureza da Tentativa, Nucci (2020) ensina que se trata de uma “*ampliação da tipicidade proibida, em razão de uma fórmula geral ampliatória dos tipos dolosos, para abranger a parte da conduta imediatamente anterior à consumação*”. Busato (2015) acrescenta que o tipo tentado, como tal, não existe, porque não há tentativa em si, mas sempre tentativa de algo, o que obriga a conjugar o tipo da parte especial com um elemento da parte geral, caracterizando a chamada tipicidade indireta. Trata-se de uma tipicidade derivada do tipo consumado que constitui uma ampliação da figura típica.

Para Masson (2019), a adequação típica de um crime tentado é de subordinação mediata, ampliada, ou por extensão, já que a conduta do agente não se enquadra prontamente na lei penal, sendo necessário, para complementar a tipicidade, a interposição do dispositivo contido no art. 14, II, CP. Opera-se uma ampliação temporal, porque o alcance do tipo penal abarca atos executórios prévios à consumação.

Por fim, leciona Busato (2015) que a Tentativa é um delito incompleto, pois lhe falta o resultado. Assim, segundo o autor, o tipo tentado possui os seguintes elementos: i) decisão de realizar o crime (elemento subjetivo da ação); ii) realização de atos executórios; iii) ausência de resultado por motivos alheios à vontade do autor. A esse raciocínio, acrescentam-se as palavras de Masson (2019) que discrimina os elementos da tentativa em i) início da execução do crime; ii) ausência de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; iii) dolo de consumação.

2. ITER CRIMINIS

Segundo Guimarães (1995, p. 376), *iter criminis* é o:

caminho, o percurso, o roteiro seguido pelo criminoso. Divide-se em duas fases: a *interna*, que é a cogitação, a preparação do delito; a *externa*, que inclui atos preparatórios, executórios e a consumação do crime.

Iter Criminis é o percurso para a realização do crime, que vai da cogitação à consumação. Divide-se em duas fases: interna e externa. A fase interna ocorre na mente do agente, percorrendo, como regra, as etapas da i) cogitação - momento de ideação do delito, ou seja, quando o agente tem a ideia de praticar o crime; ii) deliberação - trata-se do momento em que o agente pondera os prós e os contras da atividade criminosa idealizada; iii) resolução - cuida do instante em que o agente decide, efetivamente, praticar o delito.

Tendo em vista que a fase interna não é exteriorizada, logicamente não é punida, pois ninguém pode ser punido por seus pensamentos (NUCCI, 2020). Quanto à fase externa, esta ocorre quando o agente exterioriza, por meio de atos, seu objetivo criminoso, dividindo-se em: i) manifestação - momento em que o agente proclama a sua resolução (embora essa fase não possa ser punida como tentativa do crime almejado, é possível tornar-se figura típica autônoma - ameaça); ii) preparação - é a fase de exteriorização da ideia do crime, através de atos, que começam a materializar a perseguição ao alvo idealizado, configurando uma ponte entre a fase interna e a execução, sendo que o agente ainda não ingressou nos atos executórios, por isso não é punida no direito brasileiro (NUCCI, 2020); iii) execução - que é a fase de realização da conduta designada pelo núcleo da figura típica, constituída, como regra, de atos idôneos para chegar ao resultado, mas também daqueles que representem atos imediatamente anteriores a estes, desde que se tenha certeza do plano concreto do autor (exemplo: comprar um revólver para matar a vítima é apenas a preparação do crime de homicídio, embora dar tiros na direção do ofendido signifique atos idôneos para chegar ao núcleo da figura típica “matar”); iv) consumação - é o momento de conclusão do delito, reunindo todos os elementos do tipo penal (NUCCI, 2020).

Por fim, o exaurimento do crime significa a produção de resultado lesivo ao bem jurídico após o delito já estar consumado, ou seja, é o esgotamento da atividade criminosa, implicando em outros prejuízos além dos atingidos pela consumação. É o que ocorre no contexto dos crimes formais, quando atingem o resultado previsto no tipo – mas não obrigatório para a consumação. Exemplo disso: o recebimento do resgate (exaurimento) na extorsão mediante sequestro, que se consuma após a realização da privação da liberdade da vítima (NUCCI, 2020).

2.1 *Cogitatio /Cognitio /Cogitação /Cognição*

A premeditação/elaboração intelectual é a primeira fase do *iter criminis*. É a fase interna, que não se revela em atos externos. Não há ação sem cogitação, sobretudo porque a ação é a unidade dialética entre o querer e o fazer. Vejamos a jurisprudência do STJ sobre a cogitação:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 155 E 14, INCISO II, DO CP. TENTATIVA DE FURTO. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO NÃO INICIADA. COGITAÇÃO E PREPARAÇÃO. VERIFICAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.
1. O Tribunal a quo concluiu, após percuciente exame do conjunto probatório, que a conduta atribuída ao agravado na denúncia se limitou às fases de cogitação e preparação do crime, não havendo se falar em atos executórios no presente caso.
2. Para rever tal posicionamento, concluindo não ter o acusado iniciado os atos executórios do crime de furto, como requer a parte recorrente, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada em sede de recurso especial, em razão da incidência do óbice da Súmula 7 desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".
3. Agravo regimental não provido.
(STJ - Acórdão Agrg no Aresp 205968 / Go, Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca, data de julgamento: 07/06/2016, data de publicação: 13/06/2016, 5ª Turma)

É importante ressaltar que, no Estado de Direito, não se pune um indivíduo pela simples cogitação. Ninguém pode ser punido pelos seus pensamentos (MASSON, 2019).

2.2 *Conatus remotus*/Atos preparatórios

A segunda fase do caminho do crime é o ato preparatório. Esse ato é diferenciado do *conatus proximus* pela não realização do verbo descrito no tipo. Em regra, os atos preparatórios não são puníveis, pois representam apenas uma possibilidade futura de lesão a um bem jurídico. Se ainda não houve tentativa de lesão a um bem jurídico, não pode ser punido.

Os atos preparatórios são, por exemplo, a compra/preparação dos instrumentos, a escolha do local, a escolha da hora. Eles serão puníveis apenas se estiverem descritos em algum tipo penal de forma autônoma (BRANDÃO, 2008). Conforme ensina Guimarães (1995, p. 376):

Não se pune a cogitação, nem a intenção manifesta, a menos que constitua crime (ameaça); os atos preparatórios também não são puníveis, só os de execução que se enquadrem nos tipos previstos nos dispositivos penais (C.P., arts. 31, 147, 253, 291).

Ato preparatório é a forma de atuar que cria as condições prévias adequadas para a realização do delito planejado. Precisa ir além do simples projeto interno, sem que se deva, contudo, iniciar a imediata realização tipicamente relevante da vontade delitiva. Os atos preparatórios geralmente não são puníveis, nem na forma tentada, apenas quando constituem infração penal autônoma, o que se chama de “crime-obstáculo” (MASSON, 2019).

2.3 *Conatus Proximus*/Atos de execução

O *conatus proximus* é a quase realização do crime, é o ato de execução, é quando o verbo descrito no tipo começa a ser realizado. Difícil é a percepção da linha divisória entre o *conatus remotus* e o *conatus proximus*. Conforme jurisprudência do STJ:

É bem verdade que embora tenha traçado a linha divisória entre a preparação e a execução (começo de execução) nosso legislador não definiu a área do significado central do conceito, preferindo que a matéria ficasse em aberto, em nível dogmático. Assim, na procura do elemento

diferenciador busca-se a solução na resolução do agente, seu plano e no deslocamento do momento externo para o momento interno; ou seja, a unificação do subjetivo com o objetivo. É o plano iniciado, colocando em risco o bem juridicamente tutelado com a execução inacabada por circunstâncias alheias à vontade do agente.

(Superior Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 27.044 – Santa Catarina, Segunda Turma, Relator Des. José Roberge, São José, SC, 17 de maio de 1991. DJJ n. 8.268)

Dessa maneira, o STJ aduz que é tarefa da doutrina traçar os limites entre atos preparatórios e executórios. Segundo Cunha (2016) o ato executório, para assim ser considerado, deve ser idôneo, ou seja, concretamente capaz de conduzir o sujeito ativo ao alcance do resultado almejado. Além disso, é necessário que seja inequívoco, evidentemente direcionado ao cometimento do delito.

Criou Frank uma fórmula que pudesse dividir mais claramente esses dois momentos do crime, segundo Brandão (2008, p. 260):

Para solucionar tais dificuldades, Frank elaborou uma fórmula da tentativa que reconhece o início da execução em todos os atos que, em virtude de sua necessária correspondência à ação típica, aparecem como partes integrantes desta, de modo que, se não houvesse a interrupção da ação, a realização do tipo seria concretizada.

A partir dessa concepção (Fórmula de Frank), surgiu a ideia de que o ato precedente à realização do tipo, mas que lhe fosse logicamente necessário, deveria ser considerado ato de execução (BUSATO, 2015).

2.4 consumatio/Consumação do crime

A consumação do crime se dá com a reunião de todos os seus elementos. Nos crimes materiais, exige-se um resultado naturalístico; nos crimes formais, não se exige o resultado naturalístico, embora esse possa ocorrer, consumando-se a infração apenas com a realização do verbo que está no tipo. Quanto aos crimes de mera conduta, o resultado naturalístico é impossível de ocorrer, consumando-se o crime com a prática do verbo do tipo.

Só há viabilidade da tentativa se o *iter criminis* puder ser fracionado. Normalmente, os crimes formais e de mera conduta são unissubsistentes, ou seja, se constituem de um ato, não admitindo fracionamento, e por isso a execução se

confunde com a consumação, sendo dessa forma, impossível se falar em tentativa. Quanto aos crimes matérias, esses, via de regra, são plurissubsistentes, admitindo assim a forma tentada.

Existem crimes cuja tentativa é punida com pena autônoma ou igual à do crime consumado (vide o exemplo do art. 352 do Código Penal: “Evadir-se ou tentar evadir-se...”). Logo, fugir ou tentar fugir empregando violência contra a pessoa é crime consumado. Impossível, pois, falar-se em tentativa de “tentar fugir”, pois estaríamos cuidando de mera preparação ou cogitação. São os chamados crimes de atentado ou de empreendimento (NUCCI, 2020).

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, o dolo na tentativa é o mesmo dolo da consumação, eis que o crime é perfeito na esfera subjetiva do agente, embora imperfeito no campo objetivo, relacionado ao resultado que deveria ser produzido com a conduta delituosa (MASSON, 2019). Segundo Busato (2015), a tentativa é um delito incongruente por excesso subjetivo. O agente quer mais do que logrou realizar, de modo que a dimensão subjetiva do delito aparece maior que a objetiva. O agente quis mais do que logrou fazer. Para Nucci (2020), é perfeitamente possível a coexistência da tentativa com o dolo eventual (é uma classe de dolo), embora seja de difícil comprovação no caso concreto.

Busato (2015) afirma que a tentativa deve ser obrigatoriamente dolosa, pois o sujeito deve pretender algo que não logra, afinal, não é possível não ter a pretensão e tê-la, de forma concomitante.

3. CRITÉRIOS PARA A VERIFICAÇÃO DA PASSAGEM DA PREPARAÇÃO PARA A EXECUÇÃO DO CRIME: AS TEORIAS SOBRE A SEPARAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS DE EXECUÇÃO

O problema da tentativa é justamente a separação entre atos preparatórios (impunes) e atos de execução (puníveis), o que deu margem à criação de várias teorias que procuraram, cada uma a seu modo, firmar essa fronteira (BUSATO, 2015).

Se o limite mínimo de punibilidade do delito, expresso pela tentativa, começa com os atos de execução, enquanto que os atos preparatórios restam impunes, a fronteira entre ato de execução e ato preparatório é a divisória entre punibilidade e impunidade em relação ao *iter criminis* (BUSATO, 2015), salvo quando os atos preparatórios configurarem um crime específico. O doutrinador Nucci (2020, p. 437) estabelece que não se trata de tema fácil e uniforme, havendo basicamente, duas teorias acerca do assunto:

- a) subjetiva: não existe tal passagem, pois o importante é a vontade criminosa, que está presente, de maneira nítida, tanto na preparação quanto na execução do crime. Ambas trazem punição ao agente;
- b) objetiva: o início da execução é invariavelmente constituído de atos que principiarem a concretização do tipo penal. Trata-se da teoria adotada pelo Código Penal e sustentada pela doutrina pátria. Há, pois, maior segurança para o agente, que não será punido simplesmente pelo seu “querer”, salvo quando exteriorizado por atos que sejam próprios e adequados a provocar o evento típico, causando um perigo real ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Para Busato (2015), a chamada Teoria Subjetiva/Voluntarística/Monista Pura estabelece que a fonte de identificação do ato de execução reside na vontade de cometer o delito e na representação do autor a respeito dos efeitos de sua realização. Seria a própria manifestação de vontade do autor quem definiria o início da execução. O problema reside no fato de que a “vontade” do autor está em todas as etapas do delito, desde a *cogitatio*, e não se altera até o exaurimento (o dolo na tentativa não se altera). Com base apenas na “vontade”, torna-se impossível estabelecer se o ato é de execução ou é preparatório, até porque não se castiga a vontade má em si mesma, mas sim a vontade má na realização.

Se a ideia é identificar o ato de execução como a externalização da vontade ou da representação, essa manifestação externa não é um dado subjetivo, mas objetivo. Portanto, não é adequado chamar de Teoria Subjetiva, pois que haveria muita dificuldade em estabelecer requisitos objetivos em uma manifestação de vontade: a manifestação de vontade do agente, em si, não pode ser critério de separação de absolutamente nada. Em virtude disso, essa teoria encontra-se superada (BUSATO, 2015).

Com efeito, a doutrina sustenta que o Código Penal preferiu adotar a Teoria Objetiva. As Teorias Objetivas/Realística/Dualista têm em comum a ideia de que o dolo é igual em todas as etapas da prática delitiva, por isso, a identificação dos atos de execução depende de manifestações externas inequívocas da pretensão criminosa. Essas teorias diferenciam-se internamente, com vistas à identificação do que seria esse indicador externo objetivo (BUSATO, 2015). De acordo com Nucci (2020, p. 437), dentro da Teoria Objetiva, a doutrina se divide em diversas correntes, havendo o predomínio das seguintes:

- a) teoria objetivo-formal, preconizando que ato executório é aquele que “constitui uma parte real do fato incriminado pela lei” (Von Liszt, Birkmeyer), ou, segundo Beling, atos executórios são os que fazem parte do núcleo do tipo, constituído pelo verbo (cf. Hungria, Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, p. 83-84). Ainda no contexto da teoria objetivo-formal, pode-se destacar a teoria da hostilidade ao bem jurídico, sustentando ser ato executório aquele que ataca o bem jurídico, retirando-o do “estado de paz”. É a teoria adotada por Mayer e seguida por Hungria (Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, p. 84). É a teoria que sustenta serem atos executórios apenas os idôneos e unívocos para atingir o resultado típico. Em seu apoio, além de Hungria, estão Frederico Marques (Tratado de direito penal, v. II, p. 373-374) e Paulo José da Costa (Comentários ao Código Penal, 7. ed., p. 50);
- b) teoria objetivo-material, afirmando que atos executórios não são apenas os que realizam o núcleo do tipo ou atacam o bem jurídico, mas também aqueles imediatamente anteriores ao início da ação típica, valendo-se o juiz do critério do terceiro observador, para ter certeza da punição (cf. exposição de Zaffaroni e Pierangeli, Da tentativa, p. 56). É a teoria adotada pelo Código Penal português: art. 22.2 “São atos de execução: a) os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) os que forem idôneos a produzir o resultado típico; ou c) os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores”;
- c) teoria objetivo-individual, defendendo que os atos executórios não são apenas os que dão início à ação típica, atacando o bem jurídico, mas também os praticados imediatamente antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor (Zaffaroni e Pierangeli, ob. cit., p. 56). Logo, a diferença entre esta última teoria e a objetivo-material é que não se

necessita do terceiro observador; ao contrário, deve-se buscar prova do plano concreto do agente, sem avaliação exterior.

Primeiramente, para a Teoria Objetivo-Formal, são atos de execução aqueles que representam o início da realização dos elementos do tipo. Ou seja, a identificação se dá através da presença concreta de algum ato que consista na realização do verbo núcleo do tipo legal. É a teoria mais aceita pela doutrina (BUSATO, 2015). No entanto, há problemas nessa teoria, como o desprezo do aspecto subjetivo, que não permite identificar quando um disparo contra alguém é lesão corporal ou tentativa de homicídio (BUSATO, 2015).

Em segundo lugar, para a Teoria Objetivo-Material, não basta a realização de algum dos elementos do tipo para se falar em atos de execução, é necessária a presença de efetivo perigo para o bem jurídico protegido pelo tipo. Assim, aquele que aponta a arma coloca em perigo a vítima antes mesmo do disparo, portanto já haveria tentativa. Essa teoria não foi inovadora, mas apenas um complemento da Teoria Objetivo-Formal (BUSATO, 2015).

Em terceiro lugar, para a Teoria da Impressão, Objetivo-Individual ou Objetivo-Subjetiva, somente se pode falar em início de execução quando o autor inicia a realização do seu plano. Ela pretende unir as Teorias Objetiva e Subjetiva. A Teoria da Impressão, por um lado, aponta para aspectos objetivos ao exigir a imediatidade da conduta em relação à realização típica, e, por outro, leva em conta aspectos subjetivos ao levar em consideração a vontade do autor (BUSATO, 2015). Como não existe tentativa em si, mas sempre tentativa de algo, o tipo penal a ser praticado deve ser percebido através da ação realizada, para que se identifique corretamente a existência de uma tentativa.

Assim, parece claro, do ponto de vista objetivo, que o que identifica a Teoria Objetivo-Individual é o significado ou sentido da ação, que transmite a ideia de um determinado tipo de ação. As pretensões do sujeito se expressam em ações e interferem nela. As pretensões do agente somente ganham relevância jurídico-penal quando expressas através de realização (BUSATO, 2015). Para Masson (2019), a Teoria da Impressão representa um limite à Teoria Subjetiva, evitando o alcance desordenado dos atos preparatórios.

Todavia, Nucci (2020, p. 439) alerta que somente à luz do caso concreto é possível trabalhar as teorias, definindo assim, qual seria a mais adequada:

De todo o exposto, no entanto, deve-se ressaltar que qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquérito (antes do oferecimento da denúncia ou queixa, voltando-se à formação da convicção do órgão acusatório) ou do processo (antes da sentença, tendo por fim a formação da convicção do julgador). Por isso, encontrar, precisamente, a passagem da preparação para a execução não é tarefa fácil, somente sendo passível de solução à vista da situação real.

A Teoria adotada como regra pelo Código Penal, segundo Masson (2019) foi a Objetiva, eis que determinou que a pena da tentativa deve ser correspondente à pena do crime consumado, diminuída de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Como o desvalor do resultado é menor quando comparado ao do crime consumado, a forma conata deverá suportar punição, mas branda. Entretanto, de forma excepcional, é aceita a Teoria Subjetiva, consagrada pela expressão “*salvo disposição em contrário*” existente no art. 14, parágrafo único do Código:

Pena de tentativa

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços

O juiz deve levar em consideração, no momento da dosimetria da pena, apenas o *iter criminis* percorrido, ou seja, tanto maior será a diminuição (art. 14, parágrafo único, CP), quanto mais distante ficar o agente da consumação. Bem como, tanto menor será a diminuição, quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito (NUCCI, 2020).

Na ocasião da dosimetria da pena de um crime tentado, não se leva em conta qualquer circunstância – objetiva ou subjetiva –, tais como crueldade no cometimento do delito ou péssimos antecedentes do agente. Estamos diante de causa de diminuição obrigatória, tendo em vista que se leva em consideração o perigo que o bem jurídico sofreu, sempre diferente na tentativa se confrontado com o crime consumado. Assim, o crime consumado é punido com mais rigor do que a tentativa, não obstante em ambos os casos a intenção delituosa ser igualmente perversa (NUCCI, 2020).

Por fim, a leitura do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal, revela que embora a regra seja a adoção da Teoria Objetiva, existem situações no Ordenamento em que o legislador pune com a mesma pena a forma consumada e tentada, adotando a Teoria Subjetiva. São os chamados crimes de atentado ou empreendimento, como o previsto no artigo 352 do Código Penal (CUNHA, 2016).

CONCLUSÃO

Conforme o exposto, no crime tentado, ocorre a execução do conjunto de atos necessários à efetiva realização do crime, que, não logrando êxito, não produz o resultado desejado por fatores exteriores ao agente (do contrário o crime estaria consumado). Sempre que presentes todos os elementos do tipo, o fato está consumado; ausente o resultado, o crime é tentado.

Todavia, o problema fundamental da tentativa é justamente a separação, no *iter criminis*, entre atos preparatórios, que são impunes, e atos de execução, que são puníveis, o que deu margem a criação de várias teorias que procuraram, cada uma a seu modo, firmar essa fronteira.

De acordo com a chamada Teoria Subjetiva/Voluntarística/Monista Pura, a fonte de identificação do ato de execução seria a manifestação de vontade do autor. O problema reside no fato de que a “vontade” do autor está em todas as etapas do delito, desde a *cogitatio*, e não se altera até o exaurimento (o dolo na tentativa não se altera). Conclui-se que apenas com base na “vontade”, torna-se impossível estabelecer se o ato é de execução ou é preparatório.

Com efeito, as Teorias Objetivas/Realística/Dualista têm em comum a ideia de que o dolo é igual em todas as etapas da prática delitiva, por isso a identificação dos atos de execução depende de manifestações externas inequívocas no sentido da pretensão criminosa. A doutrina afirma ser esta a corrente adotada no Brasil para determinar o início da execução de um crime. Dentre as Teorias Objetivistas, somente à luz do caso concreto é possível determiná-las, definindo assim, qual seria a mais adequada na situação. Isso exige fundamentação adequada do aplicador do direito.

Outrossim, a tentativa é causa de diminuição de pena obrigatória, tendo em vista que se leva em conta o perigo que o bem jurídico sofreu, sempre menor na tentativa se confrontado com o crime consumado. Assim, o crime consumado é punido com mais rigor do que a tentativa, não obstante em ambos os casos a intenção delituosa (elemento subjetivo - dolo) ser igualmente perversa.

Por fim, da leitura do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal, depreende-se que embora a regra seja a adoção da Teoria Objetiva, existem situações excepcionais as quais o legislador pune com a mesma pena as duas formas, adotando a Teoria Subjetiva. São os chamados crimes de atentado ou empreendimento, como o previsto no artigo 352 do Código Penal.

CAPÍTULO III

O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS NA SALVAGUARDA DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

INTRODUÇÃO

Ao longo da história processual penal brasileira, o juiz assumiu várias posturas de atuação na fase investigatória preliminar, tendo em si, por muito tempo, a figura do juiz inquisidor, que detinha amplos e irrestritos poderes de investigação, acumulando o exercício das funções policiais e judicantes.

Atualmente, o juiz não mais comanda as investigações, mas, ainda assim, antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 (chamada de “Pacote Anticrime”), possuía poderes que revelavam a presença inquisitorial no sistema, como a determinação da produção antecipada de provas, prevista no art. 156, I, do Código de Processo Penal, e a determinação, de ofício, da prisão preventiva em qualquer fase do inquérito policial.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, instituiu-se a figura do Juiz das Garantias. Esta nova entidade atuará na fase do inquérito policial, evitando que o magistrado sentenciante se contamine com os elementos de informação produzidos e com as provas porventura produzidas, objetivando garantir uma maior imparcialidade, essencial para que se concretize o Devido Processo Legal.

Desse modo, este capítulo tratará sobre a nova figura do Juiz das Garantias, evidenciando a sua importância para o sistema acusatório brasileiro, tendo em vista a divergência doutrinária que ocorria no Brasil a respeito do sistema de condução processual penal antes da aprovação do “Pacote Anticrime”.

1. SISTEMA INQUISITÓRIO X SISTEMA ACUSATÓRIO – E A NOVA SISTEMÁTICA BRASILEIRA

Todos os Estados (Países) adotam para si um sistema de condução do processo penal, e cada sistema possui suas particularidades, como diferentes

tipos de órgãos (de defesa, acusação, julgamento), diferentes tempos de processamento para um acusado, forma como ocorre a acusação (se por iniciativa privada ou por iniciativa de um órgão público), etc. Tratando-se dos Estados modernos ocidentais, pode-se identificar três sistemas processuais penais: o Sistema Acusatório, o Sistema Inquisitório e o Sistema Misto.

A doutrina brasileira diferencia os Sistemas Inquisitório e Acusatório com base na identidade atribuída aos órgãos de acusação e de julgamento. Enquanto que, no Sistema Inquisitório, estes órgãos possuem a mesma identidade; no Sistema Acusatório, os órgãos possuem identidades diferentes. Ou seja, no Sistema Inquisitório, o papel do órgão de acusação e do órgão de julgamento se encontram reunidos em um mesmo ente; e, no Sistema Acusatório, esses órgãos possuem personalidades distintas.

Lopes Jr. (2015, p. 42), por sua vez, afirma que, no Sistema Inquisitório, não existe contraditório e dialeticidade no processo, vez que ao julgador são atribuídas as funções de instruir o processo e de acusar, “*pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu*”. Este doutrinador ainda elenca outros elementos caracterizadores do sistema inquisitório, como:

- a) gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
 - b) ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz);
 - c) violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação);
 - d) juiz parcial;
 - e) inexistência de contraditório pleno;
 - f) desigualdade de armas e oportunidades;
- (LOPES JR., 2015, p. 43)

Este doutrinador explica, por conseguinte, que o Sistema Acusatório é fundado no princípio da separação entre as figuras do acusador e do julgador, com o ônus probatório das partes (e não do julgador) e ausência de tarifação das provas; além de haver o tratamento isonômico das partes e a publicidade do processo (LOPES JR., 2015, p. 43). Todo este sistema, frise-se, é pensado para se garantir a manutenção da imparcialidade do acusador, elemento indissociável dos

Princípios constitucionais e infraconstitucionais caracterizadores de um Estado Democrático e Social de Direito, como o do Devido Processo Legal, do Promotor e Juiz Natural, e do Contraditório e Ampla Defesa:

Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

[...]

O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (...) para garantir a imparcialidade (...) efetivação do contraditório.

(LOPES JR., 2015, p. 44)

Ao lado desses dois Sistemas (Inquisitivo e Acusatório), a doutrina observa a existência de um terceiro modelo, chamado de “*sistema processual misto*”. Neste modelo, haveria a coexistência de elementos do Sistema Inquisitivo e Acusatório, com a definição de uma fase pré-processual inquisitória (inquérito) e processual acusatória. No Brasil, os doutrinadores se debatiam sobre qual modelo havia sido adotado em nosso Estado, se o misto ou se o acusatório.

Os que defendiam que o Brasil havia adotado um modelo misto, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, afirmavam que assim o era devido à persecução penal ser dividida em duas fases (fase de investigação e processual). A primeira teria caráter inquisitivo, sobretudo porque havia a participação do juiz na colheita *ex officio* de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (art. 156 CPP). A segunda, marcada pelo caráter acusatório, assegurando-se ao réu o direito ao contraditório e ampla defesa (NUCCI, 2020, p. 82).

Há ainda os que afirmavam que o Processo Penal brasileiro era Acusatório (sendo esta corrente a majoritária), como Pacelli (2017), pois que haveria a separação entre as figuras daquele que acusa e daquele que julga. Por fim, havia uma corrente minoritária, encabeçada por Aury Lopes Jr. (2015), que dizia que o sistema brasileiro era (Neo)Inquisitório, pois que de nada adianta haver a separação entre as figuras do acusador e do julgador se o juiz ainda assim continua decidindo sobre a produção antecipada das provas consideradas urgentes e relevantes, antes de iniciada a ação penal (havendo a quebra da imparcialidade, portanto).

Neste contexto, foi criada a Lei nº 13.964/2019, chamada de “Pacote Anticrime”, ou “Lei Anticrime”, que entrou em vigor em 24 de janeiro de 2020. Esta lei tem como objetivo modernizar e aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, criando, dentre outras coisas, o “Juiz das Garantias” com a inclusão dos artigos 3º-A e 3º-B da Legislação Processual Penal. Se antes havia dúvida e discussão quanto ao modelo de sistema processual penal adotado no Brasil, o artigo 3º-A do Código de Processo Penal surgiu para eliminar esta incerteza com a seguinte redação:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Desse modo, o artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, passou a definir o sistema brasileiro como Acusatório. Entretanto, não basta tão somente se afirmar como sendo algo se a estrutura deste objeto não o define como tal. Por isso, além de definir o sistema como sendo o Acusatório, o artigo 3º-A ainda estipula a total separação entre a figura do julgador da figura que autoriza a produção de provas no inquérito e participa da investigação. Além disso, este artigo veda ao julgador a substituição pelo órgão de acusação quando da atuação probatória, ou seja, impede o juiz de determinar provas quando da instrução do processo. Criou-se, então, a figura do “Juiz das Garantias”, que atua como um *“juiz controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais, e não como investigador do caso penal”* (Machado, 2020).

A existência de um Juiz das Garantias é uma necessidade inerente a um Estado Democrático e Social de Direito, pois que permite ao julgador uma maior isenção quando o afasta da produção de provas e das decisões sobre medidas constritivas patrimoniais e pessoais na fase pré-processual. Para Machado (2020), a instituição e criação do Juiz das Garantias se trata *“de uma verdadeira revolução política no campo do processo penal em direção a um paradigma de maior compromisso democrático”*. Casara (2010, p. 170), por sua vez, ao propor a criação de um Juiz de Garantias, muito antes de sua existência, o definia como o *“responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das*

liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual”.

Ao contrário de críticas que podem ser levantadas, a criação deste instituto não se trata de uma restrição ou condicionamento da atividade do julgador ou das autoridades que atuam na investigação. Na verdade, a criação desta entidade visa, tão somente, a assegurar o efetivo contraditório e o Devido Processo Legal, afastando o julgador ainda mais de qualquer contato próximo que possa vir a ter com alguma das partes, ou com a atividade do órgão de acusação. A existência desta nova figura em nada dificultará a atividade judicante, muito menos restringirá os poderes do juiz que atuará na fase judicial do processo criminal.

2. A REFORMA DA LEI 13.964/19 E O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS

Inicialmente, sabe-se que o juiz criminal não é acusador e nem tampouco investigador. Esse papel é constitucionalmente designado ao Ministério Público. Para impedir que o Juiz que conduz o processo se contamine com a prova produzida no Inquérito Policial, criou-se a figura do Juiz das Garantias, que atuará apenas na fase investigatória. Será, portanto, um juiz próprio da fase de investigação.

Entende-se por “*contaminação com as provas produzidas no inquérito policial*” aquelas provas em que há a determinação/concessão de sua produção pelo juiz, mas que, posteriormente, no curso do processo criminal, percebe-se que foram produzidas em desconformidade com a lei (e que são, por causa disso, ilegais). Ora, o julgador que toma conhecimento e ciência dessas provas, no curso da investigação criminal, não pode simplesmente “apagar” as informações, nelas contidas, de sua memória. Como então haveria isenção e parcialidade se o Juiz tomou conhecimento de provas que apontam materialidade e autoria, mas que depois foram consideradas ilegais? Tal concepção, decerto, não encontra amparo em um Estado Democrático e Social de Direito que adota o Sistema Acusatório como sistema processual penal (LOPES JR., 2015, p. 43).

Embora a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) tenha implementado esta entidade somente em 2019, o Juiz das Garantias é figura antiga, presente no

anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, idealizado e proposto pelo Senado no ano de 2009. Vejamos a exposição de motivos:

Há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada; e práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Decreto-lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei no 3.689, de 1941, e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional (Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, 2009).

A criação do Juiz das Garantias é importante porque garante a imparcialidade do juiz que irá julgar o processo, protegendo o Direito Fundamental do réu, ao Devido Processo Legal, na fase inquisitorial.

Pertinentes são os ensinamentos de Badaró (2011, p. 344) ao refletir sobre a imparcialidade do juiz como “*elemento integrante do devido processo legal*”, até porque não é “*devido, justo ou equo um processo que se desenvolva perante um juiz parcial*”. E isso bastaria para que se “*afirmasse que a Constituição tutela o direito de ser julgado por um juiz imparcial*”.

O doutrinador Barros Filho (2009), entretanto, traz severa crítica à figura do Juiz das Garantias, dizendo que a instituição do mesmo extingiria o inquérito policial, presidido pelos Delegados de Polícia, porque esse novo juiz controlaria as investigações realizadas pelos policiais civis e presidiria a instrução criminal. Instituir-se-ia, portanto, “um juizado de instrução”. Contudo, o objetivo deste novo instrumento não é o de “extinguir o Inquérito Policial” ou “usurpar o papel do Delegado de Polícia”, mas sim permitir e garantir a imparcialidade do Julgador que irá sentenciar, pois quando o sistema o mantém afastado da iniciativa probatória, fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade dele (LOPES JR., 2015, p.43).

É importante lembrar que o próprio Poder Judiciário, através de seus Regimentos Internos, Portarias e Resoluções já se organiza dotando determinados

juízos com funções específicas, como varas especializadas de falência e recuperação de empresas, família, sucessões etc. O que ocorre com o Juiz das Garantias, então, é apenas a dissociação de um juízo em dois: onde havia um único juiz que presidia o inquérito e atuava na fase processual, agora haverá dois, um para atuar no inquérito policial e outro para atuar no processo judicial.

Momento semelhante houve no Brasil com a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), que instituiu varas especializadas para o julgamento de ações envolvendo organizações criminosas, nas quais a sentença é proferida por um colegiado de três juízes. O mesmo ocorre com a criação do Juiz das Garantias: há uma reorganização do Poder Judiciário através da Lei.

Desse modo, o novo juiz atuará na fase investigatória, sendo responsável pelas decisões tomadas durante a investigação, tendo as atribuições dispostas no artigo 3º-B do Código de Processo Penal (incluído pela Lei nº 13.964/2019). É imperioso ressaltar também que foram impostas vedações ao Juiz das Garantias: o magistrado não deve ter qualquer iniciativa na fase de investigação, devendo sempre se valer de requerimentos (do Ministério Público ou do defensor do investigado) e representações da autoridade policial. Em segundo lugar, não deve substituir a atividade de recolher provas, típica do órgão de acusação e do Delegado. Se, porventura, o fizer, poderá gerar questionamentos por meio de *Habeas Corpus* (pelo investigado) ou correição parcial (pelo Ministério Público). Não há o reconhecimento de nulidades em investigação criminal, mas a prova colhida poderá ser considerada ilícita e desentranhada do feito (NUCCI, 2020, p.83).

O Juiz das Garantias decidirá sobre relevantes matérias que maculariam a imparcialidade do Juiz sentenciante, a exemplo de (art. 3-B CPP):

- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
- b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
- c) busca e apreensão domiciliar;
- d) acesso a informações sigilosas;
- e) recebimento de comunicação imediata da prisão, bem como o auto de prisão em flagrante
- f) requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar
- g) requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e ampla defesa em audiência pública e oral.

Frise-se, novamente, que todas estas funções atribuídas a ele objetivam, de fato, proteger o Processo Penal contra a mácula da parcialidade ao impedir que o juiz sentenciante se contamine no futuro. Maya (2011, p. 219) obtempera que o contato do magistrado com o “*material informativo colhido no inquérito policial lhe retira a imparcialidade exigida para a posterior condução do processo e emissão de uma decisão de mérito*”.

Os inquéritos terão um juiz específico e responsável, exclusivamente, por autorizar medidas como prisões cautelares, interceptação telefônica e busca e apreensão. Após o recebimento da denúncia ou queixa, o Juiz das Garantias não atuará mais no caso, que passará ao próximo juiz, dessa vez, totalmente imparcial: o juiz de instrução e julgamento. Segundo Silveira (2011, p. 250), membro da comissão redatora do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal:

O juiz das garantias está na essência do sistema acusatório desenhado no PLS nº 156 de 2009. Um é a imagem refletida do outro. Chego a dizer que a separação e a especialização do agente judicial no tocante às fases da investigação e do processo representam a etapa de maior refinamento e de afirmação do sistema acusatório.

Assegura-se, assim, o Sistema Acusatório. Não por acaso a Lei nº 13.964/2019, que institui o Pacote Anticrime, traz, em seu art. 3º-A, a afirmação de que o Processo Penal terá estrutura Acusatória, estando vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Desse modo, o papel do Juiz das Garantias no nosso Ordenamento concretiza Princípios Constitucionais, como o Devido Processo Legal e a garantia de um julgamento imparcial.

3. A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DOS ARTIGOS 3º-A A 3º-F DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO JULGAMENTO DAS ADI'S Nº 6298, 6299, 6300 E 6305 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 22 de janeiro de 2020, faltando dois dias para a entrada em vigor do “Pacote Anticrime”, o Supremo Tribunal Federal, por meio do seu Ministro Luiz Fux, suspendeu por prazo indeterminado a eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F do

“Pacote Anticrime”, ou seja, suspendeu a eficácia das normas que instituem o Juiz das Garantias. Assim, o Ministro Luiz Fux, relator das ADI’s nº 6298, 6299, 6300 e 6305 (que visam à declaração de inconstitucionalidade dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal), constatou que determinar a instituição de um novo cargo de juiz fere a autonomia organizacional do Poder Judiciário, uma vez que altera a divisão e a organização de serviços judiciais de forma significativa e exige a *“completa reorganização da Justiça criminal do país, preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria”* (ADI nº 6.298 MC/DF).

O Ministro acrescenta que há ofensa à autonomia financeira do Judiciário, eis que causará impacto financeiro relevante, com a necessidade de reestruturação e redistribuição de recursos humanos e materiais e de adaptação de sistemas tecnológicos sem que tenha havido estimativa prévia, como exige a Constituição. Por fim, sustenta a ausência de previsão orçamentária, até mesmo para outros órgãos que serão afetados indiretamente, como o Ministério Público, que terá que dispor de mais membros, e conseqüentemente, mais recursos.

Como consequência da suspensão da eficácia destes artigos, o índice de encarceramentos no Brasil continuará aumentando. Se o Juiz das Garantias visa a conferir maior segurança às decisões e permitir uma melhor análise dos pedidos de prisão provisória e prisão preventiva, decerto que a inexistência de um juízo distinto, com função própria para tal, fará com que os mesmos erros judiciais continuem ocorrendo (com prisões ilegais e juntada aos processos de provas colhidas ilicitamente).

Dessa maneira, a decisão mais acertada seria a implementação do Juiz das Garantias, mesmo que isso viesse a causar um aumento das verbas utilizadas pelo Poder Judiciário, pois este órgão não pode se eximir de cumprir uma obrigação instituída em Princípios Constitucionais sob a alegação de que esta reorganização causaria aumento nos gastos.

CONCLUSÃO

A criação do instituto do Juiz de Garantias é uma alternativa contemporânea que concretiza, em maior medida, o Princípio Acusatório, protege a imparcialidade do magistrado e garante o Devido Processo Legal. Com efeito, trata-se de uma nova metodologia de divisão dos trabalhos exercidos em uma persecução penal, que, apesar de alterar a estrutura do Poder Judiciário, não deixa de ser importante para o Sistema Acusatório.

Suspendendo a eficácia dos artigos que institucionalizam a figura do Juiz das Garantias, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, alega que haverá um aumento nos gastos pelo órgão do Poder Judiciário, e que por isso deve ser analisada a constitucionalidade dos artigos. Ele alega que haverá também a redistribuição de recursos humanos e materiais, com aumento orçamentário e afetação de outros órgãos de forma indireta, como o Ministério Público.

Entretanto, apesar de haver esta mudança de estrutura, não se pode negar que o instituto carrega em si a condição de melhoria do Sistema Acusatório, uma vez que é mais um distanciamento do Processo Penal com roupagem inquisitiva.

CAPÍTULO IV

AS MUDANÇAS EFETIVADAS PELA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NO INSTITUTO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

INTRODUÇÃO

O presente capítulo analisa o instituto do “Livramento Condicional”, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que realizou mudanças legislativas no art. 83 do Código Penal, e acabou sendo uma *novatio legis in pejus* (lei penal mais gravosa), uma vez que aumenta os requisitos para a concessão do Livramento Condicional. Também se analisa a jurisprudência dos Tribunais Superiores a respeito da matéria.

Tem-se que o Pacote Anticrime, para o instituto do Livramento Condicional, que é direito subjetivo do réu, é uma lei penal mais gravosa, pois aumenta os requisitos para a concessão do benefício, dificultando a concessão aos condenados. Por essa razão, em matéria de Livramento Condicional, as mudanças da Lei 13.964/2019 não podem retroagir.

No primeiro tópico, analisa-se o surgimento e o conceito do instituto do Livramento Condicional. Temos que Livramento Condicional é a última fase da execução da pena privativa de liberdade, igual ou superior a 2 (dois) anos, cuja função é a readaptação ou reinserção social do apenado. É o que marca uma evolução daquele que está preso, de uma condição de reclusão, para um regime de mais liberdade.

Desenvolvendo o tema, o segundo tópico trata dos requisitos para a concessão do Livramento Condicional e das mudanças exercidas pelo Pacote Anticrime. Compara-se o art. 83 do CP antes e depois do advento da lei e analisa-se a jurisprudência correlata.

Por fim, no terceiro tópico, há a análise doutrinária da extinção da pena pelo Livramento Condicional, natureza jurídica da sentença e os seus efeitos na condenação do réu.

1. CONCEITO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL

A origem histórica do Livramento Condicional remonta à França, no ano de 1846. Este instituto foi criado pelo Magistrado Benneville, com o nome de “*liberação preparatória*”, espalhando-se pela Europa nos anos subsequentes (NUCCI, 2020). No Brasil, o Livramento Condicional foi mencionado pela primeira vez no Código Penal Republicano de 1890 (arts. 50 a 52), regulamentado pelos Decretos 4.577/1922 e 16.665/1924 (MASSON, 2019) encontrando-se positivado atualmente nos artigos 83 a 90 do Código Penal.

Segundo ensina Busato (2015), Livramento Condicional é a última fase da execução da pena privativa de liberdade, igual ou superior a 2 (dois) anos, cuja característica principal é a desinstitucionalização, que significa uma readaptação ou reinserção social. O Livramento Condicional marca a passagem do condenado de uma condição de reclusão para um regime de mais liberdade. Findo esse regime, ele alcançará a liberdade plena. De forma parecida, Nucci (2020, p. 733) conceitua Livramento da seguinte maneira:

Trata-se de um instituto de política criminal destinado a permitir a redução do tempo de prisão com a concessão antecipada e provisória da liberdade ao condenado, quando é cumprida pena privativa de liberdade, mediante o preenchimento de determinados requisitos e a aceitação de certas condições.

Masson (2019) aduz que esta liberdade concedida é antecipada, condicional e precária, desde que cumprida parte da reprimenda imposta e que sejam observados os demais requisitos legais. É antecipada pois o condenado retorna ao convívio social antes do integral cumprimento da pena privativa de liberdade. É condicional porque, durante o período restante de pena (período de prova), o egresso submete-se ao atendimento de determinadas condições fixadas na decisão que lhe concede o benefício. E é precária porque pode ser revogada se sobrevier uma ou mais condições previstas nos arts. 86 (revogação obrigatória) e 87 (revogação facultativa) do Código Penal (MASSON, 2019).

Além disso, Cunha (2016) sinaliza que o Livramento Condicional decorre do sistema progressivo de cumprimento de pena, mas, para a sua concessão, não é

necessário que o condenado passe por todos os regimes prisionais (fechado, semiaberto e aberto):

A lei não exige que os reeducandos somente possam ser beneficiados com o livramento condicional após passarem pelo regime prisional aberto. Portanto, ausente a previsão legal, não há como negar a benesse ao recuperando que se encontre na modalidade semiaberta, com base neste simples motivo (TJMG, Processo 1.0000.08. 486414-9/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 10/7/2009).

Sendo assim, é direito subjetivo do apenado desde que preenchidas as formalidades da lei. Destaca-se a interpretação jurisprudencial do Pretório Excelso, em sintonia com as conceituações já expostas, no sentido de que o livramento condicional constitui não só direito subjetivo, mas também importante mecanismo de inclusão social do apenado, eis que o prepara para voltar à comunidade:

A Lei de Execução Penal – LEP é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da CF, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais. (HC 99.652, Rel. Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, DJE de 4-12-2009).

Convém citar parte da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, ainda atual para a matéria, que também previu o instituto visando facilitar a reintegração social, reduzir a degradação da personalidade pelo cárcere e estimular o bom comportamento do condenado:

O livramento condicional é restituído à sua verdadeira função. Faz ele parte de um sistema penitenciário (sistema progressivo) que é incompatível com as penas de curta duração. Não se trata de um benefício que se concede por simples espírito de generosidade, mas de uma medida finalística, entrosada, num plano de política criminal. O Decreto 24.351, de 6 de junho de 1934, tornando possível a concessão do livramento condicional aos 'condenados por uma ou mais penas de mais de um ano', cedeu a razões de equidade, mas, é força reconhecê-lo, desatendeu à verdadeira finalidade desse instituto. É esta a última etapa de um gradativo processo de reforma do

criminoso. Pressupõe um indivíduo que se revelou desajustado à vida em sociedade, de modo que a pena imposta, além do seu caráter afliativo (ou retributivo), deve ter o fim de corrigir, de readaptar o condenado. Como derradeiro período de execução da pena pelo sistema progressivo, o livramento condicional é a antecipação de liberdade ao sentenciado, a título precário, a fim de que se possa averiguar como ele se vai portar em contato, de novo, com o meio social. Esse período de experiência tem de ser relativamente longo sob pena de resultar ilusório (...).

A maioria da doutrina entende que a natureza jurídica do Livramento condicional é de direito público subjetivo do apenado, uma vez satisfeitos os seus requisitos de concessão (BUSATO, 2015). Direito subjetivo, segundo Nader (2012), consiste na “*possibilidade de agir e de exigir aquilo que as normas de Direito atribuem a alguém como próprio*”. Em termos mais simples, o direito subjetivo é a possibilidade de o indivíduo buscar o direito objetivo (lei) ao seu favor.

Em sentido contrário, Jesus (2006) não consente com a maioria da doutrina que afirma que a natureza do Livramento se trata de direito subjetivo do apenado. Segundo seu magistério, trata-se tão somente de forma especial de cumprimento de pena, e não uma benesse.

2. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL E AS MUDANÇAS EFETIVADAS PELA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME)

Santos (2008) classifica o Livramento Condicional em diferentes espécies: 1) o comum ou ordinário, cuja concessão se dá após a execução de metade da pena privativa de liberdade (art. 83, II, CP); 2) o especial, que pode ser concedido após a execução de um terço da pena (art. 83, I, CP); e 3) o extraordinário, que somente pode ser concedido após a execução de dois terços da pena (art. 83, V, CP). Dessa maneira, a concessão do Livramento é subordinada a requisitos gerais - aplicados indistintamente às diferentes espécies -, e específicos - dirigidos a espécies de Livramento em particular (BUSATO, 2015).

Os requisitos específicos dizem respeito às distintas modalidades de livramento condicional. O Livramento Condicional especial (art. 83, I CP) tem por requisitos, além dos gerais: a) execução de um terço da pena privativa de liberdade aplicada; b) primariedade em crime doloso; c) bons antecedentes. Já o Livramento

Condicional Comum ou Ordinário (art. 83, II CP) exige, além dos requisitos gerais: a) execução de metade da pena privativa de liberdade aplicada; b) reincidência em crime doloso. Por fim, o Livramento Condicional Extraordinário (art. 83, V CP) pode ser concedido quando, além dos requisitos gerais: a) o condenado cumpriu dois terços da pena privativa de liberdade aplicada; b) foi condenado por crime hediondo ou equiparado; c) não reincidiu em crime hediondo ou equiparado (BUSATO, 2015).

Aponta Nucci (2020) que houve uma lacuna lamentável no tocante ao réu primário, que possui maus antecedentes, pois não se inclui expressamente nem no art. 83, inciso I, nem no inciso II, surgindo assim duas posições, na doutrina, para dispor sobre qual seria a correta tipificação do mesmo. Vejamos o que explica Nucci (2020, p. 735):

1.^a) na falta de expressa previsão, deve ser adotada a posição mais favorável ao condenado, ou seja, o primário, com maus antecedentes, pode receber o livramento quando completar 1/3 da pena. São as posições de Miguel Reale Júnior e Alberto Silva Franco; 2.^a) deve-se fazer a adequação por exclusão. Não se encaixando no primeiro dispositivo, que, expressamente, exige os bons antecedentes, somente lhe resta o segundo. Assim, o primário com maus antecedentes deve cumprir metade da pena para pleitear o livramento condicional. É a posição que adotamos, pois o art. 83, I, exige “duplo requisito” e é exposto acerca da impossibilidade de concessão do livramento com 1/3 da pena a quem possua maus antecedentes.

Os requisitos gerais se dividem em objetivos e subjetivos. Assim, o instituto permite que o condenado abrevie sua reinserção no convívio social cumprindo parte da pena em liberdade, desde que presentes os requisitos de ordem subjetiva e objetiva (GRECO, 2020). É necessário que o réu cumpra ambos, conforme apontam os Tribunais, em especial o STJ:

Não é possível o deferimento do livramento condicional ao sentenciado sem a análise dos requisitos subjetivos previstos nos incs. III e IV, e parágrafo único, do art. 83 do CP, não bastando o cumprimento dos requisitos objetivos (TJMG, HC 0199686-87.2010.8.13.0000, Rel. Des. Edival Jose de Moraes, 1^a Câmara Criminal, DJEMG 11/8/2010).

Para a concessão do benefício do livramento condicional, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos termos do art. 112 da LEP, com Redação dada pela Lei nº 10.792/2003, podendo o Magistrado, excepcionalmente, determinar a realização do exame criminológico, diante

das peculiaridades da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada (cf. HC 88052/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28/4/2006) (Precedentes) (STJ, HC 149623/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 2/8/2010).

São requisitos gerais objetivos os que se relacionam com a pena imposta e a reparação do dano: a) a aplicação de pena privativa de liberdade igual o superior a 2 (dois) anos (art. 83 CP); b) reparação do dano produzido pelo crime, salvo impossibilidade de fazê-lo (art. 83, IV CP) – por precária situação econômica (BUSATO, 2015).

Também é requisito objetivo o disposto no art. 83, III, b): “*não cometimento de falta grave nos últimos doze meses*”. Esse requisito foi incluído pela Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime) e é irretroativo, tendo em vista que reflete em uma limitação ao benefício (CUNHA, 2020). As faltas graves correspondem a condutas contrárias ao bom andamento da execução penal e indicam que o condenado não está disposto a fazer nenhum esforço para a sua própria reintegração social. São situações que, mesmo estando sob vigilância, ele se recusa a se submeter às regras (CUNHA, 2020). Nucci (2020, p. 736) exemplifica o que são faltas graves:

São faltas graves: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidente de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; não observar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 da Lei de Execução Penal; tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, ou seja, obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se e execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

Assim, sabe-se que o advento da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime) trouxe o requisito no art. 83, III, b) do “*não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses*” pelo condenado. Entretanto, o STJ decidia reiteradamente que a falta grave não acarretava a interrupção do prazo para o Livramento porque o não cometimento da falta não estava entre os requisitos objetivos elencados no art. 83 do CP. Para o Tribunal, impor a interrupção significava criar um requisito não contemplado na lei. Esse entendimento inclusive, é a Súmula 441 do STJ, que dispõe que “*o cometimento de falta grave, por falta de previsão legal, não*

interrompe o prazo para aquisição do benefício do livramento condicional”.

Demonstra-se, igualmente, o entendimento do STJ pelos seguintes precedentes:

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, por ausência de expressa previsão legal, a prática de falta grave não enseja a alteração do marco para fins de livramento condicional – Súmula 441/STJ. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, em parte, para cassar o v. acórdão vergastado no ponto em que interrompeu o prazo para o benefício do livramento condicional em razão da prática de falta grave. (HC 451.122/SP, j. 21/06/2018)

Sedimentou-se nesta Superior Corte de Justiça, em sede de recurso repetitivo (REsp representativo de controvérsia nº 1.364.192/RS) a orientação de que a prática de falta grave resulta em novo marco interruptivo para concessão de novos benefícios, exceto indulto, comutação e livramento condicional (STJ, HC 369.296/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 30/09/2016).

Anteriormente à entrada em vigor do Pacote Anticrime, a falta grave cometida pelo condenado impedia a concessão do Livramento, mas por ausência de requisito de ordem subjetiva, a falta de “*comportamento satisfatório durante a execução da pena*”:

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, apesar de a falta grave não interromper o prazo para fins de livramento condicional (Súmula/STJ nº 441), sua prática impede a concessão do aludido benefício, por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante a execução da pena, nos termos do disposto no art. 83, III, do Código Penal (Precedentes). A teor da jurisprudência consolidada desta Corte, se as instâncias ordinárias concluíram não restar preenchido o requisito subjetivo necessário para a concessão do livramento condicional, tal assertiva não pode ser desconstituída na via estreita do *habeas corpus*, pois maiores incursões sobre o tema demandariam revolvimento do conjunto fático-comprobatório dos autos (STJ, HC 312.173/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 28/09/2016).

Com o implemento da Lei 13.964/19 (Pacote anticrime), o requisito do “*não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses*” passa a ser objetivo, pois diz respeito à pena a ser cumprida, e não mais subjetivo, que diz respeito ao agente:

Conquanto não interrompa a contagem do prazo para fins de livramento condicional (enunciado n. 441 da Súmula do STJ), a prática de falta grave impede a concessão do aludido benefício por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante o resgate da pena, nos termos do art. 83, III do Código Penal. O aludido dispositivo legal não prevê período específico

para a aferição do bom comportamento carcerário, de modo que, se o Juízo da Vara de Execuções Criminais, fundamentadamente, considerou não satisfeito o requisito subjetivo indicado, cumpre prestigiar tal entendimento (STJ, AgRg. no REsp. 1382007/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 11/6/2014).

Constata-se, dessa maneira, que a partir da Lei 13.964/19 (Pacote anticrime), o requisito do “*não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses*” passa a ser considerado objetivo, e não mais subjetivo, tornando obsoleta a maneira como o STJ fundamentava suas decisões:

Consoante entendimento fixado por este Superior Tribunal de Justiça, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão da progressão de regime (EREsp. 1.176.486/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 1º/6/2012), iniciando-se o novo período aquisitivo a partir da data da última infração disciplinar. O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção da progressão de regime, não o faz para fins de concessão de livramento condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal. Súmula nº 441 deste Tribunal. Só poderá ser interrompido o prazo para a aquisição do indulto, parcial ou total, se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo da benesse. Precedentes (STJ, HC 241088/RS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 26/3/2013).

Com a entrada em vigor da Lei 13.964/19 (Pacote anticrime), além dos requisitos específicos e os requisitos gerais subjetivos já anteriormente exigidos (bom comportamento, aptidão para o trabalho, etc.), o apenado não poderá cometer falta grave nos últimos 12 meses. O entendimento do STJ, então, será modificado, porque o “*não cometimento de falta grave*” agora se tornou um requisito para a concessão de Livramento. Entretanto, o artigo não prevê expressamente quais são os casos de interrupção. Mesmo que o condenado não possa obter o Livramento se houver cometido falta grave nos doze meses anteriores, o prazo do benefício não se inicia novamente caso haja prática da infração. Ocorrendo a falta grave, nos doze meses subsequentes, o preso não pode ser beneficiado com a liberdade antecipada, mesmo que cumpra seu requisito temporal.

Além disso, no STF, encontramos decisões divergentes. Vejamos, primeiramente, o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, no HC n. 100.062,

julgado em abril de 2010, que determina que a falta grave interrompe o prazo para concessão do Livramento:

O artigo 83, inciso III, do Código Penal, ao versar o requisito comportamento satisfatório durante a execução da pena, leva a uma de duas conclusões: ou simplesmente a falta grave consubstancia obstáculo ao benefício ou, uma vez ocorrida, gera nova contagem de tempo para alcançá-lo. Esta última solução é a que mais atende não só ao objetivo da norma, mas também aos interesses do réu. (STF, HC 100.062, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.04.2010, DJe n. 81, 07.05.2010).

Em sentido contrário, o Min. Carlos Ayres Britto, no HC 94.163/RS, que entendeu que o cometimento de falta grave não interrompe o prazo para a concessão do Livramento Condicional:

O requisito temporal do livramento condicional é aferido a partir da quantidade de pena já efetivamente cumprida. Quantidade, essa, que não sofre nenhuma alteração com eventual prática de falta grave, pelo singelo mas robusto fundamento de que a ninguém é dado desconsiderar tempo de pena já cumprida. Pois o fato é que reprimenda cumprida é pena extinta. É claro que, no caso de fuga (como é a situação destes autos), o lapso temporal em que o paciente esteve foragido não será computado como tempo de castigo cumprido. Óbvio! Todavia, a fuga não "zera" ou faz desaparecer a pena até então sofrida. (STF, HC 94.163/RS, Primeira Turma, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 02.12.2008, DJe n. 200, 23.10.2009).

Dessa maneira, a Lei 13.964/2019 traz uma *novatio Legis in pejus*, ou seja, positiva uma norma penal mais gravosa, que acaba por dificultar a concessão do benefício, uma vez que aumenta os requisitos para o seu deferimento, quando comparando com a norma anterior. Assim, em matéria de Livramento, as mudanças são irretroativas, porque “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL, CF/88).

Quanto aos requisitos subjetivos, os que se relacionam com o lado pessoal do executado, a Lei 13.964/2019 alterou o inciso III do art. 83. Antes da mencionada norma entrar em vigor, a redação era a seguinte:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

Assim, podemos citar como requisitos subjetivos do Livramento Condicional antes da reforma do Pacote Anticrime: a) comportamento satisfatório durante a execução da pena; b) bom desempenho no trabalho prisional atribuído; e c) capacidade de subsistência em atividade lícita no mercado de trabalho. Entretanto, com o advento da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime), o art. 83, III do CP passou a contar com a seguinte redação:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
III - comprovado:
a) bom comportamento durante a execução da pena;
b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;
c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e
d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

A interpretação sobre o “*bom comportamento carcerário*”, segundo Busato (2015) deveria levar em conta os dissabores da vida na prisão, exigindo tão somente um comportamento satisfatório, mas não exemplar, sob pena de ser inalcançável atingir esse requisito. Desta maneira, eventuais faltas disciplinares não podiam, por si só, excluir o benefício (BUSATO, 2015). Masson (2019) afirma que esse requisito deve ser comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Quanto ao requisito subjetivo do bom desempenho no trabalho carcerário, ele é condicionado à avaliação das entidades carcerárias, o que, para Busato (2015), denota fonte de arbítrio, já que essa valoração poderia prejudicar o condenado quanto à sua progressão de regime. Em sentido oposto, Nucci (2020) não considera abusiva a avaliação das entidades carcerárias, pois somente os profissionais que lidam com o condenado no dia a dia podem atestar tal requisito. Já para Masson (2019), esse requisito deve ser desprezado quando, em face de problemas do estabelecimento prisional, nenhum trabalho foi atribuído ao condenado.

É importante mencionar que “*demonstrar aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto*” é um requisito que consta do parecer da Comissão Técnica de Classificação ou no exame criminológico, demonstrando, por meio da análise da personalidade do condenado, se ele está apto ou não a desempenhar, fora do presídio, uma atividade honesta (NUCCI, 2020). No que diz

respeito à capacidade laborativa, pontua Bitencourt (2012) que a lei não impõe que o apenado tenha emprego fixo, assegurado, mas que ele deva ter aptidão, disposição, habilidade para viver às custas do seu sustento honesto no momento da liberação.

Como indica o próprio nome do instituto, o Livramento é *condicional*, sujeitando-se a liberdade antecipada ao cumprimento de condições a serem observadas pelo condenado durante o período de prova (vigência do Livramento). As condições, além das já estudadas (que são taxativas porque decorrem da lei), também podem ser judiciais. As condições judiciais são discricionárias e serão estabelecidas pelo magistrado na decisão que concede o Livramento (MASSON, 2019).

O Juiz da execução penal tem a faculdade de estabelecer outras condições, desde que adequadas ao caso e em conformidade com os direitos do condenado. O rol exemplificativo com as condições judiciais está previsto no art. 132, §2º da Lei de Execução Penal. Podemos citar como exemplos de condições judiciais: não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; recolher-se à habitação em hora fixada e não frequentar determinados lugares (MASSON, 2019).

3. EXTINÇÃO DA PENA PELO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Vencido o período de prova (período do cumprimento do Livramento) sem causas de prorrogação ou revogação, o juiz declarará extinta a pena privativa de liberdade, conforme dispõe os artigos 89 e 90 do Código Penal (BUSATO, 2015).

A natureza dessa sentença é declaratória (declara um direito que já existe), então seu efeito retroagirá à data do término do período de prova (que se encerrou o cumprimento do Livramento) e não à data em que a decisão foi proferida (BUSATO, 2015). Masson (2019) afirma que a eficácia da sentença é retroativa (*ex tunc*), e antes da declaração da extinção da pena privativa de liberdade, o magistrado deve ouvir o Ministério Público. É exatamente o que estabelece Nucci (2020, p. 744) em sua obra:

Quando o condenado estiver respondendo a processo por crime cometido durante a vigência do benefício, prorroga-se automaticamente o período a fim de se constatar se não era o caso de revogação obrigatória (art. 86, I, CP). Por isso, conforme o caso concreto, é conveniente que o juiz suspenda o benefício. Se for condenado definitivamente, o livramento será revogado com as consequências fixadas no art. 88 do Código Penal. Entretanto, se até o seu término, não for revogado ou suspenso pelo juiz, extingue-se a pena privativa de liberdade (art. 90, CP). A decisão tem natureza declaratória, pois a própria lei estabelece que, findo o livramento, sem revogação, “considera-se extinta a pena”.

Por fim, a Súmula 617 do STJ, dispõe que “*a ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena*”. Ou seja, cumprido o período de prova, sem suspensão ou revogação do Livramento, extingue-se a pena do condenado.

CONCLUSÃO

O instituto do Livramento Condicional, direito subjetivo do apenado, positivado no art. 83 do Código Penal, sofreu alterações com o advento da Lei 13.964/19 (Pacote anticrime), principalmente, nos requisitos previstos no inciso III para a concessão.

Antes da Lei 13.964/19 entrar em vigor, pelo disposto no inciso III, o juiz poderia conceder livramento condicional ao condenado sendo a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que “*comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto*”.

Com efeito, a modificação alterou a redação dada ao inciso III do artigo 83, que passou a exigir que o apenado comprove: a) bom comportamento durante a execução da pena; b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Desta maneira, conclui-se que os requisitos para a concessão do Livramento Condicional foram ampliados. Nota-se que a maioria das situações previstas, na verdade, já tinham previsão legal anteriormente à reforma efetivada pela Lei

13.964/19 (Pacote anticrime), sendo que a mudança mais visível e impactante é a condicionante prevista no artigo 83, III, alínea b. A referida Lei é uma *novatio legis in pejus*, portanto, irretroativa aos fatos cometidos antes da sua entrada em vigor.

A lei nova aumenta os requisitos para a concessão do Livramento ao exigir que o apenado que deseje receber o benefício processual em comento não cometa falta grave nos 12 meses anteriores à implementação do requisito temporal para o pleito. Essa mudança legislativa gera confusão na interpretação da Súmula 441 do STJ, que dispõe que “*o cometimento de falta grave, por falta de previsão legal, não interrompe o prazo para aquisição do benefício do livramento condicional*”. Assim, mesmo que o condenado não possa obter o Livramento se houver cometido falta grave nos doze meses anteriores, o prazo do benefício não se inicia novamente caso haja prática da infração. Ocorrendo a falta grave, nos doze meses subsequentes, o preso não pode ser beneficiado com a liberdade antecipada, mesmo que cumpra seu requisito temporal.

Por fim, passado o período do cumprimento do Livramento (período de prova), sem causas de prorrogação ou revogação, o juiz declarará extinta a pena privativa de liberdade, conforme dispõe os artigos 89 e 90 do Código. A natureza dessa sentença é declaratória, e seus efeitos retroagirão à data do término do período de prova, e não à data em que a decisão foi proferida.

CAPÍTULO V

ANÁLISE DOGMÁTICA E JURISPRUDENCIAL DOS LIMITES DA BUSCA E APREENSÃO DE BENS DE TERCEIROS NÃO ESPECIFICADOS NO MANDADO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E STF

INTRODUÇÃO

No presente capítulo, é analisado o instituto jurídico da “*busca e apreensão*”, mais precisamente a posição dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) diante do problema da busca e apreensão de bens de terceiros que não constam expressamente no mandado judicial. Tem-se que a apreensão de bens de terceiros, cuja busca não foi especificada no mandado, independentemente de ter ou não relação com o fato delituoso, é legal, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ), desde que mantenham relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, independentemente de serem ou não investigados.

Inicialmente, no primeiro tópico, analisa-se o instituto da “*busca e apreensão*”, sua conceituação, características e natureza jurídica. Temos que há distinção entre o instituto da busca e o instituto da apreensão, e que, apesar de comumente citadas em conjunto, uma não se confunde com a outra. A busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas, seja para preservar elementos probatórios, seja para assegurar a reparação do dano proveniente do crime. A apreensão é a medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa.

Desenvolvendo o tema, o segundo tópico trata das modalidades e requisitos necessários para a “*busca e apreensão*”. A busca e apreensão se dividem em duas modalidades: a busca e apreensão domiciliar e a busca e apreensão pessoal. Os requisitos para a diligência constam no art. 243 do Código de Processo Penal, o qual será analisado.

Por fim, no terceiro tópico, há a análise da “*busca e apreensão*” de bens de terceiros estranhos ao mandado, de acordo com o entendimento do STJ e STF.

Assim, analisa-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal Pet-AgR 5173 e o acórdão do Superior Tribunal de Justiça AGRRHC – 45267.

1. BUSCA E APREENSÃO: CONCEITUAÇÃO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA

Busca e apreensão é meio de prova cautelar, pois tem como objetivo acautelar os meios probatórios (pessoas, coisas, animais) que não estejam à extensão espontânea da Justiça. Constituem-se como modalidade excepcional dos meios de prova, pois que a sua execução implica na quebra da inviolabilidade do domicílio e da intimidade pessoal (PACELLI, 2017, 447). Deve-se, portanto, segundo Pacelli (2017, p. 447), tanto na fase de investigação quanto na fase de ação penal, ponderar acerca da necessidade e da urgência de tal medida. Missaggia (2002, p. 80) diz ainda que o instituto da busca e apreensão se caracteriza como:

Medidas judiciais ou de polícia judiciária restritivas de direitos fundamentais (domicílio, propriedade, posse, intimidade, sigilo) não sujeitas, necessariamente, aos pressupostos das medidas cautelares, ou seja, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, cuja finalidade consiste, no caso da busca, em descobrir coisas, pessoas ou indícios do fato investigado, para apreendê-los (ou registrá-los) ou prendê-las e, no caso da apreensão, em assegurar elementos que importam à instrução.

Segundo Lopes Jr. (2020, p. 799), a sistemática do Código de Processo Penal, ao tratar da “busca e apreensão” não é, tecnicamente, a melhor, pois mistura os conceitos de “medida cautelar” e de “meio de prova”. O Código de Processo Penal unifica dois institutos jurídicos diversos: o instituto da busca, e o instituto da apreensão. Para o doutrinador, os institutos, apesar de diferentes, foram tratados de forma unificada. Nem sempre a busca gera a apreensão (pois pode ocorrer que nada seja encontrado), e nem sempre a apreensão decorre da busca (pois pode haver a entrega voluntária do bem).

Igual análise possui Missaggia (2002, p. 81) ao afirmar que a busca e a apreensão são institutos diferentes, podendo um existir sem o outro. No entanto, ocorreu, ao longo dos anos, a fusão semântica entre eles, da mesma forma como ocorreu com “perdas e danos”. Ainda assim, segundo este doutrinador, apesar da

autonomia dos dois institutos, a ilegalidade da busca implicará na ilegalidade da apreensão.

Para Bastos Pitombo (2005, p. 102), a busca é uma medida instrumental, meio de obtenção da prova que visa a encontrar pessoas ou coisas, enquanto apreensão é uma medida cautelar probatória, pois se destina à garantia da prova (ato fim em relação à busca, que é ato meio). E, ainda, dependendo do caso, para a própria restituição do bem ao seu legítimo dono (assumindo assim uma feição de medida assecuratória).

Seguindo o raciocínio, Souza (2020) diz que o instituto da busca é uma pesquisa, uma procura, uma investigação, efetuada por autoridade competente, de qualquer material que possa ser utilizado na persecução criminal, constituindo-se um meio coercitivo de obtenção de coisas e pessoas, e por isso, uma exceção às Garantias Individuais. Alega ainda que concerne ao instituto da busca a natureza cautelar, possuindo, portanto, as mesmas características das outras cautelares, como: instrumentalidade, assessoriedade, homogeneidade e jurisdicionalidade.

Segundo Souza (2020), as características da instrumentalidade e da assessoriedade dizem respeito à necessidade do processo (existente ou futuro) de ser suprido por provas e pessoas para a elucidação dos fatos. A jurisdicionalidade se refere à necessidade de haver autorização para a restrição das Garantias Constitucionais como forma de validação do ato. A homogeneidade (ou proporcionalidade) exige uma série de requisitos aos quais deve estar relacionado o conteúdo do mandado judicial, devendo ele fundamentar os motivos, especificar o local a ser vasculhado e o nome da pessoa que sofrerá a medida.

O instituto da apreensão, por sua vez, tem como finalidade retirar o objeto, ou qualquer outra coisa que sirva à persecução criminal, da posse ou do local onde se encontra para garantir a sua integridade e proteção, e para que não venha a se perder. Tal medida garantirá que 1) possa se chegar o mais próximo possível da verdade real; e 2) possa ser restituído à vítima ou terceiro de boa-fé (SOUZA, 2020). Dutra (2007, p. 61) explica que a natureza acautelatória da apreensão advém da prevenção que se gera ao se resguardar o objeto, ou outra coisa, do perecimento decorrente da própria demora da instrução processual. Portanto, é de

fácil compreensão a distinção entre busca e apreensão. Como coloca Missaggia (2002, p. 82):

A distinção entre busca e apreensão parece ser uma evidência. A apreensão da coisa ou da pessoa vítima, prisão de acusados ou coleta de indícios, entretanto, é a própria *ratio* da busca. Embora subjacente à busca uma intenção de apreensão ou prisão da coisa ou pessoa investigada ou apropriação de indícios do fato investigado, a busca e a apreensão são noções que não se confundem, pois guardam uma certa autonomia e, às vezes, caracterizam-se como medidas absolutamente independentes.

Para Nucci (2020, p. 925), apesar de colocados juntos e, como regra, serem utilizados dessa maneira no processo, busca e apreensão são termos diferenciados. “*Busca*” significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas ou lugares. “*Apreensão*” é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos.

Desse modo, conclui-se que há distinção entre estes dois institutos. Apesar de comumente citadas como se fosse uma coisa só, a busca não se confunde com a apreensão. A busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas, seja para preservar elementos probatórios, seja para assegurar a reparação do dano proveniente do crime. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa. Não é de todo impossível que ocorra uma busca sem apreensão, e vice-versa. Deveras, pode restar frustrada uma diligência de busca, não se logrando êxito na localização do que se procurava. De seu turno, nada impede que uma apreensão seja realizada sem prévia medida de busca, quando, por exemplo, o objeto é entregue de maneira voluntária à autoridade policial (LIMA, 2019, p. 687).

2. MODALIDADES E REQUISITOS

Tanto a busca como a apreensão podem ocorrer no curso do inquérito policial ou durante o processo, e, excepcionalmente, até na fase de execução da pena, nos termos do art. 145 da Lei de Execução Penal (LOPES JR., 2020, p. 800).

A busca e apreensão se dividem em duas modalidades em relação a sua finalidade: a busca e apreensão domiciliar e a busca e apreensão pessoal. Segundo Lima (2019, p. 687), a busca domiciliar depende, pelo menos em regra, de prévia autorização judicial (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988), enquanto a busca pessoal dispensa a exibição de mandado de busca.

A busca (seja domiciliar ou pessoal), conforme lembra Lopes Jr. (2020, p. 800), encontra-se em constante tensão com a inviolabilidade do domicílio, a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a vida privada e a incolumidade física e moral do indivíduo. Por isso, deve-se sempre buscar a ponderação e o equilíbrio, evitando-se o excesso de intervenção.

Com efeito, a necessidade de mandado para a busca domiciliar está fundamentada na inviolabilidade domiciliar prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988. Todavia, tal inviolabilidade não possui caráter absoluto. Depreendemos da própria redação do artigo constitucional que é possível a violação do domicílio nos casos de flagrante delito, para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial. Afinal, as liberdades públicas não são incondicionais, devendo ser exercidas de maneira harmônica e com observância dos limites previstos na Constituição, no que tange às cláusulas de reserva de jurisdição (LIMA, 2019, 687). Convém lembrar o que ensina Nucci (2020, p. 932) sobre a inviolabilidade do domicílio:

Preceitua o art. 5.º, XI, da Constituição Federal que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”, razão pela qual buscas domiciliares, em se tratando de processo penal, somente poderão ser feitas nas seguintes situações: a) durante o dia, com autorização do morador, havendo ou não mandado judicial; b) durante o dia, sem autorização do morador, mas com mandado judicial; c) durante a noite, com ou sem mandado judicial, mas com autorização do morador; d) durante o dia ou a noite, por ocasião de flagrante delito, com ou sem autorização do morador. As outras hipóteses constitucionais não se destinam ao processo penal (desastre e prestação de socorro).

A busca pessoal, comumente denominada de “revista”, ocorre em pessoas, quando o objeto procurado esteja com ela. Essa modalidade é frequentemente realizada sem mandado judicial por força do artigo 244 do Código de Processo

Penal, pois que permite que a autoridade realize a revista no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja em posse de objetos que constituam corpo de delito, ou ainda quando determinada na busca domiciliar (SOUZA, 2020). Missaggia (2002, p. 89) explica que “*a busca assim efetuada, com ou sem mandado judicial, exige que estejam presentes os motivos razoáveis, ou seja, motivos ancorados em fatos, de que a pessoa esconda algo em seu corpo ou pertence*”.

A busca domiciliar ocorre quando o objeto procurado está ao abrigo de determinada pessoa, podendo ser ao abrigo de casas, escritórios, ou quaisquer outros compartimentos de residências particulares, habitações coletivas e locais onde se exerça profissão, ou que não sejam abertas ao público em geral. Ela deve ser realizada por autoridade judiciária ou policial, devendo esta estar munida de mandado judicial quando não se tratar de flagrante delito (no flagrante delito será dispensável). Por óbvio que, caso o morador consinta (de forma livre e expressa), as autoridades poderão proceder à busca sem mandado, sendo aconselhável, nesses casos, que as autoridades policiais realizem o ato com o registro de um “*termo de consentimento livre e expresso do morador*” com a assinatura de duas testemunhas (CABRAL, 2020).

Importante destacar que a doutrina entende que o ambiente automotivo só se torna inviolável quando utilizado como moradia, assim aplicando o doutrinador Nucci (2020, p.936):

O veículo (automóvel, motocicleta, navio, avião etc.) é coisa pertencente à pessoa, razão pela qual deve ser equiparada à busca pessoal, sem necessitar de mandado judicial. A única exceção fica por conta do veículo destinado à habitação do indivíduo, como ocorre com os *trailers*, cabines de caminhão, barcos, entre outros.

Não é aconselhável que o próprio Juiz faça as diligências de busca e apreensão, sob pena de violação do sistema acusatório (ALVES, 2014, p. 379), apesar de haver aqueles que discordam de tal afirmação, a exemplo de Nucci (2020, p. 950):

Não mais vige a possibilidade da autoridade policial, pessoalmente e sem mandado, invadir um domicílio, visto que a Constituição Federal garantiu a necessidade de determinação judicial. O juiz, obviamente, quando

acompanha a diligência, faz prescindir do mandado, pois não teria cabimento ele autorizar a si mesmo ao procedimento da busca.

Já para Lopes Jr. (2020, p. 821), o cumprimento da diligência de “busca e apreensão”, pelo Juiz, pessoalmente, é inconstitucional:

Dessarte, é imprescindível a prévia e fundamentada expedição do mandado, não a suprimindo a presença física do juiz no ato (o que, a rigor, não poderia acontecer, pois não cabe ao juiz uma postura policial). Por esses mesmos argumentos, acrescidos do que dissemos anteriormente sobre o sistema acusatório e a imparcialidade do julgador, é inconstitucional a busca e apreensão determinada (ou realizada) de ofício pelo juiz. Ademais, tal dispositivo está tacitamente revogado pelo art.3º-A, que recepcionou expressamente a estrutura acusatória que é incompatível com a atuação de ofício por parte do juiz.

A busca sempre será de dia (das seis da manhã às dezoito horas), a não ser que o morador consinta que seja pela noite. Segundo Távora e Alencar (2009, p. 393 - 396), esse horário sofrerá modificações de acordo com o horário de verão. Além disso, iniciando-se a busca dentro do horário especificado, a autoridade poderá se estender para além das dezoito horas para que não haja prejuízo às investigações. Caso a autoridade perceba que as diligências se estendam por tempo irrazoável, deverá ela encerrar o procedimento de busca por hora e se cercar de todas as medidas cabíveis para assegurar que os objetos procurados não sejam destruídos, danificados, sonegados ou removidos do local, podendo, inclusive, fazer campana em frente ao imóvel.

Quanto às fundadas razões que ensejariam a decretação da busca e apreensão pelo juiz, Nucci (2020, p. 937) destaca que:

Busca e, principalmente, a apreensão constituem medidas nitidamente invasivas, motivo pelo qual somente devem ser decretadas pelo juiz quando houver *razão* suficiente para tanto. Isso significa a existência de indícios razoáveis de materialidade e autoria. A busca e/ou apreensão não deve ser a primeira medida da investigação, mas a que estiver lastreada em prova pré-constituída.

O art. 243 do Código de Processo Penal determina os requisitos do mandado de busca e apreensão. Esses requisitos, necessariamente, devem estar presentes, sob pena de nulidade, na medida em que a diligência da busca e apreensão implica uma grave restrição de Direitos Fundamentais. A estrita observância dos

limites legais é fator legitimante da medida, até porque, ontologicamente, nada diferencia a busca de um crime patrimonial qualquer, como furto ou até roubo praticado em uma residência. Em ambos existe a invasão do domicílio e a subtração de coisa alheia móvel. A diferença se dá em outra dimensão, na legitimidade ou ilegitimidade da violência praticada. A busca é uma violência estatal legitimada, mas que exige, para isso, a estrita observância das regras legais estabelecidas. Então, nessa matéria, não há espaço para informalidades, interpretações extensivas ou analogias (LOPES JR., 2020, p. 813).

A respeito do que dispõe a lei, o Código de Processo Penal, no seu art. 243, inciso I, estabelece que o mandado de busca deverá indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem.

Ainda, sobre os requisitos e especificidades da busca e apreensão, cabe aqui colacionar trecho da Portaria nº 1.287/2005, editada pelo Ministério da Justiça, que estabelece instruções sobre como deve a Polícia Federal proceder acerca de tal medida, e que conjuga em si um conjunto de medidas para diminuir os efeitos negativos da violação do domicílio:

Art. 1º Ao representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, a autoridade policial indicará fundamentadamente as razões pelas quais a autorização da diligência é necessária para a apuração dos fatos sob investigação, instruindo o pedido com todos os elementos que, no seu entender, justifiquem a adoção da medida.

Parágrafo único. A representação da autoridade policial indicará, com a maior precisão possível, o local e a finalidade da busca, bem como os objetos que se pretende apreender.

(...)

Art. 3º, § 2º Os objetos arrecadados ou apreendidos que não tiverem relação com o fato em apuração serão imediatamente restituídos a quem de direito, mediante termo nos autos.

É notável observar que o art. 1º da supramencionada Portaria corrobora o disposto no Código de Processo Penal a respeito da necessidade de fundamentação da representação do Delegado de Polícia pela medida da busca e apreensão. Além disso, a Portaria, ao determinar que devem ser restituídos os objetos apreendidos

que não tiverem relação com o fato, adota medidas para diminuir a violência dos institutos da busca e apreensão. Assim, percebe-se que os regulamentos exarados pelo Estado se encontram em consonância com a doutrina processualista penal.

Além disso, deve o juiz fundamentar os motivos, especificar o local a ser vasculhado e o nome da pessoa que sofrerá a medida. No entanto, tal exigência não diz respeito somente à autoridade judiciária. Conforme colacionado acima, deve também a autoridade policial, ao representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, indicar com a maior precisão possível o local, a finalidade da busca, os objetos que pretendem apreender; além de instruir o pedido com todos os motivos e justificações pelas quais a autorização da medida acauteladora seria necessária para apuração dos fatos.

Assim, é indispensável que o mandado de busca domiciliar expedido pela autoridade judiciária seja certo e determinado, não se admitindo a expedição de ordem judicial genérica, conferindo à autoridade policial a liberdade de escolha e de opções acerca dos locais a serem invadidos e vasculhados (LIMA, 2019, p. 696). Sobre a questão, pondera Lopes Jr. (2020, p. 813) que:

Situação absolutamente ilegal a nosso sentir são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas “favelas” de tal ou qual vila. É inadmissível o “mandado incerto, vago ou genérico. A determinação do varejamento, ou da revista, há de apontar, de forma clara, o local, o motivo da procura e a finalidade, bem como qual a autoridade judiciária que a expediu. É importantíssima a indicação detalhada do *motivo e os fins da diligência*”, como determina o art. 243, II, do CPP.

A decisão judicial que decreta a “busca e apreensão” deve ser fundamentada, apontando os elementos que a legitimam, sua necessidade probatória e razões que amparam essa decisão. A inobservância dessas regras acarreta a ilicitude da prova obtida. Quanto ao motivo e fins da diligência, exige-se uma rigorosa fundamentação por parte do Juiz que a autoriza, devendo para tanto apontar a necessidade e a finalidade da busca. O motivo relaciona-se com a definição do *fumus commissi delicti* e a necessidade de obter-se aquela prova para a investigação e posterior processo. Exige, ainda, que evidencie a

imprescindibilidade da diligência, ou seja, que a prova não pode ser obtida por outro meio (LOPES JR., 2020, p.814).

Os fins da diligência impõem a clara definição do que se busca, impedindo-se a busca genérica de documentos e objetos. Se possível, deve ser delimitado o(s) objeto(s) buscado(s), para evitar um substancialismo inquisitório. Por exemplo, se o que se busca é uma arma, não está a autoridade policial autorizada a buscar e apreender documentos, cartas ou computadores. Como na maioria dos casos, já se sabe de antemão o que se busca, eis que o objeto já é definido (LOPES JR., 2020, p. 814).

Questão importante por ser bastante usual é quanto à apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, mas que mantém relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, e cuja busca não foi especificada no mandado. Análise e problematização as quais fazemos adiante sob o viés da jurisprudência do STF e do STJ.

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF SOBRE A BUSCA E APREENSÃO DE BENS DE TERCEIRO NÃO ESPECIFICADOS NO MANDADO

O primeiro precedente a ser analisado é o acórdão do Supremo Tribunal Federal que julga o Agravo Regimental na Petição (Pet-AgR 5173). Segundo tal precedente, existe admissibilidade e validade na busca e apreensão que apreende bens em poder de terceiro quando este é morador do mesmo imóvel do investigado, sendo irrelevante a sua discriminação no mandado, pois que o próprio artigo 240 do CPP estabelece que deve ocorrer a busca domiciliar para “*apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos*” (“b”, § 1º, art. 240), “*descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu*” (“e”, § 1º, art. 240) e “*colher qualquer elemento de convicção*” (“h”, § 1º, art. 240) frustrando-se os fins da busca caso a apreensão de bens de terceiros não ocorra.

O STF entende ainda que a autoridade policial possui margem de discricionariedade, tendo ela liberdade para selecionar e apreender os itens que julgarem relevantes. Importante ressaltar que contra os bens de terceiros correm

os mesmos efeitos da apreensão dos bens do investigado, como por exemplo o perdimento em favor da União. É assim que se lê do referido julgado:

Agravo Regimental. Busca domiciliar. Apreensão de bens em poder de terceiro. Admissibilidade. Morador do mesmo imóvel, alvo da busca, em que reside um dos investigados. Necessidade da medida abranger a totalidade do imóvel, ainda que diversas suas acessões, sob pena de se frustrarem os seus fins. Indícios, ademais, de um liame entre ambos. Bens apreendidos. Ausência de sua discriminação no mandado de busca. Irrelevância. Diligência que tinha por finalidade “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, “descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu” e “colher qualquer elemento de convicção” (art. 240, § 1º, b, e e h, do Código de Processo Penal). Impossibilidade de indicação, ex ante, de todos os bens a serem apreendidos. Necessidade de se conferir certa margem de liberdade, no momento da diligência, à autoridade policial. Restituição de bens. Indeferimento. Objetos, componentes do corpo de delito, que têm relação com a investigação. Prova destinada ao esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias (arts. 6º, II e III, do Código de Processo Penal). Possibilidade, inclusive, de decretação de sua perda em favor da União. Recurso não provido.

1. O mandado de busca domiciliar deve compreender todas as acessões existentes no imóvel alvo da busca, sob pena de se frustrarem seus fins.
2. É admissível a apreensão de bens em poder de terceiro, morador do mesmo imóvel em que reside o investigado, quando interessarem às investigações, máxime diante de indícios de um liame entre ambos.
3. É inexigível a discriminação, no mandado de busca, de todos os bens a serem apreendidos, uma vez que dele constava a determinação para “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, “descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu” e “colher qualquer elemento de convicção” (art. 240, § 1º, b, e e h, do Código de Processo Penal).
4. Dada a impossibilidade de indicação, ex ante, de todos os bens passíveis de apreensão no local da busca, é mister conferir-se certa discricionariedade, no momento da diligência, à autoridade policial.
5. Descabe a restituição de bens apreendidos em poder de terceiro quando ainda interessarem às investigações, por se destinarem ao esclarecimento dos fatos e de suas circunstâncias (arts. 6º, II e III, CPP), e diante da possibilidade de decretação de sua perda em favor da União.
6. Recurso não provido.

(Pet-AgR 5173. MIN. RELATOR DIAS TOFFOLI. PRIMEIRA TURMA STF. DATA DO JULGAMENTO: 30/09/2014)

Missaggia (2002, p. 100) trata do tema ao se referir à possibilidade de apreensão de documentos em escritório de advocacia:

Dessa forma, só há limite à incursão na medida dos limites quanto à apreensão, ou seja, não há limites, como regra, ao varejamento, mas limites à apreensão. Por isso, a proteção também estende-se à residência e à pessoa física do advogado, quanto às coisas insuscetíveis de serem apreendidas em virtude do segredo profissional e do direito de defesa.

A decisão que determinar a busca em escritório de advocacia deverá esclarecer detidamente o objeto da diligência, pelo fato de que há limites

decorrentes do direito de defesa e sigilo profissional. É ilegal a decisão que defere uma ordem geral de apreensão.

Questão assaz delicada é a de saber sobre a possibilidade da apreensão de documento em escritório de advocacia não constante das exceções anteriormente referidas, mas incriminadora do cliente do advogado e para fazer prova absolutória de outro acusado ou quando envolva terceiro não acusado. Guardadas as eventuais particularidades do caso concreto, a apreensão é de ser deferida, numa abstracta e a priori consideração, com base em uma ponderação de bens informada pelo princípio da proporcionalidade, no caso de produção de prova absolutória. De fato, um sistema processual penal justo não pode tolerar a possibilidade da condenação de um inocente, mesmo pagando o preço do sacrifício de outros bens e valores. Quando envolva terceiros, não é de se deferir a ordem de busca e apreensão, salvo se na balança da ponderação estiver o interesse na realização da persecução penal dos crimes graves.

(g. n.)

Dessa forma, para Missaggia, é de se analisar no caso concreto se a apreensão diz respeito a bem que sirva para incriminar ou para se absolver, além de se ponderar pela gravidade do crime investigado.

Até o presente momento, frise-se, o entendimento do Supremo Tribunal Federal se mantém o mesmo a respeito da busca e apreensão de bens de terceiro, conforme entendimento exarado no RHC 182520 (STF - RHC 182520 RJ, 0225391-52.2019.3.00.0000, Relator Min. Gilmar Mendes, data de julgamento: 30/03/2020, data de publicação: DJe-081 02/04/2020), que, inclusive, utiliza o Pet-AgR 5173 de 2014 como paradigma.

O segundo precedente a ser analisado é o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julga o Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (AGRRHC - 45267), existindo nele dois entendimentos: o seguido pela Ministra Marilza Maynard, e o seguido pelo Ministro Nefi Cordeiro (que é voto vencido).

Trata-se de uma busca e apreensão em que a Polícia Federal apreende os bens do cônjuge da investigada à época da apreensão, o cônjuge não era investigado, passando a ser somente após a apreensão dos bens. A autoridade policial reconhece, e sabe, que os bens apreendidos não são da investigada, mas mesmo assim os apreendem para averiguação, segundo o Ministro Nefi Cordeiro faz constar:

Das transcrições acima, resta inequívoco que o recorrente não figurava entre os dois sujeitos que deveriam sofrer a busca domiciliar, expressamente delimitada no alcance.

A discussão de serem coisas apreendidas de propriedade do recorrente ou de qualquer dos investigados, especialmente de sua esposa, seria de todo relevante não fosse o reconhecimento do fato por quem realizava a busca e apreensão, no próprio Auto Circunstanciado de Busca e Arrecadação (fls. 338/343e).

(AGRRHC – 45267. MIN RELATOR NEFI CORDEIRO. SEXTA TURMA STJ. DJE DATA: 07/08/2014. Trecho do voto do Ministro Nefi Cordeiro)

Segundo entendimento do Ministro Nefi, a autoridade policial sabia que o mandado deixava expresso que a busca e apreensão dizia respeito unicamente à esposa do recorrente. Por tal limitação do mandado, e tendo a apreensão extrapolado seus limites, entende, como consequência, pela nulidade da apreensão:

Assim, é incontroverso que o mandado de busca limitava-a à esposa do recorrente, que sabia a Autoridade Policial que estava apreendendo bens deste e, por decorrência, é de se ter como certo que fazia apreensão fora dos limites autorizados.

Não se tem hipótese de carência de fundamentação para a excepcional medida, conforme determina o art. 240 do Código de Processo Penal, mas de falta do próprio mandado judicial em si, que limites expressos previa.

A consequência, pois, é de nulidade da apreensão dos objetos descritos nos itens 02 a 06 e 08 a 17 foram arrecadados no escritório utilizado por Amauri Barros da Silva, assim como o item 18 refere-se ao veículo do mesmo. Observe-se que a nulidade é do interesse do investigado, que pretende não ver realizada perícia e aproveitados resultados a ele prejudiciais na investigação que passou a integrar. Havendo prejuízo, no descumprimento da forma, de especial relevância em diligência de invasão domiciliar, é de ser reconhecida a nulidade postulada.

A restituição dos bens indicados é mera decorrência da nulidade da apreensão que ora se reconhece.

(AGRRHC – 45267. MIN RELATOR NEFI CORDEIRO. SEXTA TURMA STJ. DJE DATA: 07/08/2014. Trecho do voto do Ministro Nefi Cordeiro)

Esse entendimento é corroborado por Alves (2014, p. 300 – 301), que assim explica o procedimento a ser adotado caso haja apreensão de bens de terceiros de boa-fé (que residam ou não na mesma habitação):

A restituição, quando cabível, poderá ser determinada pela própria autoridade policial ou pelo juiz, mediante termo nos autos. Nesse sentido, para que seja possível a restituição de coisas apreendidas, é necessário não existir dúvida quanto ao direito do reclamante (art. 120, *caput*, do CPP).

Se, porém, esse direito for duvidoso, deve ser autuado em apartado um pedido de restituição, conferindo-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Nesse incidente, apenas o juiz criminal poderá autorizar a restituição (art. 120, § 1º, do CPP). O mesmo incidente ocorrerá – e também apenas o juiz criminal decidirá – se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito,

em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro dois dias para arrazoar (art. 120, § 2º, do CPP).

Já segundo a Ministra Marilza Maynard, não havia outro procedimento a ser seguido pela polícia, visto que os bens estavam no local onde os dois habitavam e onde os dois trabalhavam, sendo impossível distinguir os bens de um e de outro à primeira vista. Além disso, apreendidos documentos que comprovem envolvimento do cônjuge com o crime investigado, é possível que haja o indiciamento dele, não cabendo a nulidade de tais provas:

Fico meditando acerca da dificuldade que teve a Polícia de identificar chegando a residência do casal, por exemplo, de quem era cada objeto. Compreendo que não havia como fazê-lo, porque os bens estavam justamente nos lugares onde os dois habitavam ou onde os dois trabalhavam. Então, creio que outra atitude não cabia à Polícia, senão a de levar todos aqueles bens encontrados.

Uma vez encontrados, na perícia dos referidos objetos e documentos apreendidos, elementos relativos ao envolvimento de Amauri Barros da Silva, entendo possível o indiciamento dele com base nas referidas provas. Não vejo como tê-las como imprestáveis a fim de determinar o trancamento da ação penal.

(AGRRHC – 45267. MIN RELATOR NEFI CORDEIRO. SEXTA TURMA STJ. DJE DATA: 07/08/2014. Trecho do voto da Ministra Marilza Maynard)

Sendo o voto da Ministra Marilza Maynard, que foi o vencedor, foi negado provimento ao agravo, determinando-se a validade e legitimidade da apreensão dos bens, e a não devolução destes.

Conclui-se assim que, de acordo com a jurisprudência do STJ e do STF, a apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, mas que mantém relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, e cuja busca não foi especificada no mandado, é válida e lícita.

CONCLUSÃO

Em suma, a “busca e apreensão”, tem seus requisitos determinados no art. 243 do Código de Processo Penal, que especifica o que o mandado deverá conter, sob pena de nulidade, na medida em que implica uma grave restrição de Direitos Fundamentais. A estrita observância dos limites legais é fator que legitima a

medida, pois ontologicamente, nada diferencia a busca de um crime patrimonial qualquer, como furto ou até roubo praticado em uma residência. Em ambos existe a invasão do domicílio e a subtração de coisa alheia móvel. A diferença se dá noutra dimensão, na legitimidade ou ilegitimidade da violência praticada. A busca é uma violência estatal legitimada, mas que exige, para isso, a estrita observância das regras legais estabelecidas. Então, nessa matéria, não há espaço para informalidades, interpretações extensivas ou analogias.

A decisão judicial que determina a “busca e apreensão” deve ser fundamentada, apontando os elementos que a legitimam, sua necessidade probatória e razões que amparam essa decisão. A inobservância dessas regras acarreta na ilicitude da prova obtida. Quanto ao motivo e fins da diligência, exige-se uma rigorosa fundamentação por parte do juiz que a autoriza, devendo para tanto apontar a necessidade e a finalidade da busca.

Quanto à apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, mas que mantém relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, e cuja busca não foi especificada no mandado, conclui-se que é válida e lícita, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, consolidado nos precedentes Pet-AgR 5173 e AGRRHC 45267.

CAPÍTULO VI

O ÜNTERMASSVERBOT DO DIREITO ALEMÃO E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

INTRODUÇÃO

Sabemos que, no Brasil, o processo por crimes contra a Ordem Tributária acaba por não punir adequadamente o réu, sobretudo porque o pagamento da dívida extingue a punibilidade, afrontando o Princípio da Proporcionalidade. Dessa forma, utiliza-se o Direito Penal como mero instrumento para se cobrar tributos, e não para se punir o infrator da lei.

Este capítulo investiga o Princípio da Proporcionalidade, mais precisamente a vedação da proteção deficiente por parte do Estado e sua aplicação no ramo do Direito Penal Tributário, em relação à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido pelo contribuinte.

Inicialmente, no primeiro tópico, analisa-se o Princípio da Proporcionalidade, que se subdivide em duas acepções: proibição do excesso (Übermassverbot) e proibição de proteção deficiente (Üntermassverbot). Sendo o Direito Penal o mais violento mecanismo de controle social, ele não pode ser absoluto na aplicação de sua violência, por outro lado, ele também não pode ser demasiadamente brando, pois resultará em impunidade.

Desenvolvendo o tema, o segundo tópico trata da vedação à proteção deficiente da norma penal tributária por parte do Estado e da utilização do Direito Penal como instrumento de cobrança de dívidas fiscais. A partir do momento em que o legislador relativiza o bem jurídico “Ordem Tributária”, permitindo a extinção da punibilidade com o mero pagamento da dívida, tem-se o desrespeito ao Princípio da Proporcionalidade. Consequentemente, reduz-se todo um sistema jurídico penal a um mero cobrador de dívidas.

Por fim, no terceiro tópico, há a comparação entre o abrandamento da punição nos delitos contra o patrimônio e os delitos contra a Ordem Tributária, em relação à reparação do dano e ao pagamento devido.

1. A PROIBIÇÃO DO EXCESSO (ÜBERMASSVERBOT) E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE (ÜNTERMASSEVERBOT) COMO ACEPÇÕES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No Direito Penal, a Proporcionalidade é princípio implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena, que está previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. Este desdobramento ocorre porque, segundo este princípio, deve-se atribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as consequências de seu comportamento. A criação de tipos penais incriminadores deve se constituir em atividade vantajosa para os membros da sociedade, pois impõe um ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta (MASSON, 2019, p. 45).

O Princípio da Proporcionalidade se divide em 1) proibição do excesso (Übermassverbot) e 2) proibição de proteção deficiente (Üntermassverbot). Tais conceitos tiveram sua gênese no direito alemão (sob a inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas), para o qual a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesses coletivos superiores. A proibição do excesso (Übermassverbot) visa a frear o poder punitivo do Estado, tratando-se de um modelo normativo que obedece à estrita legalidade e é voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva dele (DIAS, 2017). Nesse sentido, veda-se a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. Por sua vez, a proibição de proteção deficiente (Üntermassverbot) é o contrário da proibição do excesso: quando o Estado não legisla acerca de um determinado Direito Fundamental, desprotegendo-o, e não evita a impunidade. Também é desproporcional a imposição de sanção abaixo da medida correta.

Na dicção de Queiroz (2006, p. 45), se por um lado deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado há a necessidade de evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais, quanto para menos.

2. A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE COBRANÇA DE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS: A VERDADEIRA PROTEÇÃO DEFICIENTE (UNTERMASSEVERBOT)

Infrações à legislação tributária acarretam, via de regra, sanções administrativas. Contudo, o legislador criminaliza determinadas condutas que apresentam maior caráter ofensivo, punindo-as com penas privativas de liberdade, a exemplo das condutas previstas nos artigos 1º e 2º da Lei 8137/90; no art. 168-A do Código Penal (apropriação indébita previdenciária); e no art. 337-A do Código Penal (sonegação de contribuição previdenciária).

Embora o legislador tenha escolhido punir (com pena privativa de liberdade) condutas que ofendem a legislação tributária, o art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003, permite a extinção da punibilidade a qualquer tempo, dos crimes contra a Ordem Tributária, desde que realizado o pagamento total da dívida. Assim, os crimes contra a Ordem Tributária previstos no art. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A CP) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A CP) tem a punibilidade extinta através do pagamento integral do crédito. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça corroboram esse entendimento, emitindo-o em diversos julgados:

O pagamento integral do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003. (STJ. 5ª Turma.HC 362478-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/9/2017 Info 611).

O pagamento integral do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003. (STF. 2ª Turma. RHC 128245, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 23/08/2016)

É notável que, ao contrário da maioria dos crimes, não se analisa nenhum critério subjetivo, como o dolo ou a culpa. Assim, nos crimes contra a Ordem Tributária, não se faz nenhuma análise subjetiva da conduta do agente de se

esquivar do pagamento, basta que se pague integralmente o débito para que seja determinada a extinção da punibilidade.

O Direito Penal Tributário é a ramificação específica do Direito Penal, tratando dos crimes contra a Ordem Tributária. Como ramo do Direito Penal, sujeita-se a todas as regras e princípios deste, e deveria se sujeitar também à análise dos elementos subjetivos (dolo e culpa). Sobre a questão, pondera Baltazar Júnior (2017, p. 796) que:

Esse conjunto forma o chamado direito penal tributário, ou seja, o conjunto de normas de natureza penal que sancionam práticas relacionadas à violação de natureza tributária, que não deve ser confundido com o direito tributário penal, cujo objeto são as sanções de ordem administrativo-tributária.

Pode-se afirmar que ontologicamente o delito penal tributário não se diferencia do delito penal comum. O Direito Penal Tributário é, portanto, o conjunto de normas que regulam os delitos tributários e as respectivas sanções, sendo certo que o adjetivo "tributário" pretende apenas dizer que as normas penais, que fazem parte da disciplina matriz, colocam sob sua tutela matéria tributária (PINTO, 2001).

Como são aplicadas normas do Direito Penal aos crimes tributários, aplicam-se também os princípios próprios do Direito Penal, o que acaba por afrontar o Princípio da Intervenção Mínima e da Proporcionalidade, eis que se criminaliza uma conduta que poderia ser suficientemente punida pelo próprio Direito Tributário, através de suas multas e demais mecanismos de repreensão. Isso reitera o caráter seletivo do Direito Penal, tornando-o instrumento que pune os menos favorecidos e beneficia as elites (praticantes da criminalidade econômico-financeira). Pode-se verificar que o interesse do fisco, quando da criminalização da sonegação fiscal, reside na coerção do contribuinte ao pagamento do crédito tributário, e apenas isso. Confere-se, desta maneira, um efeito simbólico à pena.

Salienta-se que existe uma real dificuldade em se punir quem pratica crimes desse jaez, uma vez que, com o pagamento, extingue-se a punibilidade. Ora, se a conduta do indivíduo é tão grave que merece tipificação penal, não há motivos

para estabelecer uma norma despenalizante sem qualquer critério subjetivo de avaliação, o que viola os princípios do Direito Penal. Essa questão, em verdade, deveria ser objeto apenas do Direito Tributário.

De acordo com a Portaria nº 75/12 do Ministério da Fazenda, foi determinado que não fossem ajuizadas execuções fiscais com valores abaixo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Diante dessa Portaria, defende-se a tese de que o novo parâmetro para análise da insignificância penal nos crimes tributários passou de 10 mil reais (de acordo com o art. 20 da Lei nº 10.522/2002) para 20 mil reais (com base na Portaria Ministério da Fazenda nº 75). Atualmente, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça declararam com válida esta mudança:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada.

2. Para crimes de descaminho, considera-se, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art 20 da Lei n.º 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes.

3. Na espécie, aplica-se o princípio da insignificância, pois o descaminho envolveu elisão de tributos federais que perfazem quantia inferior ao previsto no referido diploma legal.

4. Ordem concedida.

(STF - Acórdão Hc 120617 / Pr - Paraná, Relator(a): Min. Rosa Weber, data de julgamento: 04/02/2014, data de publicação: 20/02/2014, 1ª Turma)

Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. STJ. 3ª Seção. REsp 1.709.029/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/02/2018 (recurso repetitivo).

Desse modo, com o estabelecimento deste patamar, considera-se insignificante tudo o que estiver abaixo do valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Percebe-se assim que há uma incoerência no Ordenamento Jurídico, pois, por exemplo, alguém que deixa de pagar tributo no montante de R\$ 1.000,00 pode ter a sua pena extinta caso quite a dívida, enquanto que uma pessoa que furta um celular no valor de R\$ 1.000,00 não terá sua pena extinta caso devolva ou pague o dano. O doutrinador Streck (2015) entende que:

Qual é o recado que o Estado (*lato sensu*) dá? Tributos até R\$ 20 mil não vale a pena pagar, por duas razões: a uma, o governo não cobrará, porque não vale a pena; a duas, porque, se não vale a pena cobrar, também não vale a pena processar criminalmente; é o que se chama “insignificância diferida” ou “insignificância por efeito colateral”. Uma pergunta: está sobrando dinheiro no governo federal? Os procuradores que tratam disso não se insurgem? Lembro a todos que no Brasil tem uma coisa — que pode até não ter importância — que se chama Constituição. E tem outra coisa chamada “controle difuso”. E mais ainda: *ninguém é obrigado a cumprir ordens flagrantemente ilegais* a tal Portaria o é, pois não? Queriam ver uma Portaria do Ministério da Justiça dizendo que furtos quietais não deveriam ser perseguidos... Todos diriam: céus, que inconstitucionalidade. Pois é!

É indubitável que o sistema penal-tributário, como hoje está posto, é flagrantemente contrário ao Princípio da Intervenção Mínima, pois este exige que somente as infrações que atentem gravemente contra os interesses do erário devam ser elevadas à categoria de ilícitos criminais. Dessa forma, o Direito Penal Tributário viola o Princípio da Proporcionalidade, uma vez que a proteção conferida por ele é insuficiente para o bem jurídico, pois a afronta estará perdoada com o pagamento integral do débito.

Convém lembrar que os delitos contra a Ordem Tributária fazem parte dos chamados “*crimes do colarinho branco*”, denominação criada pelo sociólogo Edwin Sutherland. Ferro (2008, p. 7) assim analisa a teoria de Sutherland:

Contudo, a teoria da associação diferencial de Sutherland não se concentra unicamente nas associações que determinam a criminalidade das classes baixas. Foi o autor quem introduziu o termo *white-collar crime* (crime de colarinho branco) no mundo acadêmico – em discurso intitulado *The white collar criminal*, proferido à American Sociological Society (Sociedade Americana de Sociologia), como seu presidente, em 1939 –, que seria pouco a pouco incorporado à linguagem científica nos Estados Unidos e em vários outros países, a exemplo da França (*crime en col blanc*), da Itália (*criminalità in colletti bianchi*) e da Alemanha (*Weisse-KragenKriminalität*). O seu ensaio sobre o crime de colarinho branco, no universo da Criminologia, publicado em 1949, foi a sensação editorial daquela década.

Desse modo, o pagamento integral do débito tributário trará a extinção da punibilidade, evidenciando que o Direito Penal está sendo utilizado apenas como meio coercitivo para o pagamento de tributos. Através da ameaça de prisão, paga-se a dívida tributária junto ao Fisco, não importando se o agente tinha o dolo de praticar o crime. Nesse sentido, há a violação do Princípio da Proporcionalidade, sobretudo há proteção deficiente (*Üntermassverbot*), gerando impunidade.

3. O TRATAMENTO DIFERENCIADO NA PUNIÇÃO DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E DE CRIMES PATRIMONIAIS

Como regra geral, o Direito Penal prevê, como consequência da reparação do dano, apenas o arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal), consistindo em causa especial de diminuição de pena. Tal diminuição incide somente nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, e com a reparação do dano, ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente. Por sua vez, a atenuante genérica prevista no art. 65, III, b, do Código Penal, incide nos crimes contra o patrimônio se a reparação do dano ocorrer de forma posterior ao recebimento da denúncia.

Todavia, nos crimes tributários, a reparação integral do dano produz consequência distinta: a extinção da punibilidade. É verdade que há tratamento diferenciado nos crimes tributários em relação aos outros crimes, sobretudo os que atingem o patrimônio de particulares ou até mesmo o patrimônio público. Esse tratamento diferenciado é assim explicado por Ferro (2008, p. 18):

Outra estratégia dos homens de negócios em prol da salvaguarda de suas reputações é o seu esforço no sentido de uma implementação diferente das leis a eles aplicáveis, mediante substituições dos procedimentos cabíveis por outros menos estigmatizantes, posto que não desejam ser presos por policiais, nem ser forçados ao comparecimento perante uma corte penal, ou tampouco ser condenados pelo cometimento de delitos.

Nos delitos tributários, o dano social é maior que nos crimes patrimoniais, pois o bem juridicamente protegido pertence a todos/coletividade (erário, arrecadação tributária ou a própria Ordem Tributária), e não apenas a um indivíduo (HANGER JÚNIOR, 2015).

Há falta de isonomia entre o tratamento dispensado aos delitos contra o patrimônio (os previstos no título II do Código Penal) e aos crimes tributários (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, ambos do CP). Extinguir a punibilidade pelo pagamento do tributo sonegado é injusto, pois tal benesse não é dada em crimes contra o patrimônio, a exemplo do furto (art. 155

CP). Assim, aquele que comete um crime menos grave não é favorecido pela extinção da punibilidade, mas somente com uma redução da pena.

O benefício concedido à criminalidade de colarinho-branco traduz a impunidade dos mais favorecidos economicamente, ainda que seus crimes causem maior impacto à sociedade. Assevera Streck (2015) que:

De todo modo, talvez isso seja assim porque nenhum de nós, do andar de cima, tem amigos ladrões. No máximo, temos amigos sonegadores e lavadores, disfarçados no meio das festas que frequentamos. Questão de classe social (ou de estamentos, diria Faoro). Ninguém diz: “— Ah, meu amigo foi processado por ter furtado um botijão de gás”. Isso é para a gente que não usa botas. Nós, que usamos cano longo (Sete Léguas), estamos imunes a isso. Mas há várias situações do tipo: “— Ah, um amigo acaba de receber habeas corpus porque sonegou tributos, mas ficou ao abrigo de uma Portaria do Ministério da Fazenda”. Bingo!

O Estado diminui sua receita ao dispensar parcela da arrecadação tributária (quando não ajuíza execuções fiscais para determinadas dívidas), acarretando perda para os investimentos sociais, como educação, cultura, segurança pública, assistência social, e gerando aumento de marginalização social e criminalidade. Enquanto isso, os homens “*de colarinho branco*” permanecem intocados pela justiça penal, sem privações, pois possuem todo o acesso a serviços que o dinheiro pode comprar. A mesma observação pode ser lida em Ferro (2008, p. 17):

Os homens de negócios, leciona o doutrinador, não se vêem como enquadrados no estereótipo do criminoso ainda quando violam a lei. Por outro lado, usualmente pensam em si mesmos como violadores da lei – um eufemismo, sem dúvida –, contudo o fazem com orgulho, jactando-se, em suas relações particulares, pela prática de tais violações, porque a lei e não a sua infringência é que lhes parece reprovável. São apoiados por seus colegas nas violações em causa, o que lhes assegura uma consciência que geralmente não lhes incomoda. O sentimento de vergonha pelas práticas de negócios desleais, quando existente, parece reservado, com maior frequência, aos homens de negócios mais jovens, por não haverem assimilado ainda, completamente, a mentalidade e as atitudes peculiares ao reino dos negócios.

Com efeito, é de difícil compreensão os motivos pelos quais se aplica o Princípio da Insignificância aos delitos de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, ambos do CP), e não se aplica igual tratamento no caso de delitos contra o patrimônio. Assim, protege-se o criminoso

de colarinho branco. Para a constatação dessa afirmação, basta analisar o tratamento jurídico dispensado ao arrependimento posterior e à extinção da punibilidade nos crimes contra a Ordem Tributária, bem como a atual posição da nossa Corte Suprema no tocante à aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de descaminho (R\$ 10.000,00) e ao furto de pequeno valor (R\$ 100,00). Vejamos os julgados que demonstram a incoerência acima mencionada:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO DE R\$ 2,95 (DOIS REAIS E NOVENTA E CINCO CENTAVOS) EM MOEDAS. RESTITUIÇÃO A EMPRESA VÍTIMA. ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SIGNIFICATIVA DA CONDUTA DO AGENTE. EXCEPCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (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.

2. Como regra, a aplicação do princípio da insignificância tem sido rechaçada nas hipóteses de furto qualificado, tendo em vista que tal circunstância denota, em tese, maior ofensividade e reprovabilidade da conduta. Deve-se, todavia, considerar as circunstâncias peculiares de cada caso concreto, de maneira a verificar se, diante do quadro completo do delito, a conduta do agente representa maior reprovabilidade a desautorizar a aplicação do princípio da insignificância.

3. Ademais, embora seja pacífico na jurisprudência que a restituição

do produto do crime não constitui, por si só, motivo autorizador da aplicação do princípio da insignificância, indubitavelmente tal restituição, somada a outros fatores pode e deve ser considerada dentro do quadro definidor da reprovabilidade da conduta do(s) agente(s).

4. Acusado que, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraiu R\$ 2,95 (dois reais e noventa e cinco centavos) em moedas, posteriormente restituído a empresa-vítima.

5. O Tribunal a quo, ao apreciar apelação, reduziu a pena-base ao mínimo legal e afastou a agravante da reincidência. Ainda que assim não fosse, esta Eg. Corte tem reconhecido a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a acusado reincidente que praticou furto qualificado.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 785.755/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016)

PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em as-

sinalar que o rompimento de obstáculo para a prática do crime de furto denota a maior reprovabilidade da conduta dos agentes e afasta, por conseguinte, a incidência do princípio da insignificância.

2. O Tribunal regional, ao apreciar o recurso defensivo, decidiu em consonância com o entendimento desta Corte. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 746.011/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015)

O fato é que, tendo em vista os objetivos do Direito Penal Tributário, bem como os bens jurídicos tutelados, não se justifica o tratamento mais benéfico dispensado aos que praticam crimes contra a Ordem Tributária. Nesse sentido é a opinião de Streck (2015):

Não que eu quisesse que se arrebetasse com os sonegadores. O que eu queria era que fosse apenas aplicada a isonomia e a equanimidade. Por que o agente que pratica furto tem tratamento mais gravoso que o que sonega tributos?

Por medida de aplicação do Princípio da Isonomia, deveria ser igual o tratamento dado aos criminosos comuns, que cometem crimes patrimoniais, e aos criminosos tributários, (arts. 16 ou 65, II, b, do CP), beneficiando-os apenas com a diminuição da sanção. Com efeito, há outra maneira para fazer valer o Princípio da Isonomia: estender aos criminosos patrimoniais o mesmo tratamento dado aos que cometem delitos tributários, que é a extinção da punibilidade em razão da reparação do dano, visto que não há razão para beneficiar somente estes.

É importante refletir que a Ordem Tributária tem importância constitucional, e os Direitos Sociais são garantidos e custeados pelos tributos, de forma que um bem jurídico de tanta relevância requer suficiente proteção do Direito Penal. E se os delitos contra a Ordem Tributária são mais graves que os delitos patrimoniais sem violências, que sejam a estes estendidos iguais benefícios dados àqueles.

CONCLUSÃO

Nos crimes contra a Ordem Tributária, o pagamento integral do tributo gera a extinção da punibilidade. Assim, existe a possibilidade de qualquer pessoa que

tenha a intenção de cometer um crime tributário ponderar a relação custo-benefício de sua ação. A lei penal-tributária não tutela de forma satisfatória a Ordem Tributária, a proteção é extremamente deficiente ao bem jurídico. Prova disso é a incapacidade da norma de causar temor aos sonegadores, claramente aqueles possuidores de poder econômico. O criminoso tributário não se sente criminoso, porque pode escolher ser apenado ou não.

Com efeito, é discrepante o tratamento dado aos criminosos tributários em relação aos que cometem crimes contra o patrimônio, o que gera violação ao Princípio da Isonomia, pois as reduções de pena aplicadas aos criminosos comuns são manifestamente mais desfavoráveis. Sabemos que o Direito Penal possui como objeto a proteção dos bens jurídicos considerados mais caros e importantes para a sociedade, e não deve ser utilizado como meio de arrecadação de tributos, sob pena de total deturpação de suas finalidades.

Conclui-se, assim, que o uso incorreto do Direito Penal Tributário, como simples instrumento de cobrança de dívidas fiscais, evidencia uma proteção deficiente (üntermassverbot) do Estado, também violando o Princípio da Proporcionalidade.

CAPÍTULO VII

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (*WILFULL BLINDNESS* OU *OSTRICH INSTRUCTIONS*) NO CONTEXTO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

INTRODUÇÃO

A tipificação das condutas que importam em lavagem de capitais foi positivada na Lei n. 9.613/98, e resultou de acordos assumidos pelo Brasil no plano internacional, através das Convenções de Viena, de Palermo e de Mérida. A conduta de “Lavar dinheiro” significa desvincular ou afastar o capital da sua origem ilícita para que, maquiado como se lícito fosse, possa efetivamente ser utilizado no mercado. A criação desse tipo penal parte da ideia de que o agente precisa disfarçar a origem dos valores, desvinculando o dinheiro da sua procedência delituosa, a fim de poder gozá-lo sem riscos.

Ocorre que nem sempre quem pratica a Lavagem de Capitais tem real ciência de que o proveito obtido é resultado de infração penal. Muitas vezes o agente, voluntariamente, age em situação de ignorância, criando obstáculos, de forma consciente, para alcançar um maior grau de certeza acerca da potencial ilicitude de sua conduta. Ou seja, o infrator provoca o seu desconhecimento acerca do ilícito, de modo que sua ignorância passa a equivaler-se, no nosso Ordenamento, aos institutos do dolo eventual ou culpa consciente.

Dessa forma, esse capítulo analisa a Teoria da Cegueira Deliberada, também conhecida como doutrina da cegueira voluntária (*willful blindness*); instruções de avestruz (*ostrich instructions*); doutrina do ato de ignorância consciente; evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*); do afastamento da consciência (*conscious avoidance*), no contexto da prática de crimes de Lavagem de Capitais.

1. DA LAVAGEM DE CAPITAIS: OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES

Conforme ensina Lima (2020, p. 646), a expressão "*lavagem de dinheiro*", em inglês, *money laundering*, originou-se nos Estados Unidos a partir da década de 1920, época em que lavanderias de Chicago eram utilizadas por *gangsters* para maquiagem a origem ilícita do dinheiro que faturavam, arrecadado com a venda ilegal de drogas e bebidas. Assim, por intermédio de um comércio legalizado, buscava-se justificar a origem criminosa do dinheiro. O uso metafórico da palavra "lavar" simboliza a necessidade de que o dinheiro sujo, obtido como produto de infração penal, pode ser transformado, através da atribuição de aparência lícita, apagando o rastro espúrio.

O interesse em conter tais práticas é mundial. A tipificação das condutas que importam em lavagem, positivadas na Lei nº 9.613/98, resultam de compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional, através das Convenções de Viena, de Palermo e de Mérida. Desse modo, "lavar dinheiro" é a atividade de desvinculação ou afastamento do capital da sua origem ilícita para que, maquiado como se lícito fosse, possa efetivamente ser utilizado, aproveitado e recolocado no mercado. A criação desse tipo penal parte da ideia de que o agente precisa disfarçar a origem dos valores, desvinculando o dinheiro da sua procedência delituosa, a fim de poder gozá-lo sem riscos (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1599).

Para fins didáticos, divide-se o processo de lavagem em três fases, apesar de que, para a consumação do delito, não se exige a ocorrência de todas elas. Na primeira, intitulada como "colocação" ou "*placement*", separa-se fisicamente o dinheiro dos autores do crime, através de depósitos em bancos; trocas por moedas estrangeiras; transferências para paraísos fiscais, aquisição de bens como imóveis, joias, obras de arte, entre outras condutas. Na segunda fase, denominada de "dissimulação" ou "*layering*", busca-se multiplicar as condutas da primeira fase para que se perca, definitivamente, a origem do dinheiro, para que não se possa identificar a origem ilícita, como realizar sucessivas transferências ou empréstimos, para que se perca a trilha do dinheiro. Quanto a terceira fase, denominada de "integração", "*integration*" ou "*recycling*", o dinheiro é empregado

em negócios lícitos, como por exemplo, na compra de bens (empresas em funcionamento, imóveis, entre outros) ou simulações de serviços de difícil mensuração, como por exemplo, prestação de consultorias (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1600).

Trata-se de crime pluriofensivo, atingindo a ordem econômica, a administração da justiça e o bem jurídico protegido pela infração penal antecedente. Quanto ao sujeito ativo do crime, classifica-se como crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive pela que efetua a infração penal antecedente, embora a participação no delito antecedente não seja condição imprescindível para ser autor de crimes de lavagem. As pessoas jurídicas não praticam tal infração, apenas as físicas. Quanto ao sujeito passivo, é a coletividade, através do Estado, e também o sujeito que sofreu prejuízo econômico com a prática da conduta (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1603).

Convém destacar que a participação na infração antecedente não é condição indispensável para que se possa ser sujeito ativo do crime de lavagem de capitais. Apenas se exige o conhecimento quanto à origem ilícita dos valores, sendo possível que o agente responda pelo crime de lavagem, mesmo sem ter concorrido para a prática da infração antecedente (LIMA, 2020, p. 647). Além disso, segundo Lima (2020, p. 646), nos casos em que o autor da lavagem é o mesmo autor da infração antecedente, ele responderá por ambos os delitos, em concurso material, com a aplicação cumulativa das penas (CP, art. 69). Entretanto, se praticá-los em uma mesma ação, irá incorrer em concurso formal impróprio (CP, art. 70, última parte).

Seguindo o raciocínio, para que a lavagem possa ocorrer, é necessário haja uma “infração penal antecedente”, eis que se trata de delito acessório ou parasitário, pois está ligado a um delito anterior. O juiz deve verificar se há indícios da ocorrência dessa infração penal antecedente, não sendo necessário condenação prévia no delito principal, nem que ele seja efetivamente consumado. Também é conveniente dizer que esse delito principal pode ser de qualquer natureza, inclusive de lavagem, o que caracteriza a chamada “lavagem em cadeia” (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1604).

A conduta delituosa, de acordo com o art. 1º da Lei de Lavagem de Capitais, traduz-se em: *“ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição,*

movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. Ou seja, os verbos das condutas passam uma ideia de esconder, simular, encobrir, sonegar, camuflar (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1606).

Além disso, não há forma culposa para o crime, sendo o elemento subjetivo o dolo. O fim especial é justamente a vontade de ocultar e dissimular. Logo, por dolo direto entende-se o que o autor almeja diretamente o resultado, seja como fim (dolo direto de 1º grau), seja como consequência necessária dos meios escolhidos (dolo direto de 2º grau ou dolo de consequências necessárias). Por outro lado, fala-se em dolo eventual quando o agente, não querendo diretamente a produção do resultado, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco da produção, já o aceitando (LIMA, 2020, p. 659).

É importante ressaltar que, quando o sujeito atua desconhecendo ou ignorando que os bens sobre os quais recai sua conduta se originam de uma infração penal antecedente, ele incorrerá em erro de tipo. Nesse caso, tanto o erro invencível (escusável, qualquer um poderia errar), ou vencível (inescusável, qualquer um poderia evitar), excluiria o dolo. Se o erro sobre os elementos do tipo for vencível, a infração será imputada na modalidade culposa, o que não é possível no crime de lavagem de capitais, que admite sua punição exclusivamente a título de dolo (LIMA, 2020, p. 658).

Com efeito, o dolo eventual é admitido. É importante pontuar que aceitar o dolo eventual implica em acatar a ocorrência do crime quando o lavador do dinheiro não tem a certeza de que o objeto da lavagem é produto de atividade criminosa, mas assume o risco de que os bens tenham origem criminosa, com base no indicativo dado pelas circunstâncias do fato (GONÇALVES e BALTAZAR JÚNIOR, 2021, p. 1612).

Segundo aduz Lima (2020, p. 660), o problema resultante da aceitação do dolo eventual no delito de lavagem de capitais reside em sua proximidade com a culpa consciente, que configuraria um indiferente penal por ausência de previsão legal da modalidade culposa de lavagem no Ordenamento. De se ver o grau de dificuldade quanto à comprovação do elemento subjetivo da lavagem de capitais, sobretudo devido à existência de uma linha muito tênue a distinguir o dolo

eventual da culpa consciente. É bem verdade que, no âmbito material, a distinção se dá pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. No entanto, é difícil conciliar a comprovação desse dolo eventual sem violar princípios, como o da presunção de inocência e vedação da responsabilidade penal objetiva.

Vale lembrar, por fim, que utilizar os ganhos obtidos com a infração antecedente não caracteriza a lavagem de capitais. Se o criminoso usa o dinheiro obtido com a prática de crimes para comprar imóveis em seu próprio nome, ou se gasta o dinheiro obtido em viagens ou restaurantes, isto por si só não é suficiente. Em síntese, o simples usufruto do produto ou proveito da infração antecedente não tipifica o crime em pauta, até porque trata-se do mero aproveitamento do produto do crime. A punição somente se justifica quando ela não é desdobramento natural da ação criminosa, exigindo-se ação específica e dolo específico para concretizar a lavagem (LIMA, 2020, p. 652).

2. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA, *WILFULL BLINDNESS* OU *OSTRICH INSTRUCTIONS* EM CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Segundo Régis (2016), nos Estados Unidos, a Teoria da Cegueira Deliberada foi desenvolvida pela jurisprudência para as hipóteses em que uma pessoa é ciente da tipicidade de sua conduta, mas se coloca em situação de ignorância deliberada, para sair impune por tal ato. Entretanto, vale lembrar que o sistema penal Norte-Americano se baseia no *common law*, que tem suas próprias características, distinguindo-se do *civil law*, adotado no Brasil.

No *common law*, não há clareza entre elementos objetivos do tipo, tipicidade objetiva, tipicidade subjetiva nem o conceito de dolo. O direito dessa origem se preocupa com a intenção criminosa (má-intenção ou *mens rea*). Procópio e Carvalho (2020, p. 296) conceituam a teoria da seguinte forma:

A teoria da cegueira deliberada consiste em uma doutrina de origem nos Estados Unidos que equipara a ação de um agente que provoca um desconhecimento do ato ilícito que pretende realizar, colocando obstáculos

para ter reais noções, como forma de alegar, caso seja repreendido, que não sabia da ilicitude do ato que cometia, com a ação de um agente que tem conhecimento do resultado ilícito e ainda assim o realiza. Caracteriza-se como uma ignorância provocada para se escusar a lei e das possíveis punições que caberiam à determinado fato, então, segundo a teoria, os agentes evitam ao máximo o conhecimento da ilicitude do objeto material do crime que pretendem cometer, para que, dessa forma, possam alegar um estado de ignorância quanto à ilegitimidade dos atos cometidos.

Para Santo (2017), essa situação de cegueira se dá quando o agente, voluntariamente, age em situação de ignorância, criando obstáculos de forma consciente para alcançar um maior grau de certeza acerca da potencial ilicitude de sua conduta. Ou seja, o infrator provoca o seu desconhecimento acerca do ilícito, de modo que sua ignorância passa a equivaler-se, no nosso Ordenamento, aos institutos do dolo eventual ou culpa consciente.

Muitos são os nomes atribuídos a esta teoria, como por exemplo: doutrina da cegueira voluntária (*willful blindness*); instruções de avestruz (*ostrich instructions*); a doutrina do ato de ignorância consciente; evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*); do afastamento da consciência (*conscious avoidance*), entre outros nomes. Este instituto busca punir aqueles que, deliberadamente, “fingem” não conhecer a ilicitude do seu ato, para, a partir de então, buscar vantagens indevidas em cima deles (RÉGIS, 2016).

Como o tipo penal da lavagem de capitais traz como elementar a infração penal antecedente, na hipótese de o agente desconhecer a procedência ilícita dos bens, faltar-lhe-á o dolo de lavagem, ocasionando a atipicidade de sua conduta, ainda que o erro de tipo seja evitável, já que o crime não é punido a título culposos. Por isso, é comum que o responsável pela lavagem de capitais procure evitar a consciência quanto à origem ilícita dos valores por ele mascarados (LIMA, 2020, p. 662).

A Teoria da Cegueira Deliberada pode ser aplicada nas hipóteses em que o agente tem consciência da possível origem ilícita dos bens por ele ocultados ou dissimulados, mas, mesmo assim, cria mecanismos que o impedem de aperfeiçoar sua representação acerca dos fatos. Desta forma, aquele que renuncia a adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa de um crime acaba por responder como se tivesse tal conhecimento (LIMA, 2020, p. 662-663).

No Brasil, a teoria se parece com o instituto do dolo eventual, quando comprovado que o autor da lavagem de capitais tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos (quando tinha essa possibilidade). Em outras palavras, conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento. A teoria também se parece com o instituto da *actio libera in causa*, positivada no art. 28, II, do CP, que aduz que ninguém pode beneficiar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio (LIMA, 2020, p. 663).

Entretanto, segundo Callegari e Scariot (2020), a Cegueira Deliberada não trabalha com assunção ou aceitação de um provável resultado. A teoria age como um alargamento do conceito do “saber” e “conhecer”, e possui pressupostos próprios: a) o réu deve acreditar, em seu íntimo, que haja uma alta probabilidade de existir um fato criminoso; b) o réu deve tomar medidas deliberadas para evitar conhecer desse fato. Esses requisitos vão além de imprudência e negligência, limitando o alcance da referida teoria. É bem verdade que essa teoria se revelou flexível para a determinação da responsabilidade penal no sistema consuetudinário. Entretanto, quando transportada para o sistema positivista, a cegueira encontra obstáculos dogmáticos, sobretudo na perspectiva da teoria geral do crime a qual é de base finalista. Por isso, no direito brasileiro, a jurisprudência passou a considerar a ignorância deliberada equivalente ao dolo eventual.

Tratando-se da aplicação concreta da teoria, tem-se o caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, da ação penal R 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Segundo Lima (2020, p. 663):

No Brasil, a teoria da cegueira deliberada foi efetivamente utilizada para fundamentar as condenações por lavagem de capitais nos autos do Processo Criminal nº 2005.81.00.014586-0, relativo à subtração da quantia de R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta de reais) do interior do Banco Central do Brasil localizado na cidade de Fortaleza/CE, cuja sentença em 1ª instância foi proferida pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Referida teoria foi utilizada como fundamento para a condenação de dois empresários, proprietários de uma concessionária de veículos, pela prática do crime do art. 1º, V e VII, § 1º, I, § 2º, I e II, da Lei 9.613/98, em virtude de terem recebido a quantia de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), em notas de cinquenta reais em sacos de náilon, pela compra de 11 (onze)

veículos, dentre eles 03 (três) Mitsubishi 1200, 02 (dois) Mitsubishi Pajero Sport, e 01 (um) pajero Full, sendo que os acusados teriam recebido a quantia sem questionamento, nem mesmo quando a quantia de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) foi deixada pelo intermediário para "futuras compras", tendo também se absterido de comunicar às autoridades responsáveis a movimentação suspeita.

Esta teoria fundamentou a condenação dos sujeitos, em sede de primeiro grau, mas a sentença foi reformada pelo Tribunal, que entendeu se tratar de responsabilidade penal objetiva, vedada por nosso Ordenamento, absolvendo os sujeitos. O Tribunal concluiu que não havia elementos concretos na sentença que demonstrassem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei nº 9.613/98. De acordo com o entendimento que prevaleceu, a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada depende da sua adequação ao Ordenamento Jurídico nacional, que pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual.

Outro caso de aplicação da teoria no Brasil foi a Ação Penal 470, conhecida como "Mensalão". Nessa ação, o Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na Teoria da Cegueira Deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida. Vejamos trecho do acórdão:

O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa. Nesse sentido, há vários precedentes, como *US vs. Campbell*, de 1992, da Corte de Apelação Federal do Quarto Circuito, *US vs. Rivera Rodriguez*, de 2003, da Corte de Apelação Federal do Terceiro Circuito, *US vs. Cunan*, de 1998, da Corte de Apelação Federal do Primeiro Circuito. Embora se trate de construção da *common law*, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da *civil law*, acolheu a doutrina em questão na Sentença 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro. Na hipótese sub judice, há elementos probatórios suficientes para concluir por agir doloso - se não com dolo direto, pelo menos com dolo eventual -, quanto a Pedro Corrêa, Pedro Henry,

Valdemar da Costa Neto, Jacinto Lamas, estes dois na extensão do voto do Revisor, Enivaldo Quadrado e a Breno Fischberg. (Ação Penal 470)

Conforme Santo (2017), há incompatibilidade entre a Teoria da Cegueira Deliberada com o sistema jurídico romano-germânico ou *civil law* (especificamente no Brasil), eis que aqui se tem os pressupostos da imputação subjetiva na legislação (art. 18 do Código Penal Brasileiro). A Teoria da Cegueira Deliberada é aplicada em um sistema jurídico consuetudinário, conforme a conveniência do caso concreto, deixando de apresentar um fundamento sistêmico pronto e acabado uma vez que não há definição normativa do elemento subjetivo que defina o dolo e a negligência, diferentemente do sistema continental europeu e brasileiro.

Nesse aspecto, Vallès (2013) acrescenta que essa teoria promove uma flexibilização na responsabilidade subjetiva, aumentando a possibilidade de se imputar responsabilidade a quem de fato não a possui. Portanto, para alguns autores, há incompatibilidade dessa teoria com o sistema jurídico de imputação subjetiva existente no Brasil porque exige, para sua aplicação, a redefinição do conteúdo do dolo e da negligência, redefinido o tipo subjetivo. Ademais, Valente (2017) explica que essa teoria também promove a violação dos Princípios da Lesividade e da Ofensividade, pois que vedam a criminalização de condutas meramente morais ou inadequadas socialmente. A ampliação da responsabilidade penal, nesse caso, gera a deformação da dogmática penal.

Assim, a Teoria da Cegueira Deliberada deve ser utilizada com cautela para que não haja uma ampliação demasiada sobre o conceito de dolo. Afinal, a Garantia do Devido Processo Legal impõe ao órgão acusador comprovar a ocorrência do crime. Portanto, a teoria não pode ser utilizada como mera alternativa quando não se consegue comprovar a consciência do agente quanto aos elementos de sua conduta (ASSUNPÇÃO, 2017, p. 13).

Para Procópio e Carvalho (2020, p. 307), em países de *common law*, que não trabalham elementos dolo e culpa, a teoria confere uma vantagem nas decisões e julgamentos, pois ela se direciona àqueles que buscam uma forma de burlar a lei para se beneficiar com bens ilícitos. Sabe-se que é difícil descrever com precisão a mentalidade de um sujeito e o seu desejo apenas por meio de indícios e deduções,

e, no nosso Ordenamento, existe uma segurança conferida pela lei, em que a dúvida beneficia o réu.

Por fim, a única utilidade que a Teoria da Cegueira Deliberada tem no Brasil é a de embasar argumentos que poderiam melhorar a definição de dolo eventual. Há quem sustente de plano a não aplicabilidade, em razão do Princípio da Legalidade. Por outro lado, há quem entenda que a aplicabilidade é possível, aperfeiçoando a dogmática à luz de caso concreto.

CONCLUSÃO

De acordo com o art. 1º da Lei de Lavagem de Capitais, praticar este crime importa em “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”. Não há forma culposa para a prática deste delito, sendo o elemento subjetivo o dolo.

Todavia, há finalidade especial neste dolo, consistente na vontade de maquiagem, modificar, ocultar e dissimular o percurso percorrido pelo proveito do crime, de modo a torná-lo aparentemente lícito. Desta feita, o dolo direto significa que o autor almeja diretamente o resultado, seja como fim (dolo de primeiro grau), seja como consequência necessária dos meios escolhidos (dolo de segundo grau). Por outro lado, fala-se em dolo eventual quando o agente, não querendo diretamente a produção do resultado, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco da produção, já o aceitando.

Quando o sujeito atua, desconhecendo ou ignorando que os bens sobre os quais recai sua conduta se originam de uma infração penal antecedente, ele incorre em erro de tipo. Nesse caso, tanto o erro invencível ou vencível, excluiria o dolo. Se o erro sobre os elementos do tipo for vencível, a infração será penalizada na modalidade culposa, o que não é possível no crime de lavagem de capitais, que admite sua punição exclusivamente a título de dolo.

Com efeito, o dolo eventual é admitido, mas o problema resultante da aceitação deste tipo de dolo reside em sua proximidade com a culpa consciente, que, configuraria um indiferente penal, por ausência de previsão legal da

modalidade culposa deste crime no Ordenamento. De se ver o grau de dificuldade quanto à comprovação do elemento subjetivo da lavagem de capitais, sobretudo devido à existência de uma linha tênue a distinguir o dolo eventual da culpa consciente. É bem verdade que, no âmbito material, a distinção se dá pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. No entanto, é difícil conciliar a comprovação desse dolo eventual sem violar princípios, como o da presunção de inocência e vedação da responsabilidade penal objetiva.

A Teoria da Cegueira Deliberada, quando importada pelo Brasil, se parece com o instituto do dolo eventual, uma vez que traduz a ideia de que o autor da lavagem de capitais tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade. Em outras palavras, conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento. A teoria também possui semelhanças com o instituto da *actio libera in causa*, positivada no art. 28, II, do CP, que aduz que ninguém pode beneficiar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio.

Entretanto, a cegueira deliberada, conforme exposto, tem gênese num sistema jurídico de *common law*, por isso não trabalha com assunção ou aceitação de um provável resultado. A teoria age ampliando os conceitos do “saber” e “conhecer”, e possui pressupostos próprios: a) o réu deve acreditar, em seu íntimo, que há uma alta probabilidade de existir um fato criminoso; b) o réu deve tomar medidas deliberadas para evitar conhecer desse fato. Esses requisitos vão além de imprudência e negligência, limitando o alcance da referida teoria.

É bem verdade que ela se revelou flexível e fértil para a determinação da responsabilidade penal no sistema consuetudinário. Entretanto, quando transportada para o sistema positivista, a cegueira encontra obstáculos dogmáticos, sobretudo na perspectiva da teoria geral do crime a qual possui base finalista. Por isso, no direito brasileiro, a jurisprudência passou a considerar a ignorância deliberada equivalente ao dolo eventual, tendo sido aplicada, no Brasil nos casos da ação penal R 5520-CE 2005.81.00.014586-0 (Assalto ao Banco Central) e Ação Penal 470 (Mensalão).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. *Processo Penal: Parte Geral*. Salvador: Editora JusPODIVM. 4ª Ed. 2014.

ASSUMPCÃO, Pedro Antônio Adorno Bandeira. *A Teoria da Cegueira Deliberada e a equiparação ao dolo eventual*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias*. In: *Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Org: Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 11ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6.ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2017.

BARROS FILHO, Mário Leite de. *Da inconstitucionalidade do juiz de garantias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12302/da-inconstitucionalidade-do-juiz-de-garantias>>. Acesso em: 30 de março de 2020.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Fundamentos de metodologia científica*. 3 ed. reimpressão. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2014.

BASTOS PITOMBO, Cleunice. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo, RT, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 24ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal – Dos Elementos da Dogmática ao Giro Conceitual do Método Entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 2.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CABRAL, Bruno Fontenele. *Breves considerações legais e jurisprudenciais sobre o instituto da busca e apreensão*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19679/breves-consideracoes-legais-e-jurisprudenciais-sobre-o-instituto-da-busca-e-apreensao#ixzz3dAJ6MRYo>>. Acesso em: 10/06/2020.

CALLEGARI, André Luís; SCARIOT, Daniela. *O que é a teoria da cegueira deliberada? Equipara-se ao dolo eventual?* Revista Consultor Jurídico, 28 de

agosto de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scariot-teoria-cegueira-deliberada>. Acesso em: 13 nov. 2021.

CAMPOS, Hélio Silvio Ourém; FREIRE, Sheyla Canuto Barbosa. *EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO EM DECISÃO DO STF: INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO*. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 12, n. 3/2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 9ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASARA, Rubens R. R. *Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. 1ª ed. Salvador: Juspodvm, 2020.

DIAS, Jean. A proibição do excesso (Übermassverbot) e a proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) no direito penal. Disponível em: <<https://jeancarlodias.jusbrasil.com.br/artigos/429256367/a-proibicao-do->

excesso-ubermassverbot-e-a-proibicao-de-protECAo-deficiente-untermassverbot-no-direito-penal>. Acessado em 07 de maio de 2020.

DUTRA, Luciano. *Busca e Apreensão Penal – Da legalidade às ilegalidades cotidianas*. Florianópolis: Conceito. 2007.

Exposição de Motivos do Código Penal de 1940. *DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940*. In: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972pe.html>>. Acessado em 24/12/2020.

FERRO, Ana Luísa Almeida. *SUTHERLAND – A TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL E O CRIME DE COLARINHO BRANCO*. In: *DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS*. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 11 (jul./dez. 2008). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008.

FONSECA, Pedro H. C. *Lavagem de dinheiro: Aspectos dogmáticos*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

GOMES, Luiz Flavio. *Leis de Lavagem de Capitais: Aspectos Processuais*. São Paulo: Boletim do IBCCRIM. São Paulo, 1998.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. BALTAZAR JÚNIOR. *Legislação penal especial*. Coordenado por Pedro Lenza. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: parte geral, volume 7*. 7ª Ed. rev. – São Paulo: Saraiva 2002.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo. Rideel. 1995.

HANGER JUNIOR, João Carlos. *A INSIGNIFICÂNCIA COMO SINTOMA DA CRISE DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL E SUA AUTONOMIA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 23, nº 117. Novembro – Dezembro 2015, páginas 17 a 50.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. *Criminologia*. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: Parte Geral*. 28 ed. São Paulo: Saraiva 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*, 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOVATTO, Alecio Adão. *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da teoria da cegueira deliberada no Brasil*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Juiz das garantias: a nova gramática da Justiça criminal brasileira*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policial-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal#_ftn10>. Acesso em: 30 de março de 2020.

MANSOLDO, Mary Cristina Neves. *CRIMES TRIBUTÁRIOS SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA: EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO E A TEORIA DO ETIQUETAMENTO*. In: Revista Quesatio Iuris, vol 11, nº 02, Rio de Janeiro, 2018.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral – v. 1*. São Paulo: 13 ed. Método, 2019.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo: da prevenção da competência ao juiz das garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MISSAGGIA, Clademir. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal Brasileiro*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 85. 2002.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21 Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 8ª Edição. São Paulo, Saraiva: 2017.

PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PROCÓPIO, Esther Campos Cavalcanti Ramalho; CARVALHO, Pedro de Menezes. *A teoria da cegueira deliberada: conceito, críticas doutrinárias e relação com crimes de corrupção*. Revista Derecho y Cambio Social, N.º 60, ABR-JUN 2020.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMÍREZ, Bustos Juan. *Obras completas*, v. I, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2 ed. 2007.

RÉGIS, Gian Carlos. *A teoria da cegueira deliberada: o tipo penal subjetivo e a possibilidade de aplicação no direito brasileiro*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4863, 24 out. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51934>. Acesso em: 13 nov. 2021.

SANTO, Ricardo Do Espírito. *O expansionismo penal através da aplicação da cegueira deliberada*. Canal Ciências Criminais. Publicado em 12/10/2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/expansionismo-cegueira-deliberada/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3 ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal*. In: *Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Org: Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SOUZA, Diogo Rosa. *O Caráter Cautelar das Medidas de Busca e Apreensão no Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Diogo_Souza.pdf>. Acesso em 10/06/2020.

STRECK, Lênio. *Em Pindorama, furtar R\$ 100 é mais grave que sonegar R\$9.999!* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-29/senso-incomum-pindorama-furtar-100-grave-sonegar-19999>>. Acessado em: 07 de maio de 2020.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. In: *O Estado Democrático de Direito: procedimentalismo versus substancialismo e os obstáculos representados pelo paradigma do modo (modelo) de produção do Direito e do paradigma epistemológico da filosofia da consciência*. 4^a.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3^a Ed., ver. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Aplicação da cegueira deliberada requer cuidados na prática forense*. Revista Consultor Jurídico, 9 de agosto de 2017.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados>. Acesso em: 13 nov. 2021.

VALLÈS, Ramon Ragués i. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em derecho penal*, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOBRE OS AUTORES

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2016), Especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (2019), MBA Executivo em Gestão Estratégica de Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual (2021), certificado em extensão em Direito Constitucional pela Universidade de Compostela (Espanha). Advogado com atuação nas áreas de Direito Corporativo, Direito Civil e Processual Civil, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Família e Sucessões, Previdenciário e Administrativo; além de prestar consultoria empresarial e sindical, com redação de peças, pareceres e projetos jurídicos. Consultor Empresarial em Inovação Tecnológica, Propriedade Intelectual e Gestão de Negócios. Membro das Comissões de Propriedade Intelectual, de Direito das Startups, de Práticas Colaborativas, de Empreendedorismo Jurídico e de Recuperação Judicial e Falência da OAB/PE. Escritor e Professor Universitário.

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO

Conciliadora no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Advogada atuante na Área Empresarial (Compliance, Gestão Tributária, Elisão Fiscal, Crimes Contra a Ordem Tributária, etc). Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/BA, Subseção Juazeiro-BA. Pesquisadora Multidisciplinar, Cientista Política e Professora Universitária. Mestrado em andamento em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (PROFINIT/UNIVASF). Possui MBA Executivo em Gestão Estratégica de Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual (UniBF). Possui Latin Legum Magister em Direito Empresarial (UniBF); Pós-graduada em Direito Constitucional (Universidade Cândido Mendes - UCAM); Pós Graduada em Direito Penal (Damásio IBMEC - Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais); Pós Graduada em Direito Tributário (Faculdade Única - Instituto Prominas); Pós Graduada em Ciência Política (UniBF) e Pós Graduada em Educação, na área de Docência no Ensino Superior (Faculdade Única - Instituto Prominas). Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). É Autora do Livro "Lições Preliminares à Filosofia e à Hermenêutica Jurídicas: Diálogo com os Cânones da Ciência do Direito" e organizadora do Livro "Direitos Fundamentais em perspectiva na construção de um novo mundo", publicados pela Editora CRV, Curitiba-PR.

ÍNDICE REMISSIVO

Atos de execução.....	25, 26, 27, 31, 34, 35, 36, 38
Atos preparatórios.....	25, 26, 29, 31, 32, 34, 36, 38
Código Penal...9, 11, 12, 13, 14, 16, 19, 20, 23, 25, 26, 27, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 50, 51, 52, 56, 57, 58, 60, 61, 80, 84, 97, 103	
Crimes Contra a Ordem Tributária.....	5, 78, 80, 81, 84, 86, 87, 88, 109
Culpabilidade.....	5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24
Direito Penal. 1, 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 22, 23, 25, 35, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 87, 88, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109	
Direitos Fundamentais.....	43, 64, 70, 76, 106, 109
Execução do crime.....	25, 28, 34
Extinção da pena.....	50, 60
Extinção da punibilidade.....	5, 61, 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 102, 105
Instituto da apreensão.....	63, 64, 65
Instituto do Livramento Condicional.....	7, 50, 61
Juiz das garantias.....	5, 6, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 100, 102, 104, 105, 106
Juiz de garantias.....	43, 49, 100
Jurisprudência.....	5, 30, 31, 50, 56, 63, 72, 76, 86, 93, 95, 99
Lei de Execução Penal.....	52, 55, 60, 66
Pacote Anticrime.....	6, 40, 43, 44, 47, 48, 50, 53, 55, 56, 57, 59, 61, 62, 102
Princípio da Legalidade.....	10, 23, 98
Processual Penal.....	1, 2, 5, 6, 7, 40, 43, 44, 74, 86, 104, 107
PUNIBILIDADE...5, 13, 25, 26, 34, 61, 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 102, 105	
Teoria da cegueira deliberada. 5, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 104, 106	
Teoria do Crime 6, 9, 10, 14, 16,	

ISBN 978-655376004-2



9

786553

760042