

ANAIS DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PUCRS

Criminologia Global

XVII Congresso Transdisciplinar de
Ciências Criminais – ITEC-RS

VOLUME 4
PROCESSO PENAL

ORGANIZADORES

Augusto Jobim do Amaral

José Carlos Moreira da Silva Filho

Fernanda Martins

Laura Gigante Albuquerque





Copyright© 2018 by Augusto Jobim do Amaral, José Carlos Moreira da Silva Filho,
Fernanda Martins & Laura Gigante Albuquerque

Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

P859

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Congresso Internacional de Ciências Criminais (8. : 2017 : Porto Alegre, RS)

Anais [recurso eletrônico] : criminologia global : direito processual penal, volume 4 / 8 Congresso Internacional de Ciências Criminais ; organização Augusto Jobim do Amaral ... [et al.], - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Tirant Lo Blanch, 2018.
recurso digital

Formato: pdf

Requisitos do sistema: adobe acrobat reader

Modo de acesso: world wide web

Inclui bibliografia e índice

ISBN 9788594771551 (recurso eletrônico)

1. Direito penal. 2. Processo penal - Congressos. 3. Livros eletrônicos. I. Amaral, Augusto Jobim II. Título.

18-49524

CDU: 343.2

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



tirant
lo blanch

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

ORGANIZADORES
Augusto Jobim do Amaral
José Carlos Moreira da Silva Filho
Fernanda Martins
Laura Gigante Albuquerque

ANAIS DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PUCRS

CRIMINOLOGIA GLOBAL

XVII CONGRESSO TRANSDISCIPLINAR DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS – ITEC-RS

VOLUME 04

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Realização



C A P E S



FAPERGS

PUCRS | ESCOLA DE
DIREITO

Apoio



tirant
lo blanch

Prólogo

DISCURSO DE ABERTURA DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS: CRIMINOLOGIA GLOBAL

É com muito orgulho e satisfação que recebemos a partir de hoje todos vocês aqui presentes, e em especial as nossas convidadas e convidados internacionais e nacionais, que irão compor as mesas desse 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, que integra a Escola de Direito da PUCRS.

O tema deste 8º Congresso é o da *Criminologia Global*. O foco desta enigmática expressão, de desenvolvimento recente, indica um questionamento que fulmina as bases e as próprias razões para a construção de um campo do saber chamado de Criminologia.

Visto que a Criminologia se volta originariamente ao estudo do crime, porque ela jamais se dedicou ao estudo dos piores crimes, daqueles que assumem uma dimensão que transpassa as fronteiras nacionais, que promove danos de proporções geométricas, massacres, mortes, genocídios, graves violações de direitos humanos em escalas massivas e monumentais, dezenas, centenas de milhares, milhões de pessoas, mortas, torturadas, desaparecidas, estupradas, confinadas, mutiladas?

A Criminologia se constituiu como um saber delimitado aos marcos do Estado moderno, marcos que dividem o mundo civilizado dos espaços de incivilidade, de beligerância e de barbárie. Nessa bitola, o crime diz respeito, antes de tudo, ao que ocorre dentro da assim chamada “civilização”, refere-se às violações das normas postas pelo Estado nacional, voltadas em tese à manutenção da segurança e dos direitos essenciais dos nacionais. Mas o que fazer quando é o Estado, por meio dos seus agentes públicos, o principal agressor? Como chamar de crime uma conduta praticada pelo ente que define o que é o crime e que é o responsável pela sua punição? Mais do que isso, a quem interessa conhecer e repudiar os massacres e morticínios praticados fora do espaço civilizado, nas antigas colônias, como nosso país um dia foi, ou dos

cada vez mais largos espaços de exceção nas periferias do mundo, nas quais também se insere o nosso país, e que são mergulhadas até o presente em uma dinâmica de colonialidade, com legados escravistas, genocidas, autoritários e de submissão a potências estrangeiras mais poderosas? A quem interessa? Certamente não ao “mainstream” criminológico.

Outra interrogação que se apresenta é saber se a Criminologia deve ter algo a dizer ou ao menos deve se preocupar com o empilhamento do refugo humano pelo mundo, com milhões e milhões de pessoas que se amontoam em todo o planeta na mais absoluta indignidade, vítimas de políticas econômicas e de razões de mercado, hoje mais impositivas que as de Estado, ou simplesmente cúmplices com estas, sem emprego, sem casa, sem aposentadoria, sem acesso a serviços de saúde, à educação, ao alimento.

Pessoas que, em um paralelismo macabro, assim como ocorreu ao longo do colonialismo com os povos chacinados, escravizados e oprimidos, são culpadas pelos sofrimentos, mortes e privações impostas por essas novas razões de mercado e de Estado. Em seu estágio atual o capitalismo financeiro nos apresenta uma uniformidade da razão neoliberal, uma reprodução de medidas de austeridade, de destruição de políticas públicas e de estruturas de atenção aos pobres, aos desvalidos, aos refugiados, às minorias étnicas, de precarização do trabalho, de propagação de odiosos eufemismos.

O mesmo programa vem sendo espalhado ao redor do mundo, e nos países em que se alojam resistências a essa cartilha altamente concentradora de renda e amplificadora da desigualdade. As forças que promovem essa agenda não hesitam em financiar, quando necessário aos seus projetos, rupturas das instituições democráticas, inclusive com a ampla participação dos respectivos sistemas de justiça. Em muitos casos tais patrocínios se dão hipocritamente em nome do combate à corrupção, quando na verdade trabalham para alojá-la mais profundamente no modelo de sociedade que é prescrito, pois não há maior corrupção do que a desigualdade.

Não hesitam em patrocinar causas obscurantistas e de policiamento das liberdades democráticas, bem como políticas de recrudescimento da razão punitiva e de criminalização do protesto e da manifestação social, mesmo ao arrepio da constitucionalidade das leis e medidas oriundas desse movimento avassalador.

O que a Criminologia tem a dizer ou a pensar sobre tais danos sociais

que condenam milhões ao descarte? A Criminologia tem necessariamente que estar atrelada à bitola nacional e à penalogia? Ela depende do Direito Penal para se desenvolver como campo do saber? A Criminologia Global aponta para um caminho no qual a Criminologia se torne independente dessas tenazes e se aproxime mais dos direitos humanos e das políticas de fortalecimento democrático e de emancipação popular.

Antes dos necessários agradecimentos, finalizo este discurso introdutório ao nosso Congresso fazendo aqui uma defesa explícita da liberdade de pensamento e cátedra em todas as instituições de ensino do Brasil, hoje ameaçadas por propostas e políticas obscurantistas que querem estabelecer assuntos proibidos e autores banidos a um absurdo Índex. Nesse sentido, sou grato por fazer parte de uma Comunidade universitária que repudia com veemência essa lamentável tendência. Impõe-se o dever de proteger e resistir pelas conquistas civilizatórias da liberdade de credo, do Estado laico, da absoluta centralidade do debate de gênero e do repúdio aos discursos de ódio e de promoção da homofobia. É preciso estancar o moralismo violento que quer censurar a cultura e as artes. É preciso cerrar fileiras nas lutas contra o fascismo societal que se avoluma.

Quero também aqui fazer a defesa da autonomia universitária, hoje ameaçada por agentes públicos que praticam abuso de autoridade ao proibir que as Universidades Federais possam promover eventos, debates e discussões sobre os episódios dramáticos hoje vividos pela política nacional. Também quero lamentar as ameaças que circundam a continuidade da Universidade pública e de qualidade no Brasil, o sucateamento de instituições de referência como a UERJ e o corte radical de verbas para a pesquisa e para a educação que nos vem sendo imposto e que coloca em dificuldades o futuro e o desenvolvimento do país. Nunca houve um orçamento tão reduzido em pesquisa e tecnologia, e que se ameaça ser ainda menor. Ciência e educação não são gastos, são investimentos em nossa sociedade, no nosso presente e no nosso futuro!

Quero, enfim prestar uma homenagem ao falecido Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, Luiz Cancellier, inexplicavelmente vítima de uma prisão preventiva em presídio de segurança máxima, despedido, revisitado, acorrentado, uniformizado, depois quando solto proibido de entrar na Universidade para a qual foi legitimamente eleito como dirigente máximo, e isto a partir de uma delação, sem instauração de processo penal, sem provas

documentais de mal feitos praticados e sem que tivesse sido lhe dada a chance de sequer manifestar-se perante à juíza responsável ou que lhe fossem pedidos quaisquer esclarecimentos. Desesperado e irremediavelmente quebrado e rompido em sua dignidade, o Reitor Cancellier deu cabo da própria vida, portando um bilhete que dizia ter sido a sua morte decretada no dia da sua prisão. Fez uma denúncia tendo a sua própria morte como instrumento. Isto me fez pensar: o que nós estamos fazendo para resistir à escalada do Estado autoritário e punitivista? Confesso ter ficado dias profundamente abalado com este episódio. Vejo nele o símbolo do abuso de autoridade, que em nosso país é praticado há muito e preferencialmente a um público selecionado nos grupos que menos dispõem de recursos em nossa sociedade: negros, jovens e pobres. Grupos que eu simbolizaria na pessoa do Rafael Braga.

Nosso país tem uma profunda herança autoritária, que não vem somente da ditadura de segurança nacional aqui orquestrada junto a outras semelhantes em toda a América Latina, estimuladas e conduzidas também por interesses econômicos que não conhecem fronteiras e que instrumentalizam as instituições. Nosso país passou longe de realizar de modo amplo o seu dever de memória e as necessárias reformas democratizantes do sistema de justiça e das suas forças de segurança, hoje retrocedendo flagrantemente na promoção de medidas de justiça de transição. Nos dias em que nos foi dado viver temos magistrados que se guiam pelo clamor popular ou pela Bíblia nas suas decisões, não pela lei, que maltratam a Constituição e que perseguem outros magistrados que não se omitiram e que não se omitem diante da ruptura da democracia e dos valores e cláusulas pétreas da Constituição cidadã. Faço aqui minha homenagem a esses magistrados valorosos nas pessoas de Rubens Casara, Simone Nacif, Cristiana Cordeiro e André Nicolitt, e que hoje são alvo de uma lamentável investigação disciplinar.

Finalizo este discurso de abertura agradecendo a todas as pessoas que se envolveram na aventura de organizar este evento e torná-lo possível. Em primeiro lugar ao meu colega de Programa Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral e a nossa Doutoranda Fernanda Martins, pessoas valorosas, dignas, trabalhadoras, grandes companheiros de academia e de vida. Eles são a alma desse Congresso e são, sem qualquer sombra de dúvida, os principais responsáveis pela sua realização. Também agradeço a parceria do colega de programa Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner, ao apoio da nossa querida coordenadora do Programa, a Profa. Dra. Ruth Gauer, do nosso Decano Prof. Dr. Fabricio

Dreyer de Avila Pozzebon e da nossa Decana-associada Prof^a. Dra. Clarice Beatriz da Costa Sohngen.

Agradeço demais o trabalho das nossas alunas e alunos que integram a Comissão Organizadora deste evento: ao Lucas Batista Pilau, mestre egresso do Programa, às bolsistas de iniciação científica Sofia Bordin Rolim, Caroline Ramos dos Santos, Camila Tamanquevis dos Santos, Ana Clara Santos Elesbão, Cássia Zimmermann Fiedler e Roberta Medina. Agradeço também às alunas e alunos que tem auxiliado na atenção às nossas convidadas e convidados e no apoio técnico, a saber os mestrados Laura Gigante Albuquerque, Fernando Vecchi e Luiz Antonio Alves Capra, ao doutorando Bruno Rigon, e a todas as alunas e alunos do Programa que se dispuseram a ajudar.

Imprescindível igualmente agradecer às professoras e professores que coordenam os Grupos Temáticos nos quais serão apresentados os trabalhos enviados e selecionados: Profa. Dra. Renata Almeida da Costa (UNILASALLE), Prof. Dr. Marcelo Oliveira de Moura (UCPel), Profa. Dra. Vanessa Chiari (UFRGS), Prof. Dr. Alceu Pinto (UNIVALI), Profa. Dra. Fernanda Vilaris e Prof. Ms. Renato Stanziola Vieira (ambos do IBCCrim). Agradecemos também aos competentes, dedicados e solícitos funcionários da nossa Universidade que colaboraram para a realização deste evento, em especial à nossa querida Márcia Cristina de Brum Lopes e ao nosso estimadíssimo Uillian Vargas.

Um agradecimento especial à Profa. Dra. Carla Denise Bonan, nossa Pró-Reitora de Pesquisa, Inovação e Desenvolvimento, por ter assinado os termos de outorga de apoio das agências de fomento e por ter intercedido de modo tão certo e satisfatório em momentos de dificuldade na organização da estrutura do Congresso. Encerro os agradecimentos fazendo as devidas homenagens aos dois órgãos de fomento que concederam apoio financeiro sem o qual não teríamos conseguido esta realização: à CAPES e à FAPERGS, que mesmo em tempos de austeridade e de crise econômica e política entenderam que valeria investir neste projeto. E também a outras entidades que apoiaram o evento, a saber: Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal, IBCCrim, ITEC e Empório do Direito.

Este 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais ocorre no marco comemorativo dos 70 anos da Faculdade de Direito da PUCRS, hoje Escola de Direito da PUCRS. E para todos nós é um grande orgulho fazer parte desta equipe e realizar um evento que honra todos os sentido do que se pretende com uma Escola de Direito, pois não se omite diante dos temas mais atuais,

desafiadores e relevantes, temas que interpelam toda a sociedade, exigindo reconhecimento, reflexão, debate, atitudes e respostas. Temas que são vitais para a sobrevivência e o aprofundamento da nossa democracia e para a proteção e promoção da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais, independente de credo, cor, gênero, posição sexual ou pensamento político. Como Jesus Cristo um dia nos ensinou, todos somos irmãos, e devemos sempre agir pela cartilha do amor, da paz, da doação aos que mais necessitam, da multiplicação do respeito, da fraternidade e da justiça.

Sejam todas e todos bem-vindos, palestrantes, autores de trabalhos selecionados, participantes e autores de livros a serem lançados ao longo do evento. Que se inicie o Oitavo Congresso Internacional de Ciências Criminais!!!

Porto Alegre, 25 de outubro de 2017.

José Carlos Moreira da Silva Filho

*Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e
Organizador do 8º Congresso Internacionais de Ciências Criminais.*

Apresentação

ANAIS DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS

Registro decerto histórico que vem a público neste momento. Desconheço conjunto de trabalhos, resultado de um Congresso na área das Ciências Criminais no Brasil – ao todo 132 artigos com mais de 200 autores e editado em seis volumes. Sobretudo, pela profunda qualidade que apresentam, representam, em alguma medida, o estado da arte dos principais estudos de direito penal, processo penal e, em especial, de criminologia em curso atualmente no país (sem esquecer das preciosas contribuições estrangeiras). Tamanho esforço dos organizadore/as e autore/as foi recompensado pela profunda parceria da *Editora Empório do Direito/Tirant lo Blach*, a qual devemos agradecer de maneira profunda pela publicação. Em tempos que, aos quadros cantos, multiplicam-se as tentativas de sufocar a pesquisa em prol das plataformas de rentabilidade e impacto, há sempre um alento que resiste.

Assim, não conseguiria melhor demonstrar a enorme alegria em apresentar estes volumes senão através do próprio discurso que tive a honra de proferir no encerramento do Evento, dia 27 de outubro de 2017. Por certo, ela dará o tom daquilo que nos move. Mais uma vez, parabéns a todas e todos pelos escritos.

*

Gostaria de dizer algumas palavras, por último – não por fim. Queria confiar algumas palavras de coração, “*du coeur*” (não “*décor*”), portanto, palavras nuas. Agradecimentos que não precisam ser repetidos para não conjurar um adestramento e, sobretudo, para não se exaurirem em qualquer linguagem, pois qualquer reconhecimento dito seria insuficiente ao que sempre se devia *dizer*.

Até poderíamos “contar”, tentar “contabilizar” todas as imprescindíveis ajudas que tivemos ao longo, não apenas destes três intensos dias, mas ao longo de quase um ano germinando este *encontro* – agradecemos, de todo

modo, às alunas e alunos que participaram e contribuíram com seus artigos, aos palestrantes Professores Wayne Morrison, Lúcia Regina Brito Pereira, Beatriz Vargas, Jesus Sabariego, Carol Proner, José Calvo González, Marília Budó, Gabriel Anitua, Pat Carlen e Pat O'Malley, aos Professores da Escola de Direito da PUCRS no nome do nosso Decano Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon e da nossa Coordenadora do PPGCCrim Ruth Maria Chittó Gauer, à Secretaria da Escola de Direito e do PPGCCrim, aos funcionários da Universidade que atuaram direta e indiretamente na elaboração e organização do Congresso, às agências de fomento CAPES e FAPERGS, ao !TEC (Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais), ao IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) e à Editora Empório do Direito pelos apoios constantes, aos Coordenadores das plenárias Clarice Sohgen, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Paulo Vinicius Gomes de Souza, Marion Bach, Mariana Nóbrega, Felipe Lazzari e Leandro França, aos Coordenadores dos valiosíssimos Grupos de Trabalho, Professores Marcelo de Moura (UCPel), Felipe de Oliveira (PUCRS), Gabriel Divan (UPF), José Linck (PUCRS), Henrique Mioranza (UCS), Marília Budó (UFSM), Fiammeta Bonfigli (UNILASALLE), Leandro França (FARGS), Renata Almeida da Costa (UNILASALLE), Celso Rodrigues (FTEC), Vanessa Chiari (UFRGS), Ana Paula Motta Costa (UFRGS), Fábio Fayet (FSG), Alceu Pinto (UNIVALI), Francis Beck (UNISINOS), André Sampaio (UNIT/AL), Salah Khaled (FURG), Renato Vieira (IBCCRIM), Fernanda Vilares (IBCCRIM), Eduardo Pitrez (FURG) e Leonardo de Paula (ABRACRIM), à equipe de tradução e transmissão ao vivo pelo trabalho de excelência, à Comissão Organizadora, em especial Sofia Rolim, Laura Gigante, Fernando Vechi, Henrique Mioranza, Roberta Medina, Cássia Fiedler, Ana Clara Elesbão, Caroline Ramos dos Santos, Camila Tamanquevis dos Santos e Fernando Ventura. *Least not last*, ao companheiro de jornada e resistência, parceiro na realização do Congresso e, sobretudo, amigo imensurável, José Carlos Moreira da Silva Filho. Entretanto, tudo ainda seria pouco.

Preferiria ao invés de contar e quantificar, *ter em conta*, pois nisso está realmente o testemunho daquilo com que(m) singularmente se *pode contar*. E todos *des-interes-sados* que se importam, e o fazem sem preço e a todo preço, serão tocados. Se este espaço pode ser visto como derradeiro, que não estejamos definitivamente prontos nem irremediavelmente acabados, mas sejamos inspirados pelos novos desafios dignos dos nossos melhores esforços. Que isto jamais soe como síntese ou resumo do irrepresentavelmente impossível

de cada condição singular de encontro e diálogo que se viveu.

Diria apenas que, na experiência da gramática geral da violência que nos assola, a questão sobre uma criminologia que nos aflige já não pode deixar de transparecer na tradição do seu conceito outro sentido que não a da *escritura de uma ausência, silêncio próprio dos corpos emudecidos e empilhados pelas inscrições cadavéricas politicamente neutras*. Não somente a escuta criminológica sobre “a palavra dos mortos” pode-se dar nesta temporalidade singular, porque o que apareceria neste momento espectral já não pertence a este tempo, mas ao secreto desajuste assinalado pela resposta – testemunho radical – premente aos que não estão aqui presentemente vivos, seja porque não mais estejam presentes e vivos seja fundamentalmente pelos que ainda não estão presentes. A *preocupação* (“*Sorge*”) que faz tremer qualquer “cautelaridade”, muito para além de qualquer “cuidado”, e que desde sempre a interroga, (re)envia-nos ao *por vir*, nada distanciado ou indefinido, mas refém desta tarefa inadiável. Eis a noção que algum discurso criminológico radicalmente deve (ante)ver. O que nos convoca, então, dá-se antes – *provém do por vir*, do futuro que já eticamente nos chama, grita, clama, e desproporcionalmente nos impõe em seu excesso a responsabilidade urgente por um *dever de justiça*. Supõe-se que esta justiça conduza, não meramente à vida de um ser vivo e não em direção a uma morte, mas em direção a uma *sobre-vida*, reiteradamente para além da vida presente, que antecipa que é preciso *contar com mais de um*. *Criminologias plurais* como dizeres de *sobre-vivência*, apanhadas pelo aqui e agora impostergáveis do terror que as acomete, e sempre anacrônicas em suas tentativas de organizarem-se e definirem-se.

Portanto, reinscrever criminologicamente a incondicional ética da justiça sob certas condições parece tocar a tarefa *im-possível* de se viver sob o status político ou legal de qualquer *criminologia como desconstrução* (não destruição). De outro modo, a obriga, disposta decididamente diante da incondicionalidade do *outro*, não obstante, expor-se efetivamente de certo modo a alguma condição, sob pena de sequestrar a ideia tardia e ancestral do *outro* poder ser reinscrita. Concretamente, *dizer-o-acontecimento indizível* (para além do simples saber, da representação, da informação, da classificação etc. – dos ditos, sobre os quais sempre resta o que *dizer*). Razão criminológica que apenas se deixa *razoar* porque *conta com e toma em conta* os mortos das guerras neutralizados racionalmente pelo poder punitivo – escuta daqueles, como escreve Derrida, “espectros de uma experiência impossível que assombra o possível”.

Criminologia como possível *dizer* e responsável por aquilo que não se tem e que não nos pertence. A sorte deste *acontecimento* é a sorte de um instante. Por fim, aí a tarefa se inicia. Talvez seja neste umbral que alguma criminologia possa começar enfim.

Haveria algo mais profundamente realista e radical que tal ânsia por justiça, perante a temporalidade espectral de outros não presentes, para além do presente vivo em geral? Antes de abortar esta justa abertura criminológica, melhor seria (e por certo mais honesto) render-se e assumir o “calculismo econômico”, entregar-se aos utilitarismos com cálculo de rentabilidade (positivismos criminológicos, diga-se de passagem), à biopolítica em geral reduzida à captura, e declarar honestamente todas as “barreiras alfandegárias” a estas criminologias ditas menores, esteriotipadas, “sem modos”, mal-educadas, infantis ou adolescentes como dirão os cínicos. Afinal, são comprometidas com a incondicional “modalidade futura do presente vivo”, teimosas e indóceis a *sobre-viverem* insuscetíveis às reduções pragmáticas de contingências políticas (re)confortantes e conciliações hipócritas. Apesar do insuportável, encarnam-se os espíritos dos mortos de dos vivos nesta insaciável necessidade por justiça. Radical será aquela *sobre-vivente criminologia em desconstrução* que se puser a ensinar a escutá-los. Não esqueçamos que, apesar dos “vampiros do capital” (Marx) ou dos “lobisomens da história” (Adorno/Horkheimer), sempre há *por vir*.

E sendo assim, não deixaria de agradecer neste instante único através do modo mais indescritível que genuinamente encontro: com *amor e junto dela*. Algum dia escrevi como lembrança a ela, a minha companheira de vida Fernanda Martins: “Ao Amor, que na palavra não se encerra, senão no *dizer* que ela permite. Mergulhados estamos num suspiro, como inspiração do fôlego que nos arrebatou; destino que não é fim nem horizonte, pois é *tempo entre-nós*”. Que esta confissão de amor se estenda a todas e todos e que este fim seja apenas a chance de imaginarmos juntos novos começos. Muito obrigado e declaro, já saudosamente, encerrado nosso 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUCRS/2017.

Augusto Jobim do Amaral

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e
Organizador do 8º Congresso Internacionais de Ciências Criminais.

SUMÁRIO

Prólogo - DISCURSO DE ABERTURA DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS: CRIMINOLOGIA GLOBAL	5
José Carlos Moreira da Silva Filho	
Apresentação - ANAIS DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS	11
Augusto Jobim do Amaral	
(IN)ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA: DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS SEGURANÇA PÚBLICA – DECISIONISMO ENQUANTO POLÍTICA CRIMINAL	19
Carlos Eduardo Martinez das Virgens Fernanda Correa Osório	
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA OITIVA INFORMAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL JUVENIL	45
Caroline Gomes Amaral Isadora Zorzi Julia Ferreira Goulart	
A (IN)EFICÁCIA DA PRISÃO PREVENTIVA NO CONTEXTO DE MULHERES ENCARCERADAS: BREVES CONSIDERAÇÕES A PARTIR DO ESTUDO DE CASO DO PRESIDIO ESTADUAL FEMININO MADRE PELLETIER, RS, BRASIL	63
Daiana Maturano Dias Martil	
A CARACTERIZAÇÃO DE “FUNDADAS RAZÕES” A INDICAR ESTADO DE FLAGRANTE DELITO EM CASOS DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER	79
Gabrielle Cenci	
A COLABORAÇÃO PREMIADA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE ACERCA DOS REFLEXOS DA (IN)APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DE LENIÊNCIA FRENTE AOS DIREITOS E GARANTIAS DO SUJEITO	99
Maricy Fideles Ítalo Menezes Rabelo	
A DESCOMPASSADA AFIRMAÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A ATUAÇÃO POLÍTICA E IDEOLÓGICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONTEMPORANEIDADE	119
Thiago Allisson Cardoso de Jesus	

A ESPETACULARIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA ENTRE A GARANTIA DA LIBERDADE DE IMPRENSA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	139
Mirela Schilling Motta	
A HETEROGENEIDADE DO ESTADO NA PERSECUÇÃO PENAL: DA PRESENÇA NO INQUÉRITO POLICIAL E NO PROCESSO PENAL À AUSÊNCIA NO SISTEMA CARCERÁRIO	161
Luiza Dias de Oliveira Marcos Pippi Fraga	
A INCLUSÃO DA PARTE CIVIL NO PROCESSO PENAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: ESTUDO DO CASO FC BARCELONA	175
Felipe Martins Pinto Paula Rocha Gouvêa Brener	
A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL: ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE PARTES ADEQUADO AO MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO PENAL.....	191
Felipe Martins Pinto Paula Rocha Gouvêa Brener	
ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA FINANCEIRO ...	213
Fabio Kupfermann Rodarte João Victor Freitas	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A (I) LÓGICA ESTATAL.....	231
Luana Aristimunho Vargas Paes Leme	
COMENTÁRIOS AO PACOTE ANTICORRUPÇÃO E O DEBATE SOBRE SUA CONSTITUCIONALIDADE	245
Maria Carolina S. P. da Cunha	
CONSEQUÊNCIAS DA PRISÃO PREVENTIVA ANTES DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	259
Jéssica Santos de Carvalho Alexandre Cardoso Feitosa	
DA APLICABILIDADE DO NOVEL ARTIGO 489, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AOS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS.....	277
Fábio Agne Fayet Roberta Eggert Poll	
DA VIOLÊNCIA DA CORRUPÇÃO A CORRUPÇÃO DA VIOLÊNCIA: PERSPECTIVAS PROCESSUAIS E CRIMINOLÓGICAS DE ENFRENTAMENTO DA POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE A DIFERENÇA.....	293
Luis Gustavo Durigon Matheus do Nascimento Barcellos	

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADPF Nº 347 E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA REALIZADAS NA CIDADE DE SÃO LUÍS-MARANHÃO ...	303
Ariston Chagas Apoliano Júnior José de Guimarães Mendes Neto	
OS DISPOSITIVOS INQUISITÓRIOS PRESENTES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	319
Yuri Alonso Nunes Salah Hassan.Khaled Jr.	
PROCESSO PENAL DO FUTURO OU O FUTURO DO PROCESSO PENAL (?): A “EFICIÊNCIA” EM UM PROCESSO PENAL LÍQUIDO EXPERIMENTADO EM “WHITECHRISTMAS – BLACK MIRROR”	339
Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes	
PROCESSOS COGNITIVOS E SUAS IMPLICAÇÕES NO RECONHECIMENTO DE SUSPEITOS	355
William Weber Ceconello Lilian Milnitsky Stein	

(IN)ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA: DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS SEGURANÇA PÚBLICA – DECISIONISMO ENQUANTO POLÍTICA CRIMINAL

Carlos Eduardo Martinez das Virgens¹

Fernanda Correa Osório²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a questão da (in)admissibilidade de provas ilícitas, sob o prisma doutrinário processual penal e jurisprudencial, se há prevalência (ou não) do aspecto segurança pública frente ao direito à privacidade, relacionando-se à “perícia” em celular feita pela autoridade policial durante a prisão em flagrante. Verificou-se o posicionamento das Cortes Superiores referente ao tema, confrontando-se os aspectos aventados pela doutrina e a prática processual por meio das decisões proferidas, em especial o caso paradigma a partir do RHC n.º 51.531/RO, oriundo do STJ. Efetivou-se um cruzamento de dados com base nas informações colhidas, tendo por método utilizado o de análise textual discursiva, hermenêutica e argumentação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: (In)admissibilidade de prova ilícita; Direito à privacidade; Segurança pública; Decisionismo.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo está apresentado em versão resumida, pois é instrumento avaliativo de conclusão de curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal. Dada às minúcias realizadas na versão original, foram captados os pontos principais para concretizar o estudo sem afastarmos a fidedignidade do escrito. Feitas as observações necessárias, segue-se na apresentação do tema e conteúdo com as principais impressões colhidas, a partir da pesquisa realizada. Dito isso, insere-se o tema em destaque.

A prova enquanto elemento essencial no processo judicial acarreta valorização de seu conteúdo. Aquilo juntado aos autos com essa conotação deve satisfazer o interesse na busca pela verdade dos fatos, pois o processo criminal

1. Bacharel em Direito pela Faculdade Cenecista de Osório. Especializando em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Instituto de Direito Contemporâneo, emartinezadv@gmail.com.
2. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade Instituto Meridional.

é a reconstrução de uma história ocorrida e que comporta, ao menos, duas versões: do autor do fato e da vítima. Ou ainda uma terceira versão, esta baseada no olhar do agente ministerial responsável por juntar os fragmentos de cada uma das visões e agrupá-las numa apenas: a peça acusatória. A partir da reconstrução dessa “história” é que o Estado, na figura do magistrado, intervirá sendo aquele condutor do desenvolvimento processual, cuidando para que haja primazia da legalidade. Isto é, que o desenvolvimento do processo esteja conforme os ditames constitucionalmente exigidos, sob pena de desnaturar a própria atuação do juiz enquanto garante da lei, papel este também exigido do Órgão Ministerial. Porém, “atenuado” historicamente por figurar como parte interessada no deslinde da ação, pugnando pela condenação do acusado.

Essa (re)construção dos fatos tais como ocorridos reverbera na cultura jurídica brasileira sob duas nuances. De um lado a busca pela “verdade real” dos fatos, sob qualquer circunstância deve imperar o que de fato ocorreu relacionada àquela transgressão ao direito. De outro a tentativa de mostrar-se uma verdade processual do que ocorreu, aquilo possível nos limites temporais e conforme os ditames constitucionais, impondo limites à atuação do Estado na busca por essa “verdade”. A distinção entre uma e outra vertente não constitui objeto do presente trabalho, entretanto serve para ilustrar o “caminho” a ser percorrido no texto, visando demonstrar a necessidade de existência de um limite a atuação do Estado na persecução penal. Limite este ligado a produção da *prova* no âmbito do processo crime, especialmente no tocante ao estatuído na Constituição da República Brasileira, no artigo 5º, inciso LVI, o qual estabelece a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo.

A partir da fonte constitucional, e quantificando uma considerável evolução do pensamento e aplicação do direito processual penal em nosso país, além, é claro, das práticas no direito estrangeiro, alterou-se o Código de Processo Penal. Nessa esteira, especificamente, referimo-nos ao artigo 157, *caput* e seus parágrafos, os quais inseridos no Título VII, Capítulo II, referente ao elemento processual prova nas suas disposições gerais.

A alteração legislativa no citado artigo ocasionou revolução no pensamento doutrinário e jurisprudencial brasileiro, proporcionando aplicação daquilo já previsto na Magna Carta, ou seja, são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, obtidas e reputadas em violação a normas constitucionais ou legais. Bem como, certa incerteza quanto a extensão da (in)admissibilidade de prova ilícita na seara penal. O texto assim

disposto criou uma dupla face ao conceito prova ilícita. Desse modo, há a prova ilegal reputada essa por obtenção por meio ilícito ou ilegítimo, partindo desse conceito a divisão em duas vertentes para explicitação daquelas provas obtidas em violação a direitos e garantias constitucionais – prova *ilícita* -, e aquelas oriundas de transgressão a regras processuais penais – prova *ilegítima*. Considerando o exposto, no presente escrito, direcionamos a pesquisa para as provas ilícitas, pois afetam em sua obtenção e posterior utilização a direitos e garantias fundamentais insculpidos na Magna Carta de 1988.

Nesse sentido, e tentando acompanhar as inovações tecnológicas, derivadas de bens de consumo com funções cada vez mais diversas e com grande capacidade de armazenamento de dados, surge como tema de pesquisa as provas oriundas de aparelhos celulares, ou hodiernamente conhecidos *smartphones*, mais precisamente no momento da prisão em flagrante e a (des)necessidade de autorização judicial para os agentes do Estado – Delegado de Polícia, Agente Policial ou Policial Militar – vasculharem o conteúdo armazenado nesses aparelhos, derivado este de meios/aplicativos de comunicação, conversação e troca de dados instantânea (*WhatsApp, Telegram, Skype, Snapchat, Facebook Messenger, GoSMS Pro, Im+, WeChat, BBM, Viber*, entre outros). O ato praticado pelo agente estatal, sem autorização judicial, estaria violando o direito à privacidade/intimidade do preso inculcido no artigo 5º, inciso X, da CRFB? Ou constituiria interceptação telefônica inautorizada em desrespeito ao inciso XII, do Artigo 5º? Ou, ainda, não constituiria violação a qualquer direito ou garantia constitucional e tão somente a decorrência legal de atuação dos policiais em firmar indícios de autoria e materialidade do crime, com prevalência do interesse da coletividade e de resguardo da segurança pública?

Nessa toada, e acompanhando recente entendimento jurisprudencial acerca do tema, pesquisamos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no intuito de verificação quanto ao aplicado pelas altas Cortes brasileiras relacionado ao assunto em pauta, se admissíveis ou inadmissíveis no processo penal as provas obtidas por meios ilícitos, considerando o levantamento dos dados armazenados no aparelho celular, sem autorização judicial, feito pela autoridade policial no ato de prisão em flagrante.

A análise temática tem por base os aspectos aventados pela doutrina processualista penal e a praxis processual, por meio das decisões proferidas pelos tribunais citados, efetivando um cruzamento de estudos, tendo a forma dialética por método de pesquisa. O ponto de cisão dogmática e

jurisprudencial apresenta enquanto paradigma o julgamento proferido no Recurso em Habeas Corpus n.º 51.531, no âmbito da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Parte-se, assim, do ponto (in)admissibilidade de prova ilícita e três nuances vertentes deste, direito à privacidade, segurança pública e decisionismo enquanto política criminal.

Dessa forma, estabelecemos um parâmetro de análise crítica quanto ao tema, identificando possíveis “decisionismos” por parte das Cortes pesquisadas. Discute-se o quão perene é o assunto pautado, tanto do ponto de vista doutrinário-jurisprudencial, quanto da temática de revolvimento social.

2. DA PROVA ENQUANTO ELEMENTO NO PROCESSO PENAL

A prova constitui elemento fundante e caracterizador do processo penal, bem como direito do acusado. Enquanto fundante baseia a persecução penal por parte do Estado-acusação. Porquanto caracterizador justifica o desenvolvimento processual lastreado em elementos que remontem aos fatos narrados na denúncia e que carregam os autos.

Em função dessa característica elementar, apresenta aspectos próprios de constituição e utilização, pois sem prova não há que se falar em autoria e materialidade de um crime, as quais possam ser imputadas ao agente transgressor daquilo tipificado penalmente. A natureza de ordem pública do processo penal atribui a este um caráter de cogência, não só da obrigatoriedade de sua existência para ver satisfeita e cumprida a persecução penal, mas também na observância de um direito fundamental do acusado em observadas as regras dispostas na constituição federal e que perfazem a legalidade e legitimidade do processo.

bem por isso, o ato de provar perfaz a base do processo penal e, via de consequência, designa ao titular da ação penal, o Ministério Público – como representante do Estado – essa incumbência. Não há que se falar em distribuição do ônus da prova, pois o postulado incumbe, em vias do processo penal. Cabe, sim, ao réu desfazer aquilo afirmado por aquele, e ao juiz conduzir o processo criminal visando à aplicação da pena, em respeito e observância aos direitos e garantias constitucionais.

O ônus da prova funciona como um sucessor da *verdade* versus *conhecimento* verdadeiro sobre os fatos. O processo entendido como um *jogo* triunfa não a parte que tem razão, por ter demonstrado que a verdade está a

seu favor, mas sim, o litigante mais inteligente ou mais hábil³. Nessa medida, a *verdade* é aquilo que o consenso do grupo diz que é, embasado em posições de verossimilhança. Enquanto critério balizador – conteúdo produzido nos autos e arquitetado nos argumentos feitos pelas partes -, a verdade entendida da forma citada é critério aceitável como premissa para uma decisão justa. A manifestação decisiva do juízo desfaz a omissão temporária do Estado frente ao ilícito cometido e processado para posterior aplicação de uma pena, correlacionando concordância entre o objeto e a imagem captada por aquele, para atingir o objetivo de *justiça* apregoado⁴.

A prova do modo apresentado não é só um requisito processual, conforma-se num direito do acusado⁵. Razão pela qual deve estar pautada sob a égide constitucional. Do contrário, além de mal integrar a ação penal, fere um direito objetivo do réu. Decorrente, e intrinsecamente ligado, do direito de ação e defesa, subjetivo, público e cívico, sendo dever do juiz determinar a efetivação da prova relevante⁶. Busca-se, assim, estabelecer no âmbito do processo uma *verdade jurídica*, pautada nos elementos probatórios carregados nos autos que perfazem a reconstrução dos fatos informados.

relewa-se, pelo exposto, que a *verdade* não pode ser obtida sob qualquer circunstância e pretextos contrários ao protegido pela Carta Maior de 1988. Até mesmo relevando que a verdade é aquela buscada, objetivada no processo, descaracterizando a falaciosa *verdade real*, derivada da cultura inquisitiva, o que Luigi Ferrajoli denominaria de **verdade substancial** – a verdade processual não pretende ser a verdade; de igual maneira não deve ser encarada como um horizonte utópico⁷.

Por essa razão, a decisão judicial não se apresenta como a *revelação* da verdade, mas um ato de convencimento formado em contraditório e respeitando as

3. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Salienta o autor, inclusive, que o processo penal consensual, por exemplo, onde por meio da transação penal possibilita-se a aplicação de pena de multa ou restritiva de direitos, sem verificação judicial dos fatos, não tem no vocábulo **verdade** um escopo a ser alcançado.
4. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
5. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
6. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
7. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal** (tradutores Ana Paula Zomer Sica, et. al.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40-41. Consoante o autor, a impossibilidade de ser formulado um critério seguro de verdade das teses judiciais é ligada ao fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” representa sempre a “expressão de um ideal” inalcançável. A verdade no processo não deve ser objeto de devaneio utópico de seu alcance.

regras do devido processo. Importa considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O determinante é convencer o juiz segundo as “regras do jogo”, servindo como atividade de convencimento. A ambição da “verdade” deve ser limitada como limitado deve ser o poder ao qual adere⁸; a gestão da prova deve estar nas mãos das partes e o juiz figurar como espectador.

Enquanto a verdade é o convencimento e reconstrução processual de um fato ocorrido, possibilitando aos “jogadores” paridade de condições em melhor apresentar cada qual sua visão sobre tal, ela passa a ser construída para a persecução penal estatal e a decorrente aplicação de uma pena ou não, a depender do explicitado no jogo processual⁹, que ao cabo é o objetivo de ser do processo penal.

3. (IN)ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA: O DISCURSO (IN)ADEQUADO E SUA CONSEQUÊNCIA – DECISIONISMO ENQUANTO POLÍTICA CRIMINAL

Na leitura da doutrina, meio de prova é tudo aquilo que possa servir de comprovação da verdade intraprocessual. Em vistas de tal característica, os meios de prova previstos no Código Processual Penal Brasileiro integram um rol, em regra, taxativo, sob três espécies: a) pessoal, b) documental e c) material. Observada a taxatividade do texto processual e da legislação extravagante, apenas excepcionalmente poderão ser admitidos outros meios de prova não previstos nestes, atentando-se sempre ao cuidado redobrado para não ocorrer violação aos limites constitucionais e processuais da prova¹⁰.

Atento a isso, o legislador previu no texto da Constituição Republicana de 1988 limite a atividade probatória do Estado. Tal limitação constitucional importa na inadmissibilidade de prova ilícita no processo. A partir disso exsurgiu, obra do inquisitorialismo ainda presente no processo penal brasileiro, uma distinção e necessidade de verificação da prova produzida ocasionar prejuízo à defesa/réu. Portanto, por força da inovação legislativa obrada no Código de Processo Penal, criou-se um novo entendimento sobre a prova e

8. LOPES JR. Aury. **Direito Processual Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

9. Segundo ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. No jogo processual penal, via de regra, o julgador e os jogadores tomam decisões egoístas a partir da análise de custos e benefícios individuais e não levam em consideração as consequências [...] o que externamente é ocasionado e prejuízos individuais (dos demais jogadores) e à coletividade.

10. Cf. LOPES JR. Aury. **Direito Processual Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ainda, conforme o autor há diferenciação das provas *nominadas* e *inominadas*. No entanto, por força da limitação do escrito, limitar-nos-emos a apenas referir acerca do assunto. Para maior detalhamento, a obra citada.

duas subespécies legislativas.

A diferenciação entre as subespécies criadas, a contar da modificação legislativa operada na parte referente à prova no *Códex* Processual, retrata em sua inteireza a intenção do legislador ordinário em abarcar no Processo Penal Brasileiro teorias norte-americanas de distinção das provas. Consoante essa matriz, a violação de uma vedação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito. De modo que a violação de impedimento de caráter processual faz com que o ato seja ilegítimo¹¹. Em vias disso, é possível apresentar a seguinte conceituação sobre o tema: 1) prova ilegal seria a violação do ordenamento jurídico, representando a espécie; 2) prova ilícita representaria ofensa à norma substancial, necessária à formação do processo, subespécie da prova ilegal; 3) prova ilegítima resultaria da contrariedade a preceito, regra processual, passível de ser irrelevada frente ao caso, se dessa inobservância não resultar prejuízo à defesa; também é subespécie de prova ilegal.

Consoante o exposto, e considerando a distinção teórica entre prova ilícita e ilegítima claramente disposta na redação do artigo 157, do Código Processual Penal, o termo ilicitude passou a abranger tanto ofensa à Constituição Federal como a legislação infraconstitucional. Consequentemente à definição legal, há projeção para o plano das nulidades, tendo tratamento como nulidade são inadmissíveis a entrada dessas provas no processo. O objetivo é tentar preservar, a partir de uma leitura garantista aquilo que a literalidade do artigo determina¹², sobreleva-se conformidade com um processo penal de ordem constitucional.

A partir da alteração legislativa citada, foi proporcionada aplicação de uma Teoria da Proporcionalidade frente às provas apresentadas, flexibilizando eventual ilicitude na obtenção de determinada prova, partindo de uma priorização ou sobrelevo do interesse público e da segurança pública frente o preceito de inadmissibilidade de prova ilícita, que por si garantiria observância de direito e garantia constitucional-processual ao réu/acusado/investigado.

11. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Em semelhante sentido, ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. O autor propõe outro termo, qual seja, **prova proibida**, caracterizando-se por aquela que é defesa, impedida de ser feita pelo direito, mediante uma sanção, molesta, ofende, opõe-se ao direito. Razão pela qual, segundo este, da prova proibida derivariam as ilícitas e ilegítimas. Detalhe, tal argumento é anterior a modificação ocorrida no art. 157, do CPP, demonstrando que a doutrina já discutia a flexibilização da ilicitude probatória face à preponderância do interesse público e a relativização das nulidades contidas no art. 564, do Caderno Processual.

12. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica jurisprudencial**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Consoante o esposado anteriormente, o processo enquanto garantia apresenta funcionalidade essencial a sua validade a observância de preceitos constitucionais estabelecidos. Decorre disso o entendimento sobre o qual os preceitos constitucionais com relevância processual têm natureza de *normas de garantia*, ao intento de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo¹³.

Importante ressaltar que, em sede probatória mesmo quando não restar vedação expressa quanto ao meio ilícito, é preciso questionar ainda acerca do resultado da prova: se os resultados obtidos configuram ou não violação de direitos. Restando configurada a violação, e se esta foi e poderia ter sido autorizada, têm-se repercussão também no campo da própria concepção do Direito – hermenêutica -. Sendo esta a resposta obtida, em estrita observância ao artigo 157, *caput*, do Diploma Processual Penal, as provas obtidas ilicitamente deverão ser desentranhadas dos autos¹⁴. Consequente ao desentranhamento dos autos é a inutilização da prova ilícita, precedida de decisão judicial, facultado o acompanhamento das partes¹⁵.

4. (IN)ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA E O DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS SEGURANÇA PÚBLICA: ANÁLISE DE CASOS JURISPRUDENCIAIS

No presente desdobramento textual, discorre-se acerca da temática cerne da pesquisa, qual seja, a dicotomia apresentada na jurisprudência das Cortes Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – quanto a aceitar-se/valorar-se o elemento probatório colhido mediante acesso, sem prévia autorização judicial, junto ao aparelho celular do preso em flagrante. Estaríamos diante de uma prova obtida por meio ilícito ou em decorrência deste? Ainda, considerando-se ilícita na origem ou por derivação,

13. GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al. As nulidades no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22.

14. Esclarece, Paccelli de Oliveira, que o dispositivo do §3º do aludido artigo refere que a decisão de desentranhamento estará sujeita a preclusão. Porém, nada refere ao momento em que tal ocorrerá, sendo possível concluir por força da hermenêutica jurídica, e relevando o caráter constitucional pregado, que a qualquer momento e fase processual poderá ser alegada ao juízo. Salienta, ainda, que a apreciação acerca da ilicitude deve ser apreciada pelo juiz, e o consequente desentranhamento dos autos, antes da audiência de instrução criminal – após a apresentação de defesa escrita, tendo sido a prova juntada em momento anterior; prova produzida em audiência, deve o juiz, de pronto, apreciar a questão. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

15. Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Na relação de danos de natureza cível ou penal a terceiros que a prova, eventualmente, produzida e considerada ilícita tiver, antes da inutilização deve-se considerar a existência ou não de possíveis consequências jurídicas ao responsável por sua produção. Do contrário, irrelevante e dispensável o ato.

na discussão sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade desta prevaleceria o direito à privacidade do preso (quanto aos dados contidos em seu aparelho celular) ou a segurança pública? Direito individual ou interesse público?

Ressalta-se de pronto que o direito à prova, sob o viés apresentado, está limitado na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição¹⁶.

O tema em debate envolve questão complexa e que na maioria das vezes é decidida com base no caso concreto, aplicando-se um direito singularmente considerado, a complexidade é renegada ao fato analisado sem a valoração de regular constituição do processo criminal. Isto é, o processo crime para ter validade depende que os aspectos inerentes a ele sejam estritamente observados, do contrário será ilegal e ilegítimo. Do contrário, a discussão permeada acerca da (in)admissibilidade de prova ilícita sequer seria pautada.

Observa-se, por outro lado, um esforço incomum, uma “ginástica” jurídica na jurisprudência consultada em adequar flagrante violação a regra constitucional sob argumento do mal rascunhado *interesse público*. Nem tudo que é *público* é de interesse da *sociedade*, pois inconcebível que o corpo social admita uma violação direta a regra básica de construção e desenvolvimento do processo penal, tendo em vista que o próprio pode – e será – atingido por esta mais cedo ou mais tarde, alimentando a sanha punitiva do Estado.

Lastreado nos julgados compulsados, colhemos mais do que argumentos favoráveis e desfavoráveis, há entendimento baseado em acepções genéricas e em argumentos de ordem inquisitiva, desvelando a faceta ainda presente no processo penal brasileiro, um sistema misto que disto não apresenta nada, tão somente uma estrutura frágil utilizada para tratar o acusado como inimigo e sem observância estrita ao disposto constitucionalmente.

Contrário a isso, surgiu na esteira do julgamento sobre o Recurso em Habeas Corpus n.º 51.531/RO proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça um posicionamento mais plausível quanto ao tema discutido. Em oposição ao paradigma citado, há decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n.º 91.867/PA, onde reconheceu válida e admissível prova obtida em vasculha feita no celular do preso em flagrante. O julgado oriundo da Corte Cidadã serve de paradigma ao texto

16. GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al. As nulidades no Processo Penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

dissertado, com base neste e em outras jurisprudências do STJ e o entendimento firmado pelo STF a partir da decisão referida, analisaremos neste subitem a “disputa” entre o direito a privacidade versus segurança pública/interesse público, com vistas a (in)admissibilidade de prova ilícita no processo penal.

A argumentação referente ao acesso aos dados contidos no aparelho celular do preso em flagrante supera a mera vasculha, apresenta, aparentemente, um “choque” de princípios constitucionais, de um lado o direito à privacidade expresso no artigo 5º, inciso X; de outro o interesse público caracterizado na segurança pública, artigo 144 da Constituição Federal.

Para melhor elucidar e apresentar os argumentos utilizados, analisamos detidamente e organizamos em expressões contidas nos textos dos julgados. Modo geral, uma das discussões principais tem relação com a aplicação de teorias de utilização de prova, eventualmente, obtida por meio ilícito ou em decorrência deste. Malgrado ocasionado exatamente na alteração legislativa operada no art. 157, do Código de Processo Penal. No texto do citado artigo, encontramos implicitamente a *Teoria dos Frutos da Árvore envenenada ou venenosa*¹⁷, importada do direito *norte-americano*, da qual decorrem duas ramificações que, vez ou outra, são indicadas como base da admissibilidade ou exclusão de prova produzida por meio ilícito.

Aliás, tanto a jurisprudência consultada quanto a doutrina desvelam posição indicando que a teor do contido no inciso LVI, do art.5º, da Magna Carta, há regra de exclusão de prova ilícita. No entanto, a leitura tão somente do texto constitucional indicaria a exclusão pura e simplesmente, o que não é o caso. Pois, justamente a inovação obrada na legislação processual, ocasionou mitigação da regra explícita na Constituição Federal. Assim, primeiro momento, temos argumentos expressados na jurisprudência¹⁸ tomada como norte de pesquisa que a regra de exclusão¹⁹ é excepcionada por duas subespécies: a) *fonte independente* – art. 157, §1º, do CPP – a qual a prova seria produzida por fonte

17. No inglês “*fruits of the poisonous tree*”, estabelece entendimento de que toda prova produzida, obtida em consequência, por meio ilícito, deve ser desconsiderada ou excluída do processo, pois a ilicitude na origem afeta seu desdobramento, tornando tal elemento probatório ilícito seja na base ou na decorrência. A maior parte da doutrina denomina “Teoria dos Frutos da Árvore envenenada”, sendo a “árvore” o meio probatório utilizado e o “fruto” o que decorre deste. A contrário senso, outra expressão vem ganhando espaço, por força de uma tradução equivocada da expressão inglesa, o correto, segundo a Min. Maria Thereza de Assis Moura, seria “Teoria da Árvore venenosa”, explicação contida em vários excertos de julgados do STJ, no tocante ao tema provas ilícitas.

18. HC n.º 378.374-MG; RHC 81.297-SP; HC 338.756-PR; RE – RHC 76.510-RR; HC 366.023-SP; HC 315.220-RS; RHC 76.324-DF; HC 210.746-SP; REsp 1.361.178-RS; HC 204.778-SP; HC 55.288-MG; HC 52.995-AL; REsp. 1.361.174-RS; REsp. 1.598.779-DF; HC 317.049-SP; RHC 70.529; HC 301.488-MT; HC 293. 803-SP;

19. Oriunda do direito norte-americano tal expressão tem no original a seguinte escrita *exclusionary rulle*.

independente, desvinculada da ilicitude -; b) *descoberta inevitável* – art. 157, §2º, do CPP – a prova secundária é efetivamente derivada da ilícita, porém seria obtida, inevitavelmente, pelos meios próprios de investigação.

Observa-se tendência de aproveitamento das provas obtidas por meios ilícitos, sob argumento de prevalência do interesse público no desenrolar e desvelar do processo criminal. Desse modo, o principal embasamento teórico tem respaldo na excepcionalidade à aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa.

O ordenamento jurídico pátrio ao encampar a doutrina dos frutos da árvore venenosa, estabeleceu a inadmissibilidade no processo de provas ilícitas, contaminadas por vício de ilicitude ou ilegitimidade, sendo certo que todas as demais dela decorrentes também estarão contaminadas com tal vício e deverão ser expurgadas do processo.

De outra banda, é direito constitucional do réu ter as provas obtidas por meios ilícitos expurgadas do processo, igualmente inadmissíveis, nos termos do art. 157, §1º, do CPP, as provas que derivam da ilícita. As provas derivadas apenas podem ser mantidas no corpo dos autos em casos onde não ficar evidenciado o nexo de causalidade, situações em que não se verificar a derivação, ou na hipótese de demonstração que poderiam ser obtidas por fonte independente.

Seja em qual caso for, caberá ao magistrado justificar a admissibilidade, sob pena de ofensa ao texto explícito da Carta Magna que, por sua vez, sofre mitigação obrada em legislação infraconstitucional. Além disso, como referido acima, a tendência em excepcionar-se a norma claramente disposta na Constituição tem vez no caráter de reestabelecimento da “segurança” ao cidadão, na submissão à lei e na confiança no ordenamento positivado. Contudo, como veremos adiante tal obra assecuratória tem deturpado conceitos, criado interpretações ao arrepio da lei e de constituição válida do processo crime.

4.1. DIREITO À PRIVACIDADE X SEGURANÇA PÚBLICA/ INTERESSE PÚBLICO

Desde logo, importa ressaltar, que a dicotomia apresentada na jurisprudência pesquisada tem espaço na equivocada interpretação entre violação da intimidade e interceptação telefônica. O que, aliás, baseia o principal equívoco cometido na análise judicial. É que a interceptação telefônica e de dados tem lastro na Lei Federal n.º 9.296/96, na qual são estabelecidos requisitos para que seja interceptada comunicação telefônica, em consonância com o

ditame do inciso XII, art. 5º, da Constituição Republicana. Por outro lado, a proteção à intimidade tem previsão no inciso X, do art. 5º, da CRFB, abrangendo tudo aquilo que possa entrar na reserva de privacidade do indivíduo, inserindo-se neste contexto os dados contidos no aparelho celular.

Nessa senda, em vias de firmar entendimento, por muito tempo o posicionamento geral na jurisprudência seguia o sedimentado na Corte Suprema Brasileira, conquanto uníssono ao tema, repercutindo nas instâncias inferiores. No caso do Habeas Corpus n.º 91.867/PA, relatoria do Min. Gilmar Mendes, analisava-se o acesso aos registros contidos nos aparelhos celulares de agentes infratores, relacionados a ligações telefônicas recebidas e originadas por estes. A partir da prisão em flagrante do suposto agente criminoso, a autoridade policial de posse dos aparelhos celulares destes vasculhou os mesmos, vindo a encontrar registros de ligações feitas e recebidas, entre as quais continha o número de celular daquele que, supostamente, teria sido o executante do crime – na espécie, homicídio -. Com os dados obtidos, em consequência desse levantamento de dados feito pela autoridade policial, chegou-se a conclusão de que um dos presos seria o mandante do crime de homicídio.

O teor do voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, acompanhado pelos demais ministros que compunham a Segunda Turma à época, baliza significativa parcela da jurisprudência consultada, embora tenhamos o marco obtido através do RHC 51.531/STJ. Na espécie o entendimento adotado foi no sentido de que a realização unilateral de “perícia” no aparelho celular apreendido após um flagrante, baseou-se na colheita de elementos informativos necessários à configuração da materialidade e culpabilidade do crime imputado, forte no art. 6º, do Código de Processo Penal²⁰.

Na mesma linha de raciocínio, fez-se diferenciação entre comunicação telefônica e de dados e registros telefônicos. Segundo o Relator, a cláusula constante no art. 5º, XII, da CRFB, não pode ser interpretada enquanto proteção aos dados registrados – depósito registral -. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados em si mesmos. A ofensa constitucional é quando ocorre a entrada na comunicação alheia, fazendo aquilo que deveria ficar entre dois sujeitos que se comunicam privadamente, passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro.

No caso, a pesquisa na agenda telefônica dos aparelhos constituiu meio

20. Código de Processo Penal, Art. 6.o - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; [...].

material indireto de obtenção de prova. Desse modo, a autoridade policial cumpriu seu papel, buscando colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e materialidade do delito, sem qualquer ilicitude na conduta.

Consequentemente, também não se reputaria como ilícita a prova produzida nem as demais, ilícitas por derivação, base na Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa. Dado fato, não se tratava de prova ilícita por derivação, mas sim de descoberta inevitável, com que o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado.

Houve, primordialmente, mitigação das regras de exclusão da prova ilícita, operando no caso concreto o princípio da proporcionalidade, em vistas de elementos probatórios que pelo curso normal das investigações seriam obtidos pela autoridade policial, se não fosse a prisão em flagrante dos pacientes, e consequente apreensão dos aparelhos celulares. No julgado é citado outro precedente onde se reflete que não há direitos e garantias de caráter absoluto, sendo certo, também, que esses não podem servir de manto protetor de práticas escusas²¹.

O entendimento esposado, a guisa de argumentação, ainda baliza o argumento utilizado para admissibilidade de prova obtida por meio ilícito, em franca contrariedade ao imposto pelo Texto Constitucional. Mesmo não sendo relevado o ano do julgado, qual seja, 2004 época em que os poucos dados registrados nos telefones celulares restringiam-se a números de telefones e/ou mensagens de texto SMS – serviço de mensagens curtas.

Alinhado aos recentes avanços tecnológicos, o Superior Tribunal de Justiça passou a deparar-se com casos onde não basta apenas a mera suposição de que prevalece o interesse público frente aos direitos fundamentais individuais, manejados por meio de garantias de igual maneira previstas na Carta Magna Brasileira.

Em razão disso, e destoando do precedente do Supremo Tribunal Federal, a Corte Cidadã apresenta precedentes jurisprudenciais tratando acerca do acesso a dados contidos no(s) aparelho(s) celular(es) do(s) preso(s) em flagrante. Dados estes oriundos de aplicativos de conversa instantânea, os quais ficam armazenados na memória dos *smartphones*, ou mesmo em sistemas de armazenamento em “nuvem” e que, via de regra, somente podem ser visualizados com o acesso

21. Mandado de Segurança n.º 23.452-RJ/STF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2000; Recurso em Habeas Corpus n.º 90.376-RJ/STF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007.

daquele portador da senha do aparelho e/ou aplicativo.

Neste ponto específico é em que reside a controvérsia instalada judicialmente. Este acesso por um terceiro, no caso da autoridade policial²², é considerado interceptação telefônica, tal como regradada em norma própria – art. 5, XII, CRFB e Lei Federal n.º 9.296/96? Ou considera-se violação da intimidade/privacidade individual – art. 5, X, CRFB?

O Superior Tribunal de Justiça, em linhas de estabelecer um parâmetro decisório atentava ao entendimento esposado pelo STF explicitado acima, mediante o qual não se considerava violação de dados a mera “perícia” feita em aparelho celular de preso em flagrante, pois isso consistiria no papel legal da autoridade policial em levantar elementos probatórios que indicassem autoria e materialidade do crime cometido. Ademais, fugia a letra constitucional, pois o previsto no inciso XII, do art. 5.º visa proteger a comunicação de dados e não estes em si mesmos.

Os avanços tecnológicos porque passaram os aparelhos celulares, tornando-se mais do que meros instrumentos de comunicação telefônica, influenciando nas informações como são repassadas e a possibilidade de armazenamento, ocasionou com que a jurisprudência da Corte Cidadã alterasse bastante suas matrizes, criando precedente que melhor define e orienta acerca da situação apresentada. Dessa forma, apresentam-se os argumentos utilizados *lato sensu* pela jurisprudência colhida e referindo com mais especificidade ao julgado lastreado enquanto paradigma, Recurso em Habeas Corpus n.º 51.531, oriundo do Estado de Rondônia. Salutar seja ponderado que o entendimento propugnado não resta como pacífico na Corte, embora venha orientando demais casos semelhantes em sua alçada jurisdicional²³.

4.2. PARADIGMA JURISPRUDENCIAL RECURSO EM HABEAS CORPUS N.º 51.531/RO

O caso paradigmático trata de julgamento proferido pela Sexta Turma

22. Como dito anteriormente, no tocante a **autoridade policial** a referência será feita a Delegado de Polícia e a Policial Civil, Federal ou Militar, tendo vista o uso indiscriminado nos julgados pesquisados e para fins de melhor elucidação do tema proposto.

23. No decorrer deste tópico serão apresentados os diferentes argumentos utilizados indistintamente na jurisprudência do STJ, relacionados a inadmissibilidade de prova ilícita, concernente ao direito à intimidade; segurança pública; interesse público; diferenciação de interceptação telefônica e violação da privacidade; mitigação da ilicitude por força do princípio da proporcionalidade. Para tanto, os julgados consultados: HC 378.374-MG, HC 338.756-PR; HC 315.220-RS; RE – RHC 76.510 -RR, RHC 81.297-SP; HC 366.023-SP, RHC 76.324-DF, HC 210.746-SP, REsp 1.661.378-MG, REsp 1.656.297-MT, HC 55.288-MG, HC 55.288-MG, REsp 1.361.174-RS, REsp 1.361.178-RS; HC 317.049-SP; RHC 75.055-DF; RHC 68.419-RN; RHC 78.747-RS.

do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2016, sobre um recurso em habeas corpus, o qual relaciona a prisão em flagrante, feita após denúncia anônima, do paciente que supostamente receberia encomenda via correio contendo drogas – comprimidos de *extasy* -. Após as diligências de praxe, a autoridade policial procedeu à perícia unilateral no aparelho celular do preso, dos quais extraiu por degravação, dados constantes de conversas tidas entre este e um suposto fornecedor, oriundas de aplicativo de conversa instantânea. Impetrado *habeas corpus*, em segunda instância, o Tribunal de Justiça de Rondônia entendeu terem sido obtidos lícitamente tais dados, pois a autoridade policial ao realizar a “perícia” no telefone apreendido estava investido de legalidade e apenas agindo no ofício pertinente ao cargo ocupado. Em última análise, não teria motivo se falar em violação do sigilo dos dados, decorrente de interceptação telefônica inautorizada, pois o que é protegido constitucionalmente é o sigilo da comunicação, e não os dados em si mesmos.

Sobre o caso apresentado debruçaram-se os ministros da Sexta Turma do STJ, tendo como relator do acórdão o Ministro Nefi Cordeiro. Nos argumentos do relator, a base inclusive refere-se a julgado diverso onde se entendeu pela nulidade da prova produzida, decorrente da quebra de sigilo bancário operado pela Administração Tributária – no caso a Receita Federal -, ocasião em que se firmou ser apenas o Judiciário apto a efetuar a ponderação de direitos, e não órgãos administrativos. Demonstra aquele aptidão em ponderar o imprescindível dever de sigilo – consequência da privacidade e da intimidade asseguradas ao cidadão -, e o dever de preservação da ordem jurídica por meio da investigação de condutas a ela atentatórias.

Na sequência, completou que no ato de obtenção das conversas, estas mantidas por meio do aplicativo *WhatsApp*, que apresenta forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. Situação esta análoga às conversas travadas por *e-mail*, que para o acesso é igualmente exigido a prévia ordem judicial²⁴.

Nesse intuito, e levando em conta que o celular, atualmente, deixou de ser mero instrumento de conversação pela voz à longa distância, com acesso a múltiplas funções, incluindo a verificação de correspondência eletrônica, de

24. Acerca do tema violação da privacidade, o STJ tem precedente da Sexta Turma, sobre julgamento proferido nos autos do Habeas Corpus n.º 315.220/RS, julgado em 15/05/2005. Extrai-se da ementa o seguinte excerto – “A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência”, aspectos aventados pela Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

mensagens e de demais serviços que possibilitam comunicação mediante troca de dados de forma similar à telefonia convencional. É ilícita tanto a devassa de dados, como das conversas de *WhatsApp* obtidos por meio do acesso à celular apreendido, ato este realizado sem ordem judicial.

No voto-vista exarado pelo Min. Rogério Schietti Cruz, faz referência ao julgado do Excelso Pretório datado do ano de 2004, período em que telefones celulares não eram conectados à internet e, portanto, eram menos intrusivos do que hoje. Ao contrário dos *smartphones*, os quais possuem tecnologia de aplicativos que possibilitam comunicação em tempo real, envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos. Ao serem baixados no aparelho celular, tais arquivos restam armazenados na memória do telefone, sendo que a maioria das empresas disponibilizam tais funcionalidades sem, no entanto, guardarem os mencionados arquivos em seus servidores.

A partir dessa constatação diferencia-se, segundo o ministro, dois tipos de dados protegidos nos autos do caso analisado – modo geral também -: a) dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manuseá-lo e b) dados eventualmente interceptados pela polícia, no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea.

Pondera acerca do argumento sobre a prevalência do interesse coletivo frente ao particular, o que não justifica ação desmedida e ilimitada do aparelho estatal em prol disso. Devendo ser observados os requisitos impostos pela lei para obtenção dos dados contidos no aparelho celular, especialmente os derivados de aplicativos de conversação em tempo real e de troca de arquivos.

De todo modo, o Direito Penal e Processo Penal possuem natureza pública, geridos pelo Estado, representante dos interesses da coletividade. Partindo desse contexto, a doutrina, em face do surgimento de novas tecnologias cada vez mais intrusivas na intimidade do indivíduo, denomina o chamado *direito probatório de terceira geração*, composto por provas invasivas, altamente tecnológicas, alcançando conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e técnicas tradicionais. Dada às *provas de terceira geração*, não se apresenta possível aplicar regra baseada em tecnologias passadas às presentes e aos futuros avanços tecnológicos.

Dessarte, os celulares modernos não são apenas conveniência tecnológica, porque o seu conteúdo revela intimidade da vida. Assim, é tema novo, sujeito a oscilações e que o precedente da Suprema Corte é defasado, posto

a data do julgado e as novas tecnologias. Desse modo, o acesso aos dados do celular e às conversas importadas de aplicativo de conversas instantâneas sem ordem judicial constitui devassa, portanto, violação à intimidade do agente.

Alinha-se ao entendimento expressado pelo relator nos termos proferidos pela Min. Maria Thereza de Assis Moura. Consoante o voto da ministra, e em referência a outro julgado retrocitado, a interceptação telefônica incide sobre o que está ocorrendo, naquele momento; a obtenção de registros de demais dados armazenados em aparelhos celulares volta-se ao passado. Assim, segunda esta, a parte final do art. 5º, XII, protege a comunicação de dados, não os dados em si mesmos. Por outro lado, não significa que os dados armazenados nesses instrumentos de telefonia estejam desprovidos de proteção constitucional. Antes pelo contrário, a ampla funcionalidade e capacidade de armazenamento adverte uma invariável e elevada quantidade de dados pertinentes à intimidade do seu titular. Faz menção também a dados diversos que antes não eram armazenados nos celulares, posto os *smartphones* conterem fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real, dados bancários, contas de correio eletrônico, entre outros. A existência de uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho.

Assevera como inegável que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de proteção a intimidade, disposta no art. 5º, X, da Constituição Federal. A proteção dos dados armazenados em aparelhos celulares, nessa senda, é inerente ao direito fundamental à privacidade. Contudo, assevera que não há no direito constitucional brasileiro direitos ou garantias revestidas de caráter absoluto, podendo, em certas ocasiões, prevalecer razões de relevância ao interesse público. Para tanto traz fontes do direito constitucional comparado e, principalmente, a importância do acesso das autoridades que operam a persecução penal aos dados armazenados em aparelhos celulares de pessoas presas em flagrante. Esse acesso estaria ligado ao direito à segurança pública, norma que impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas, possibilitando o efetivo acesso ao serviço. Nas condições de objetividade estaria a existência de mecanismos eficientes de investigação.

Existindo um conflito entre preceitos constitucionais, sugere a ministra, que seja feito um processo de ponderação, levando em conta os interesses em jogo. Em resumo, votou em conformidade com o relator e ponderou que a Magna Carta ao abranger princípios e interesse conflitantes, reproduz as tensões existentes no seio da sociedade, constituindo dever ao legislador e ao

intérprete encontrar uma via consensual por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Na ocasião foi dado provimento ao recurso em habeas corpus de forma unânime, determinando-se o desentranhamento das provas obtidas por meio do acesso aos dados constantes no aparelho celular do preso, naquele armazenados e dos relacionados a aplicativos de conversa instantânea.

Todavia, apresentados os argumentos que baseiam o paradigma jurisprudencial ora analisado, há de se pontuar outros aspectos atinentes ao caso examinado e que tem conexão com o objeto do presente estudo.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, bem como os casos pesquisados junto ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, apresentam expressões que reforçam sobremaneira a questão da admissibilidade seletiva de prova ilícita. Por vezes, o acesso aos dados contidos no aparelho celular do cerceado em flagrante apresenta denominações diferentes, antes, porém, com a mesma conotação e intento: supremacia do interesse público; ação típica da persecução penal; prevalência da coletividade frente ao particular; reconstrução da sensação de segurança pública.

Da mesma forma o ato praticado pela autoridade policial possui terminologias distintas, contudo, essencialmente semelhantes: “perícia”; busca inautorizada judicialmente; acesso aos dados; verificação dos elementos probatórios; busca exploratória. Enfim, as mais variadas expressões que buscam justificar a ação desarrazoada do Estado, por meio de seus agentes, no corolário de revestir de licitude ação contrária aos ditames constitucionais.

Mais do que ponderação de valores por meio do princípio da proporcionalidade, levando em conta que não há direito absoluto, ocorre uma seletividade da prova produzida ilicitamente, com a justificativa de que, dada a circunstância, determinado direito constitucional pode ser sobrepujado por outro que com este conflita.

Visto isso, há juízo de valor acerca do caso concreto. Embora haja também a ressalva que a inviolabilidade do direito à intimidade é a regra imposta a liberdade dos meios probatórios, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilícitos²⁵ – ou seja, exceção à inviolabilidade é a quebra da intimidade -. Neste contexto, há referência à quebra de sigilo sem autorização judicial ser devidamente justificada pela situação encontrada quando da prisão em flagrante.

25. Art. 5º, LVI, CRFB.

Sentido este em que afigura duas correntes jurisprudenciais. A primeira opta por critérios de ponderação baseados na razoabilidade e proporcionalidade, modo geral, independente do caso apresentado. Em caminho semelhante ao originariamente disposto, porém distinto na consequência, a segunda corrente opta por uma análise casuística, onde haverá incidência da proporcionalidade. Contudo, a inadmissibilidade será conferida conforme o apresentado na situação ocorrida. Isto é, se prepondera o direito à intimidade ou a segurança pública naquela hipótese.

Outro ponto é passível de significação e obtemperou o marco decisório analisado, bem como decisões posteriores. No contexto relacionado ao direito à intimidade, no uso do aparelho celular, também está inserida a proteção constante em legislações civilistas, mas que tem reflexo no processo penal-constitucional, haja vista o exposto na Lei de Telecomunicações e no Marco Civil da Internet.

O usuário de serviços de telecomunicações tem direito a inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, ressalvadas as hipóteses e condições legalmente previstas, de acordo com a Constituição Federal²⁶. Na mesma esteira protetiva, o acesso à internet é considerado exercício de cidadania, assegurando a lei à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem assim o sigilo do fluxo de suas comunicações e destas armazenadas, salvo ordem judicial em contrário²⁷.

No tocante a quebra de sigilo de dados referentes à intimidade do réu, a interpretação condizente com o Estado Democrático de Direito é aquela segundo a qual a mitigação de direitos e garantias individuais somente se dá mediante prévia e motivada decisão judicial²⁸. Desse modo, não observado regramento constitucional, em atenção ao que textualmente determina a legislação processual, no seu art. 157, §3º, CPP, não basta só desconsiderar as provas ilicitamente obtidas, mas sim, devem ser retiradas fisicamente do processo e destruídas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho, discorreremos acerca das expressões sinônimas utilizadas para atenuar a ilicitude da conduta policial que se constitui em devassar a intimidade do preso. Seja qual expressão mencionada anteriormente, todas elas são revestidas de ilegalidade, que por sua vez produzem prova ilícita

26. Art. 3º, Lei Federal n.º 9.472/97.

27. Art. 7º, Lei Federal n.º 12.965/14.

28. Art. 93, IX, CRFB.

no processo criminal. O problema não está no termo referido, antes, porém, na atuação açodada dos agentes responsáveis pela persecução penal em ignorar os limites da atuação estatal em face da proteção da intimidade.

Em análise acerca da aplicação das teorias norte-americanas relativas à (in)admissibilidade de prova obtida ilicitamente, Alexandre Morais da Rosa argumenta serem inviáveis no processo penal brasileiro. Consigna o autor residir uma diferença fundamental entre o sistema constitucional norte-americano no tocante ao pressuposto de mitigação da utilização da prova obtida por meio ilícito ou derivada deste. A constituição dos EUA não traz expressamente garantia da exclusão de prova ilícita, diferente do insculpido na Magna Carta Brasileira que, expressamente, refere à exclusão da prova ilícita²⁹. Assim, uma leitura que relativize é desconsiderar o contexto constitucional diverso.

Pelas razões expostas defendemos que não se amolda a ponderação de direitos constitucionais, em observância ao princípio da proporcionalidade. Evidente que o legislador buscou dirimir os choques principiológicos ora existentes com a aplicação do instituto da proporcionalidade, que nada mais faz do que indicar uma prevalência, dado o caso concreto, de determinado direito constitucional sobre o outro. Tal regra constitui em interpretação lógica do ordenamento jurídico. Entretanto, todas as mitigações alçadas como argumentos para garantir a efetivação do direito à intimidade, ou mitigá-lo ante a sobreposição da segurança pública com viés de interesse da sociedade, falharam em argumentar que a inadmissibilidade de prova obtida por meio ilícito ou decorrente desta é regra de constituição válida do processo.

Nesta situação do processo penal, não há que se discutir se deve prevalecer a segurança pública ou o direito à intimidade, pois, embora o conflito principiológico exista, a discussão é maior que este. Envolve norma constitucional de validade e legitimidade do processo criminal, que na sua inobservância deixa de ser amparado constitucionalmente para adentrar terreno caudaloso da rejeição ao estatuído no texto constitucional.

29. ROSA, Alexandre Morais da; HEIL, Danielle Mariel. O celular do preso em flagrante pode ser vasculhado? O caso do matador incauto e o STF. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-celular-do-presos-em-flagrante-pode-ser-vasculhado-o-caso-do-matador-incauto-e-o-stf-por-alexandre-morais-da-rosa-e-danielle-mariel-heil/>. Acesso em: 19 ago 2017. Insta mencionar que, inclusive, há clara disposição na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos proibindo toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, família, domicílio e correspondências. Assim, o Art. 11, da CIDH – Proteção da honra e da dignidade, item 2. – Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 19 ago 2017.

Ou seja, no caso estudado sobre o acesso pela autoridade policial, sem prévia autorização judicial, aos dados constantes no aparelho celular do preso em flagrante, os quais decorrem de aplicativo de conversa instantânea onde há troca de informações, arquivos de foto, vídeos, entre outros, configura ilegalidade na conduta expressada.

Resultado disso, utilizados os elementos obtidos no inquérito policial dessa maneira, o processo figurará natimorto, posto o próprio Estado por meio dos agentes que o representam, não ter observado norma constitucional de validade processual.

Razão pela qual, a discussão quanto ao tema proposto leva a dois resultados. Quando a prova, na situação proposta neste estudo, for obtida em “perícia” inautorizada judicialmente, deverá o juízo determinar sua exclusão física dos autos e posterior inutilização. O primeiro resultado tem referência ao argumento utilizado atualmente pela jurisprudência e doutrina pesquisada, figurando favorável à observância do direito à intimidade, previsto no art. 5º, X, da CRFB. Considera-se violação do direito individual o acesso aos dados obrado pela autoridade policial, sem prévia autorização judicial, considerando a tecnologia avançada dos *smartphones* e sua alta capacidade de armazenamento de dados. No entanto, prevalecerá a análise casuística e ponderação de bens jurídicos tutelados, reverberando a prevalência do interesse público na persecução penal se na situação encontrada assim for apresentado, admitindo-se prova ilícita porventura obtida.

O segundo resultado, o qual se defende, relaciona-se com o processo penal e sua natureza formacional. Considerando-se que as regras referentes à matéria são de natureza cogente, de ordem pública, sua inobservância acarreta em invalidade da persecução pretendida pelo Estado. O próprio Estado deve observar e garantir o cumprimento de tais regras. Assim, admitir prova ilicitamente produzida, seja na obtenção ou em decorrência, perpassa a efêmera discussão conceitual de tensão principiológica, criando uma figura binomial de um lado *direito à privacidade* e de outro *segurança pública*.

Funda-se, sim, na natureza de formação válida do processo penal. Inobservada norma constitucional, de natureza cogente, quanto à inadmissibilidade da prova ilegal – consoante à distinção feita no CPP -, o processo criminal restará eivado de ilegalidade, além de não ter validade e legitimidade em sua essência. Medida observada servindo ao escopo de inibir *decisionismos*, conforme dissertamos.

O estudo acerca da prova e sua função elementar desvela que a *verdade* a ser obtida será aquela construída no âmbito interno do processo criminal, e o Estado em sua atuação na persecução penal não pode ignorar os limites para a produção probatória, observando os direitos e garantias dos indivíduos. Prevalecerá a ilicitude da prova não apenas pela violação do direito à intimidade, porquanto norma impositiva da Carta Magna de constituição válida do processo penal.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____, Luís Roberto. **A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47206/45406>. Acesso em: 27 nov. 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. **A Cultura no mundo líquido moderno** (trad. Carlos Alberto Medeiros). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- _____, Zygmunt. **Medo Líquido** (trad. Carlos Alberto Medeiros). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade** – (tradução de Sebastião do Nascimento). 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BEM, Thiago Josué. **Investigação dos fatos da causa e busca da verdade na decisão final: uma análise a partir do formalismo-valorativo**. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/130116>. Acesso em: 28 nov. 2016.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Cia das Letras, 2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2016.
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 91.867 – PA. Segunda Turma. Paciente: Davi Resende Soares. Paciente: Lindomar Resende Soares. Impetrantes: José Luís Mendes de Oliveira Lima e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 14 dez. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 23.452-RJ. Tribunal Pleno. Impetrante: Luiz Carlos Baretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de setembro de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 14 dez. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 90376-2 – RJ. Segunda

Turma. Recorrente: Sérgio Augusto Coimbra Vial. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Celso de Mello 03/04/2007. Brasília, 03 de abril de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456098>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 51.531-RO. Sexta Turma. Recorrente: Leri Souza e Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 19 de abril de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1497056&num_registro=201402323677&data=20160509&formato=PDF. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.361.174-RS. Quinta Turma. Recorrente: Kil Yong Chang. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Brasília, 03 de junho 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1326773&num_registro=201300084170&data=20140610&formato=PDF. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 315.220-RS. Sexta Turma. Impetrante: Bruno Aspar Lima e Outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Marcelo Jose da Costa Petry. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 15 de setembro de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1406511&num_registro=201500197570&data=20151009&formato=PDF. Acesso em: 14 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 81.297-SP. Quinta Turma. Recorrente: Giovani Pereira Pinto. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 27 de abril de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1596804&num_registro=201700404818&data=20170505&formato=PDF. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 338.756-PR. Sexta Turma. Impetrante: Rosa Marina Tristão Rodrigues Longo. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Paciente: Alexandre Longo. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 06 de outubro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1545262&num_registro=201502592615&data=20161130&formato=PDF. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 76.510-RR. Recorrente: Anderson Pinho Brasil. Recorrido: Ministério Público de Roraima. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 04 de abril de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1588293&num_registro=201602556802&data=20170417&formato=PDF. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 366.023-SP. Sexta Turma. Impetrante: Andrea Luize Bertholdo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Henrich Alisson Almeida Carneiro. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 10 de novembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1554599&num_registro=201602079936&data=20161124&formato=PDF. Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.661.378-MG. Sexta Turma. Recorrente: John Raí Leles de Oliveira e Jhonatan Araujo Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 23 de maio de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1607289&num_registro=201700620873&data=20170530&formato=PDF. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 76.324-DF. Sexta Turma. Recorrente: I A da S. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1570831&num_registro=201602508220&data=20170222&formato=PDF. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 70.529-RJ. Sexta Turma.

Recorrente: Gonçalo Nuno Jansen Verdades Brecha de Carvalho. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 02 de junho de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1517008&num_registro=201601179266&data=20160616&formato=PDF. Acesso em: 06 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 210.746-SP. Quinta Turma. Impetrante: Danilo Gonçalves Nunes. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Danilo Gonçalves Nunes. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1161915&num_registro=201101442875&data=20120801&formato=PDF. Acesso em: 06 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 204.778-SP. Sexta Turma. Recorrente: Márcio Thomaz Bastos e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Humberto Amaral Monteiro e Dalton Benedito Peres Júnior. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 04 de outubro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1183750&num_registro=201100916709&data=20121129&formato=PDF. Acesso em: 06 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 55.288-MG. Sexta Turma. Impetrante: Marconi Medeiros Marques de Oliveira. Impetrado Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Aldecino Teixeira de Sousa. Relator: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Brasília, 02 de abril de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1212880&num_registro=200600414148&data=20130510&formato=PDF. Acesso em 06 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 317.049-SP. Sexta Turma. Impetrante: Regis Galino. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Wanderley Porcionato Junior. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1528537&num_registro=201500373413&data=20160824&formato=PDF. Acesso em: 06 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 301.4888-MT. Impetrante: Daniel Gerber e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 1º de setembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1534523&num_registro=201402013621&data=20160906&formato=PDF. Acesso em: 14 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 293.803-SP. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Jadilson Francisco dos Santos. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 18 de outubro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1546817&num_registro=201401028118&data=20161108&formato=PDF. Acesso em: 14 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.656.297-MT. Recorrente: J A de S. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Joel Ilan Parcionik. Brasília, 22 de agosto de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74837984&num_registro=201700411290&data=20170822. Acesso em: 11 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 75.055-DF. Recorrente: Thiago Costa Vieira Landim. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 21 de março de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1583195&num_registro=201602198887&data=20170327&formato=PDF. Acesso em: 11 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 68.419-RS. Recorrente: Valeria Alexandre Cortez. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande Sul. Brasília, 28 de junho de 2016. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1523632&num_registro=201501389541&data=20160801&formato=PDF. Acesso em: 11 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 78.747-RS. Recorrente: Eder Ricardo dos Reis. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 01 de junho de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1607766&num_registro=201603103469&data=20170609&formato=PDF. Acesso em: 11 set. 2017.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei n.º 11.343/06)**. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica jurisprudencial**. 4. ed. rest. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; SILVA, Maria Regina Caffaro. **Provas ilícitas no Processo Penal**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181827/000435280.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 nov. 2016.

CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual penal ilícita e a Teoria da Proporcionalidade**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009453.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal – abordagem conforme a CF e o Pacto de San José da Costa Rica**. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et.al. **As nulidades no Processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KNIKNIK, Danilo. **Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal. A trilogia Olmstead-Katz-Kylo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

KHALED JR. Salah H. **A busca da verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **A produção analógica da verdade no processo penal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>. Acesso em: 30 nov. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades e Limitação do Poder de Punir: Análise de Discurso de Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____; HEIL, Danielle Mariel. O celular do preso em flagrante pode ser vasculhado? O caso do matador incauto e o STF. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/o-celular-do-presos-em-flagrante-pode-ser-vasculhado-o-caso-do-matador-incauto-e-o-stf-por-alexandre-morais-da-rosa-e-danielle-mariel-heil/>. Acesso em: 19 ago 2017.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. **Críticas Às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise da jurisprudência após a reforma da Lei 11.690/08**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47206/45406>. Acesso em: 24 nov. 2016.

TARUFFO, Michele. **Verdade negociada**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/redp/article/view/11928>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____, Michele. **Uma simples verdade: o Juiz e a Construção dos fatos** (tradução de Vitor de Paula Ramos). São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TÁVORA, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. I. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA OITIVA INFORMAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL JUVENIL

Caroline Gomes Amaral¹

Isadora Zorzi²

Julia Ferreira Goulart³

RESUMO: O artigo pretende problematizar a constitucionalidade da oitiva informal realizada pelo Ministério Público na fase pré-processual do procedimento penal juvenil. Tal objetivo pressupõe uma análise das garantias constitucionais asseguradas aos adolescentes pelo ordenamento jurídico brasileiro e a observância, ou não, destas garantias na forma como aplicado o instituto pelos membros do Ministério Público. A metodologia de pesquisa adotada foi um estudo bibliográfico sobre o tema e suas repercussões, bem como levantamento de dados junto à Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Porto Alegre. A justificativa da investigação está na ausência de disposição específica na legislação sobre a forma de realização do instituto, colocando em xeque direitos até então consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça juvenil; Oitiva; Ministério Público; Adolescentes; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The paper intends to problematize the constitutionality of the informal hearing performed by Public Prosecution's Office in the pre-procedural phase of juvenile criminal procedure. The due objective assumes an analysis of constitutional guarantees assured by the Brazilian law for the youth, and the compliance (or not) of those warranties in its form as applied by this legal institution by the prosecutors. The research methodology adopted was a bibliographic study on the subject and its repercussion, as well as data collection from the Prosecution's Office for the Child and Youth of Porto Alegre. The justification of the investigation lies on the absence of specific provision on the law about how should the institute be done, risking basic rights that were, until then, guaranteed by the Child and Youth's Statute.

KEYWORDS: Juvenile justice; Informal hearing; Public Prosecution's Office; Youth; Unconstitutionality.

1. Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e integrante do G10 – Assessoria à Juventude Criminalizada (SAJU/UFRGS).
2. Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e integrante do G10 – Assessoria à Juventude Criminalizada (SAJU/UFRGS).
3. Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e integrante do G10 – Assessoria à Juventude Criminalizada (SAJU/UFRGS).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo questionar a constitucionalidade do instituto da oitiva informal, previsto no artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente e realizado pelo Ministério Público. Para tanto, iniciamos nossa análise trazendo um panorama da evolução dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, especialmente em relação à responsabilização dos adolescentes envolvidos na prática de ato infracional e à recente mudança legislativa no que tange aos paradigmas da doutrina da situação irregular, que foram substituídos pelos paradigmas da doutrina da proteção integral, assegurados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, busca-se investigar as possíveis inconstitucionalidades que decorrem da ausência de previsão na legislação em relação à forma e finalidade do instituto da oitiva informal. Isso porque essa omissão legislativa reflete, na prática, a supressão de direitos e garantias fundamentais inerentes ao procedimento penal, os quais, por sua vez, se aplicam também – ou deveriam aplicar-se – ao procedimento penal juvenil.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS ADOLESCENTES

Antes de abordar, especificamente, o tema desse artigo, faz-se necessária uma retomada acerca do tratamento reservado aos menores de idade pela justiça, e dos direitos que foram, por estes, sendo conquistados. Segundo a análise de García Mendez (2006, p. 08-09 apud BARROS, 2013, p. 02), a evolução da Justiça Penal Juvenil pode ser dividida em três fases: a primeira, chamada de fase de caráter penal indiferenciado; a segunda, baseada em um caráter tutelar; e a terceira fase, que permanece até hoje, caracterizada por um caráter penal juvenil.

A primeira fase, segundo Barros (2013), caracterizava-se pelo idêntico tratamento conferido aos maiores e menores de idade. Quando vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas, os jovens eram punidos como adultos e o marco penal era fixado nos sete anos de idade. Já no primeiro Código Penal Brasileiro, constam normativas para o tratamento dos menores de idade, entretanto, da mesma forma, a punição aplicada aos jovens não diferia da aplicada aos adultos. O Código Criminal do Império de 1830 determinava a idade penal em 14 anos. Crianças de 7 a 14 anos eram relativamente

inimputáveis, ficando ao arbítrio dos juízes a punição ou não dos adolescentes, em cada caso (SCHNEIDER, 2016, p. 13). Tal arbítrio era justificado mediante adoção do critério do discernimento, ou seja, era avaliado se o jovem tinha compreensão do delito que supostamente teria praticado, a fim de determinar a decisão judicial (ALMEIDA; ALVAREZ; 2017). Embora existissem tais determinações no Código Penal de 1830, a Constituição Federal de 1824, vigente na época, não reservava nenhum de seus artigos para tratar de garantias ou proteções das crianças e adolescentes.

O artigo 27 do Código Penal da República determinou que não eram criminosos os menores de 9 anos, nem os maiores de 9 e menores de 14, quando agissem sem discernimento⁴. Os últimos, ao cometerem crimes, embora não fossem considerados criminosos – pois não iriam para a mesma instituição penal reservada aos adultos – seriam recolhidos a estabelecimentos industriais. A determinação do tempo desse recolhimento ficava a total arbítrio do juiz, tendo como única restrição não poder exceder aos 17 anos do jovem.⁵ Entre 14 e 17 anos, se entendia que existia o discernimento em todos os casos, e o juiz aplicaria as chamadas “penas da cumplicidade”, que correspondiam à 2/3 das penas aplicadas a adultos.⁶ Ainda, o fato de ter menos de 21 anos contava como atenuante na aplicação das penas aos maiores de 17 anos.⁷

Dessa forma, o modelo punitivo brasileiro em vigor nos Códigos Penais de 1830 e 1890 representa a chamada Etapa Penal Indiferenciada, que centrava o sistema na investigação do discernimento e considerava as crianças como adultos em miniatura, submetendo-as às mesmas regras. (SCHNEIDER, 2016, p. 13)

Na sociedade do início do século XX, em um período pós abolição da escravidão e de crescente industrialização, houve um crescimento da pobreza, e, conseqüentemente, das pessoas que vagavam pelas ruas. A preocupação com a população pobre era tanta, que no Código de Menores, promulgado em 1927, se definiu quem eram os menores vadios, que poderiam ser presos pelas autoridades⁸. Dessa forma, nesse período havia muito mais uma preo-

4. Art. 27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 annos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

5. Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinaes industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.

6. Art. 65. Quando o delinquente for maior de 14 e menor de 17 annos, o juiz lhe a applicará as penas da cumplicidade.

7. Art. 42. São circumstancias attenuantes: § 11. Ser o delinquente menor de 21 annos.

8. Art. 28. São vadios os menores que:
a) vivem em casa dos paes ou tutor ou guarda, porém, se mostram refractarios a receber instruccão ou

cupação em controlar os jovens e tirá-los da ociosidade, do que assegurar-lhes direitos. As instituições que antes ofereciam assistência à infância e juventude (instituições religiosas e de ensino público), não davam mais conta de conter o aumento da criminalidade, gerados pela eminente urbanização. Atrelado a isso, aumentaram os debates acerca da não efetividade da prisão de jovens juntamente com os adultos – alegava-se que tal política resultava em uma verdadeira escola do crime. Foram tomadas diversas medidas, tais como o Decreto 145, em 1893, que fundou uma colônia correcional com o objetivo de recuperar jovens para o trabalho, e a Lei n. 8444, que, em 1902, criou um Instituto Disciplinar destinado a jovens que cometiam delitos ou que viviam em situação de rua. (SCHNEIDER, 2016, p. 14).

Como consequência da política de repressão da ociosidade, buscava-se inserir as crianças “desocupadas” no mercado de trabalho. Para isso, havia urgência de intervenção para transformar, por meio de educação e correção, esses jovens em indivíduos úteis e produtivos para o país, assegurando a organização moral da sociedade. (SCHNEIDER, 2016, p. 13)

Impulsionado pelas críticas à prisão indiscriminada desses jovens, sem se pensar em estratégias reais de reeducação que os fizessem retornar à sociedade como “pessoas úteis” ao mundo do trabalho, cresce o debate acerca da precariedade dessas instituições. Eventos internacionais como o Congresso Internacional de Menores, ocorrido em Paris, em 1911, e a Declaração Gênova adotada pela Liga das Nações, em 1924, influenciaram o desenvolvimento dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil. Estes eventos internacionais legam à Justiça Juvenil da época um caráter tutelar. Iniciava-se um novo período na forma de pensar a Justiça Juvenil.

Em 1923, surge o regulamento da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes, com o Decreto n. 16.272. Seguindo a tendência internacional, criam-se diretrizes de assistência e proteção dos menores

entregar-se a trabalho sério e útil, vagando habitualmente pelas ruas e logradouros publicos;
b) tendo deixado sem causa legitima o domicilio do pae, mãe ou tutor ou guarda, ou os logares onde se achavam collocados por aquelle a cuja autoridade estavam submettidos ou confiados, ou não tendo domicilio nem alguem por si, são encontrados habitualmente a vagar pelas ruas ou logradouros publicos, sem que tenham meio de vida regular, ou tirando seus recursos de occupação immoral ou prohibida.
Art. 29. São mendigos os menores que habitualmente pedem esmola para si ou para outrem, ainda que este seja seu pae ou sua mãe, ou pedem donativo sob pretexto de venda ou offerecimento de objectos.
Art. 30. São libertinos os menores que habitualmente:
a) na via publica perseguem ou convidam companheiros ou transeuntes para a pratica de actos obscenos;
b) se entregam á prostituição em seu proprio domicilio, ou vivem em casa de prostituta, ou frequentam casa de tolerancia, para praticar actos obscenos;
c) forem encontrados em qualquer casa, ou logar não destinado á prostituição, praticando actos obscenos com outrem;
d) vivem da prostituição de outrem”.

abandonados ou delinquentes. Ainda, cria-se o primeiro Juízo de Menores, e são estabelecidas normas acerca do procedimento a ser aplicado nos julgamentos, bem como considerações a respeito do juízo privativo (BRASIL, 1923).

O procedimento passa a envolver o estudo das características físicas, sociais e morais dos menores e da situação moral, social e econômica dos pais ou tutores. Será a partir desse estudo das características do menor – de sua índole, estado de abandono, perversão moral – e de sua família que se determinará o tipo de medida e de instituição aplicados (ALVAREZ, 1989)

Em 1927, criado por Mello Mattos, é promulgado o primeiro Código de Menores do Brasil, que consolida as leis de assistência e proteção a menores. A lei abrange todos os menores de 18 anos (BRASIL, 1927). De acordo com ALMEIDA e ALVAREZ (2017) a maior alteração trazida pelo código de 1927 diz respeito à intervenção estatal para menores que cometeram crimes.

Enquanto nos códigos de 1830 e 1890, a responsabilidade individual permanecia sendo o fundamento da intervenção penal – assim como os adultos, os menores só seriam punidos se fossem responsáveis pelo crime –, na justiça de menores, o que fundamentará a intervenção estatal são as características do menor acusado, seu estado de abandono moral e material, tidas como causas da prática infracional. (ALMEIDA;ALVAREZ; 2017)

Tais legislações tinham como característica marcante o assistencialismo, que se unia com a ideia de que os jovens precisavam ser úteis para a sociedade. Dessa forma, o advento de uma justiça específica para tratar de crianças e adolescentes não deixa de ser uma ferramenta para aumento do controle social de certas parcelas da população, por meio da criminalização de comportamentos e atividades que não aderiam à lógica dominante.

Explica SCHNEIDER (2016, p. 28), que nas décadas de 60 e 70, permaneceram a Doutrina da Situação Irregular e a criminalização da pobreza como bases das legislações. É o que se percebe na Lei 6.697, que promulgou o novo Código de Menores, em 1977, e na Lei 4513/64, que estabeleceu a Política Nacional de Bem Estar do menor (PNDBEM), gerida pela Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e pelas Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEMs). O Código de Menores de 1977, segundo SPOSATO (2013, p. 83, apud SCHNEIDER 2016, p.32), “não só permitia a institucionalização dos menores sem a observância das regras e dos princípios processuais e constitucionais, mas também autorizava a continuidade da institucionalização nos mesmos estabelecimentos destinados aos adultos”.

A doutrina da situação irregular se caracterizava pela legitimação jurídica

de uma atuação estatal discricionária, na qual se legitimava a atuação judicial sobre crianças e adolescentes, evidenciando uma concepção individualista, que ignorava a deficiência das políticas sociais e tinha enfoque na institucionalização (COSTA, 2012, p.129).

Em nome dessa compreensão individualista, biológica, o juiz aplicava a lei de menores sempre a partir de uma justificação positiva, a qual transitava entre o dilema de satisfazer um discurso assistencialista e uma necessidade de controle social. (COSTA, 2012, p. 129)

Essa doutrina projetava sobre o adolescente, visto pelo judiciário com um incapaz, um olhar objetificador. A ampla proteção ofertada pelo Estado, na verdade, acabava por violar direitos fundamentais e dar ao juiz, figura central do poder de decisão do Estado, um poder ilimitado. Desta forma, a maioria dos delitos eram punidos com privação de liberdade – e não existia previsão na lei quanto a sua duração e condições. Ainda, ocorria uma ampla criminalização da pobreza, o que também causava uma relativização de crimes graves cometidos por adolescentes de famílias abastadas. (COSTA, 2012; SCHNEIDER, 2016)

Na década de 80, abriu-se espaço para a consolidação da doutrina de proteção integral. No Brasil, era um período de abertura democrática, e diversos setores da sociedade trabalharam para o desenvolvimento de novas políticas. Com a Constituição de 1988, que tratou da questão dos direitos das crianças e adolescentes, dando a elas absoluta prioridade, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, houve a positivação dessa nova doutrina (SCHNEIDER, 2016, p. 32). Como explica Lyra (2013, p. 24) o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) surge como resultado do interesse de diversos setores da sociedade, e traz a ideia de descriminalização das condutas juvenis, com o objetivo de concretizar uma política que levasse em conta a recuperação e não a mera segregação do adolescente.

Segundo Costa (2012, p. 131), a partir daí houve o reconhecimento de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, pelo menos no texto. Passa-se a reconhecê-los como pessoas em desenvolvimento que necessitam de especial proteção e garantia de direitos, proporcionados pelo Estado, família e sociedade. E esta seria a base da doutrina da proteção integral, que, nada mais é do que o suporte desses setores da sociedade para que crianças e adolescentes possam exercer sua cidadania, com dignidade.

Nesse sentido, entendia a situação da criança e do adolescente como “pessoa em desenvolvimento”, razão pela qual eles se veriam submetidos a uma

“doutrina da proteção integral”, em que os esforços do poder público estariam voltados para a defesa de seus direitos, afigurados em um conjunto de medidas protetivas, referentes à saúde, educação, profissionalização, lazer, entre outros, e medidas socioeducativas, referentes à reinserção do jovem na sociedade. (LYRA, p. 24)

A Doutrina da Proteção Integral é complementada a partir de princípios jurídicos positivados na Convenção Internacional e na Constituição Federal, tais como o princípio da prioridade absoluta, princípio do melhor interesse, princípio da brevidade e excepcionalidade, princípio da condição peculiar de desenvolvimento, e princípio da livre manifestação. Toda essa doutrina se concretizou em documentos e tratados internacionais⁹ (COSTA, 2012, p. 132). Desta forma, se superou a antiga concepção tutelar, reconhecendo o adolescente enquanto sujeito de direitos e estabelecendo ao estado e a sociedade obrigações e limites de intervenção. Rompe-se com o “direito do menor” e passa-se a etapa do processo de responsabilidade juvenil, que se baseia na separação de problemas sociais e conflitos penais e participação da criança ou adolescente no processo do conhecimento e formação da responsabilidade social (BARROS, 2013). Há autores que defendem que o ECA teria instituído um Direito Penal Juvenil. Defendem que a aproximação com o Direito Penal é indispensável para que se aplique uma “lógica garantista” e para que se restrinja o poder punitivo do Estado (MENDEZ, 2006; MACHADO, 2006; FRASSETO, 2006; SILVA, 2006; SPOSATO, 2006; BARBOSA, 2009; MINATEL, 2013 apud ALMEIDA;ALVAREZ, 2017, p. 5).

Por fim, é importante ressaltar que embora, historicamente, os jovens tenham alcançado diversas melhorias, como o tratamento humanitário e reconhecimento enquanto sujeitos de direitos no âmbito do processo penal juvenil, ainda existe um longo caminho a ser percorrido. Percebe-se que ainda existe um abismo entre a realidade empírica e a realidade normativa: embora a lei esteja positivada, não quer dizer que ela exista no contexto social. E, como nos alerta Costa (2012, p.133) “a doutrina da situação irregular permanece na ideologia da população, das instituições e do judiciário, mesmo que superada no plano institucional e constitucional da maioria dos Estados”.

9. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989; Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores, Regras de Beijing, de 1985; Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, de 1990; Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da Delinquência Juvenil, Diretrizes de Riad, de 1990; Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, Regras de Tóquio, também de 1990.

3. A OITIVA INFORMAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Todo o procedimento a ser observado na apuração do cometimento de ato infracional por um adolescente está previsto na seção V do ECA, que estabelece as regras que devem ser aplicadas desde a apreensão do adolescente em caso de flagrância. Nesse contexto, o diploma legal prevê que, efetuada a apreensão do adolescente, este deverá ser encaminhado à autoridade policial competente, nos termos do artigo 172, e a sua apreensão será comunicada a sua família e à autoridade judiciária competente. Como regra, o adolescente deverá ser liberado aos pais ou responsáveis mediante compromisso de apresentação no dia útil seguinte ao representante do Ministério Público e, excepcionalmente, o artigo 174 prevê a possibilidade de, em razão da *gravidade do ato infracional e sua repercussão social*, o adolescente permanecer internado provisoriamente. Nesse último caso, o ECA determina que o adolescente seja diretamente encaminhado ao Ministério Público, após as formalidades legais, para que se cumpram as providências previstas nos artigos 179 e seguintes.

Assim inicia a fase ministerial ou pré-processual da apuração do ato infracional, intermediária entre a fase policial e a judicial, e na qual o adolescente é apresentado ao representante do Ministério Público para a realização da sua oitiva informal. O art. 179 do ECA assim dispõe:

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

A partir dos resultados e da avaliação decorrentes da realização dessa oitiva informal do adolescente (e, se possível, de seus pais, e de eventuais vítimas e testemunhas), é que o Ministério Público adotará, nos termos do art. 180 do ECA, uma das três providências ali elencadas, quais sejam, **(a)** promover o arquivamento dos autos, **(b)** conceder a remissão ao adolescente ou **(c)** representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa. Isso basta para percebermos a grande importância de tal instituto no processo penal juvenil e na vida do adolescente que entra em contato com ele, bem como para refletirmos sobre a relevância da (in)observância do contraditório e da ampla defesa durante o seu proceder, conforme análise mais minuciosa realizada no próximo ponto deste artigo.

Contudo, apesar da evidente relevância desse ato, não há qualquer

previsão legal acerca de seu proceder – sobre quais são os direitos do adolescente, quais são as obrigações do Ministério Público, se é exigido a presença de defensor a acompanhar o adolescente ou até se o que for declarado naquela oportunidade será lavrado a termo e juntado ao processo ou não (SCHNEIDER, 2016, p. 145).

À oitiva informal, teoricamente, atribuir-se-ia o papel de valorar a pré-admissibilidade da representação (BARROS, 2013, p. 119), isto é, por meio dela buscar-se-ia reunir outros elementos sobre o suposto ato e acerca da plausibilidade de sua imputação ao adolescente. Assim, o que apenas seria possível por meio do contato direto do representante ministerial com o jovem, evitar-se-ia o ajuizamento de procedimentos considerados desnecessários, constrangedores e estigmatizantes ao adolescente.

Portanto, as possibilidades de arquivamento do feito e de concessão da remissão pelo Ministério Público como forma de exclusão do processo se mostram os principais motivos para a previsão legal da apresentação do adolescente ao Promotor de Justiça. Isso porque, para avaliar essas possibilidades, o representante ministerial deve aferir diversas variáveis, como as circunstâncias e as consequências do fato, a personalidade do jovem e o contexto social em que ele vive, e a sua maior ou menor participação no ato, a teor do artigo 126 do ECA. Apesar da previsão desses “critérios” de aferição, nem o ECA nem as Regras de Beijing esclarecem em que situações são cabíveis a concessão de remissão, deixando a cargo da discricionariedade do representante do Ministério Público. Nesse sentido, questiona-se se ao conferir ao Ministério Público o poder de “conceder”, a lei não se estaria conferindo o poder decisório a órgão diverso do judiciário (BARROS, 2013, p. 119).

Além dessas duas razões, uma terceira se apresenta: a oitiva informal representaria, de certa forma, a submissão da atividade policial a um maior controle (HESPANHOL e SOARES, 2005, p. 92), buscando mitigar os efeitos da histórica violência direcionada aos adolescentes supostamente infratores.

Por meio da oitiva informal, portanto, o jovem pode deixar de ser processado judicialmente, seja pelo convencimento de sua inocência ou pelo entendimento da desnecessidade de instauração de procedimento judicial frente ao ato cometido, e por isso se tem entendido que a oitiva informal é verdadeira garantia processual destinada ao adolescente, não podendo ser dispensada. Destarte, apesar de a não realização da oitiva não ensejar qualquer nulidade prevista, isso não quer dizer que ela não seja obrigatória ou que possa

ser dispensada pelo Ministério Público.

Boa parte da controvérsia sobre a oitiva informal advém da (in)compreensão sobre a sua *informalidade*. Ao determinar que a oitiva deve ser informal, o legislador evidentemente quis evitar que ela fosse formalizada, isto é, que os elementos que dela restassem colhidos servissem de prova ao Ministério Público, a ser utilizada posteriormente na fase judicial em desfavor do adolescente. Assim, a informalidade da oitiva informal significaria, na prática, a vedação ou, ao menos, a desnecessidade da redução a termo das declarações ali prestadas pelo adolescente, seus pais, vítimas ou testemunhas, a fim de evitar que tais informações pudessem ser utilizadas na fase judicial (HESPANHOL e SOARES, 2005, p. 103), não devendo se dar forma a ato que a lei previu não formal.

Consoante previsão do art. 127 do ECA, da oitiva informal pode decorrer aplicação de medida socioeducativa, por meio da concessão da remissão, ainda que dela não implique necessariamente o reconhecimento de responsabilidade do adolescente. Em que pese a remissão dever ser aceita pelo adolescente, conforme o art. 11.3 das Regras de Beijing, tal consentimento não implica o reconhecimento de autoria pelo jovem, e a remissão não prevalece para efeito de antecedentes. Por fim, o art. 128 estabelece que a medida socioeducativa aplicada cumulativamente à remissão pode ser revista judicialmente a qualquer tempo.

Com base nas justificativas de evitar a instauração de um processo judicial para a apuração de ato infracional e de antecipar a execução da medida, pelos princípios da celeridade e do baixo custo, a remissão tem origem no art. 11 das Regras de Beijing. Ela tem natureza jurídica de “perdão”, quando não cumulada com qualquer medida socioeducativa e, quando cumulada, natureza transacional (BARROS, 2013, p. 119). Entretanto, o que se extrai, em verdade, da previsão da possibilidade da concessão de remissão com cumulação de medida durante a oitiva informal é o aval legal para a hipótese de aplicação de uma medida socioeducativa sem que haja qualquer prova constituída da materialidade e da autoria do ato infracional (SCHNEIDER, 2016, p. 145). Constitui-se, por conseguinte, em um verdadeiro acordo entre o adolescente e o Ministério Público, conveniado sem a presença da defesa técnica do jovem ou da autoridade judiciária competente, apesar de depender da homologação do judicial, que é posterior. Questiona-se, ainda, se a aceitação da remissão cumulada com

a aplicação de medida socioeducativa de fato não significa ao jovem e ao seu contexto uma assunção de culpa, de certa forma; culpa e pena (medida socioeducativa), essas, fundadas em algo que não é uma sentença condenatória ou prova judicialmente produzida.

Finda a rápida análise acerca da ideia por detrás do instituto da oitiva informal, no próximo ponto buscaremos verificar se há convergência entre as intenções legislativas referentes ao instituto e a sua ocorrência na prática, bem como submeteremos sua existência ao crivo das garantias processuais conferidas aos adolescentes.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA OITIVA INFORMAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conforme dispõe o art. 179 do ECA, realizada a apresentação do adolescente, o representante do Ministério Público *promoverá* a sua oitiva informal. Da leitura do referido dispositivo, surgem diversas divergências doutrinárias acerca da obrigatoriedade da oitiva informal no procedimento penal juvenil e se a ausência desse instituto acarretaria a nulidade dos demais atos decorrentes. De acordo com BARROS (2013), parte da doutrina considera que o instituto da oitiva informal possui condição específica de procedibilidade da ação socioeducativa, sendo indispensável a sua realização. De outro lado, segundo a autora, parcela da doutrina entende que não se trata de providência obrigatória, servindo apenas para melhor auxiliar o órgão ministerial quanto à classificação do ato infracional e a necessidade de deflagração da ação socioeducativa. Este último é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do REsp nº 662.499¹⁰, entendeu não se afigurar indispensável a realização da oitiva informal do adolescente nos procedimentos que envolvam a prática de ato infracional.

No entanto, em que pese a existência de divergência doutrinária, é cediço que trata-se de instituto amplamente utilizado pelos agentes ministeriais, em especial na cidade de Porto Alegre/RS, local em que o presente artigo procurou realizar a sua investigação, e a omissão da legislação específica vai além da obrigatoriedade ou não do ato. O Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê de que forma deve ser realizada a oitiva, tampouco a finalidade desse instituto, o que acaba por suprimir garantias fundamentais expressamente asseguradas na Constituição Federal e no próprio diploma estatutário.

10. REsp 662.499/SC, 5.ª T., j. 07.12.2004, rel. Min. Felix Fischer, DJ 14.02.2005.

4.1. VIOLAÇÃO DO DIREITO À AUTODEFESA E AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, INCISOS LV E LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 111 E 141 DO ECA)

Conforme já exposto, segundo o art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, realizada a oitiva informal do adolescente, poderá o Promotor de Justiça decidir entre: **(a)** o arquivamento do processo; **(b)** a concessão de remissão como forma de exclusão do processo; ou **(c)** o oferecimento de representação contra o adolescente. Trata-se, portanto, de etapa intermediária entre as fases policial e judicial do procedimento de apuração de ato infracional atribuído ao adolescente (FRASSETO, 2005). Diferentemente do que ocorre no Direito Penal adulto, em que há uma fase policial sem presença de contraditório e regida em sua maior parte de forma inquisitorial, no caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há fase policial propriamente dita, mas uma etapa concomitante a esta, chamada de pré-processual e realizada pelo Ministério Público. A existência dessa etapa decorre da necessidade de celeridade do procedimento, e as declarações nelas prestadas (do adolescente, vítima, pais ou responsáveis e testemunhas) equivalem àquelas prestadas no inquérito policial adulto. No entanto, diferente do modelo inquisitorial do inquérito policial, no âmbito da Justiça Juvenil, nessa etapa já existe processo, mesmo sem acusação formalizada, devendo ser orientada pelo modelo acusatório, com todas as prerrogativas processuais asseguradas pela Constituição Federal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu art. 111, inciso III, que a defesa técnica por advogado é garantia assegurada ao adolescente, e em seu art. 207 dispõe que nenhum adolescente será processado sem a presença de defensor. Além disso, segundo a Constituição Federal, aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF), bem como aos adolescentes é assegurada a defesa técnica por profissional habilitado (art. 227, §3º, IV, da CF). De acordo com COSTA (2005, p. 138), o direito à defesa é garantia constitucional que decorre do princípio do contraditório e, enquanto princípio, deve ser assegurado em todas as fases do processo, sob pena de nulidade. Assim, resta evidente que o direito à defesa também deve ser garantido ao adolescente na etapa pré-processual.

Todavia, em que pese a presença de tais dispositivos no ordenamento jurídico vigente, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi omissivo quanto à necessidade da presença de defensor acompanhando o adolescente na

realização da oitiva informal (art. 179 do ECA). Assim, o que acontece na prática é a apresentação do adolescente ao Promotor de Justiça sem estar acompanhado de defensor e, na maioria das vezes, sequer acompanhado de seus pais ou responsáveis. O adolescente, nesse momento processual, desconhece de suas garantias, como por exemplo o direito à autodefesa, que se traduz no direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF), e tampouco sabe das consequências que podem advir de sua fala perante o Promotor de Justiça, porquanto para o adolescente ter compreensão dessas possibilidades e suas consequências, necessário que haja conhecimento técnico-jurídico, que só pode ser efetivamente exercido a partir de contato com sua defesa técnica. Nesse sentido leciona CALAMANDREI (2017, p. 100):

(...) Para, na prática, assegurar no processo a liberdade e a igualdade das partes, é preciso colocar ao lado de cada uma delas, em todos os momentos do processo, um advogado que, com a sua inteligência e com o seu conhecimento técnico dos mecanismos processuais, reestabeleça o equilíbrio do contraditório. (CALAMANDREI, p. 100)

Por outro lado, segundo o Promotor de Justiça Mauro Fonseca Andrade, lotado na Promotoria da Justiça de Plantão de Porto Alegre e que há anos realiza a oitiva informal de adolescentes nesta cidade, a apresentação do adolescente ao Ministério Público pode sim contar com a presença de defensor, não havendo óbices para que o procedimento se proceda dessa maneira. Adverte, porém que *“o defensor que não comparece ou não foi contatado pelo adolescente, no caso de defensor constituído, ou, no caso de defensor público, não vai porque não quer”*.¹¹ Além disso, ressalta que *“a oitiva não tem uma regulamentação própria, mas pode ter a participação de um defensor para acompanhar o adolescente em todos os momentos dessa fase inicial da persecução penal. Hoje uma regulamentação legal específica sobre a presença do defensor desse ato tem? Não, mas tampouco precisa”*.

De acordo com o art. 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, além da possibilidade de, na hipótese de o adolescente ser apresentado sem defensor, ser nomeado advogado dativo pelo juiz. No entanto, é cediço que as Defensorias Públicas não encontram-se implantadas em todos os Estados da Federação. Além disso, segundo COSTA (2005, p. 143), onde elas existem, não contam com corpo de defensores em todas as comarcas, muito menos especializado na área da infância e juventude, o que acaba por legitimar, diante

11. Entrevista realizada com o Promotor de Justiça Mauro Fonseca de Andrade, ocorrida no dia 09 de outubro de 2017, para fins de obtenção de dados acerca da forma de realização do procedimento da oitiva informal.

da falta de estrutura adequada, uma condição de desigualdade institucional.

Ademais, é notório que os adolescentes submetidos ao Sistema Penal Juvenil, em sua maioria, são advindos de camadas sociais menos favorecidas, residindo em regiões periféricas, e com pouca ou nenhuma estrutura familiar, o que dificulta constituírem advogados particulares. Segundo COSTA (2005, p. 144):

No entanto, na leitura aprofundada dos processos, vê-se que muito mais do que dificuldades materiais, o que está por trás da aceitação tácita da ausência de defesa é a concepção subliminar de que a presença ativa de um advogado seria “desnecessária”, ou mesmo de que viria a “atrapalhar o bom andamento do processo”.

O resultado disso é que o procedimento inicial acaba sendo protagonizado pelo Ministério Público e pelo Judiciário. Como consequência, não há uma igualdade de armas entre acusação e defesa, uma vez que o órgão acusador produz de forma unilateral todas as provas necessárias para o oferecimento de representação, por meio do interrogatório do adolescente, vítima e testemunhas, antes do oferecimento de representação e do crivo do contraditório e da ampla defesa (SCHNEIDER, p. 58).

4.2. REMISSÃO SEM PROVAS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A figura da remissão está prevista no art. 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente e tem como principais características a suspensão ou extinção do processo, podendo ser concedida tanto na fase pré-processual quanto na fase processual, de acordo com o art. 188 do ECA.¹² Além disso, não pode ser reconhecida como uma assunção de responsabilidade por parte do adolescente, nem caracterizada para fins de antecedentes infracionais. Conforme já exposto no terceiro ponto do artigo, a remissão deve ser aceita pelo adolescente e o procedimento deverá contar com a homologação do juiz. Destaca-se ainda, que a remissão pode ser cumulada com a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto, o que, atualmente é de praxe na prática ministerial na cidade de Porto Alegre/RS.

Segundo SCHNEIDER (2016, p. 61), a remissão nada mais é do que um “acordo” entre o adolescente e o Ministério Público para que não haja

12. Art. 188. A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença.

processo e seja antecipada a pena, que nesse caso é a medida socioeducativa. Um dos problemas centrais acerca da constitucionalidade da aplicação desse instituto na etapa pré-processual consiste na ausência das garantias do devido processo legal, bem como na falta de comprovação de autoria e materialidade, garantia expressamente prevista no art. 189, inciso IV, do diploma estatutário.

Ainda, segundo o art. 122, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida aplicada a título de remissão pode ser revista a qualquer tempo quando houver descumprimento reiterado e injustificado. Nesse caso, o adolescente poderá receber uma internação sanção, com o prazo máximo de 90 dias, conforme o parágrafo primeiro do referido dispositivo. Aqui, resta ainda mais evidente a inconstitucionalidade do instituto da oitiva informal, uma vez que a medida que ensejou a regressão é aplicada sem o devido processo de conhecimento, ou seja, em grave violação ao princípio do devido processo legal, assegurado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Conforme bem exposto por SCHNEIDER (2016, p. 62), ao aceitar a remissão cumulada com medida socioeducativa em meio aberto, o adolescente acaba por assumir a culpa, sem que haja uma sentença condenatória embasada em prova judicialmente produzida, da qual poderia se defender, e tudo isso é feito sem a presença da autoridade judiciária, uma vez que cabe ao juiz apenas a homologação do referido “acordo”.

Assim, a oitiva informal acaba por contrariar a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LIII, que estabelece que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, bem como viola a garantia ao juiz natural, uma vez que nessa etapa do procedimento o juiz apenas homologa – ou não – a decisão tomada pelo representante do Ministério Público, sem participar desse processo decisório, tendo em vista que oitiva do adolescente, vítimas, testemunhas e responsáveis é realizada pelo Promotor de Justiça. Ademais, acaba por violar o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, porquanto o juiz é afastado da resolução do conflito, conferindo ao Ministério Público ampla discricionariedade para conceder remissão ao adolescente, com a aplicação ou não de medida em meio aberto. No entanto, para a garantia da estrutura triangular do processo é essencial que o Ministério Público assuma sua função de acusação e não se confunda com a atividade jurisdicional, de competência somente do Judiciário, o que não acontece na oitiva informal.

4.3. FORMALIZAÇÃO DO ATO – REDUÇÃO A TERMO DAS DECLARAÇÕES PRESTADAS PELO ADOLESCENTE

Na prática forense, verifica-se que o caráter informal da oitiva é relativo, uma vez que constantemente as declarações prestadas pelo adolescente em sede de oitiva informal são reduzidas a termo e anexadas à representação, especialmente quando o adolescente confessa o ato infracional.

O acadêmico de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Carlos Augusto Vier Becker, à época integrante do Programa Interdepartamental de Práticas com Adolescente em Conflito com a Lei (PIPA – UFRGS), questionou a constitucionalidade da oitiva informal, realizando pesquisa quantitativa e qualitativa na cidade de Porto Alegre¹³, com o intuito de entender de que forma esse instituto vinha sendo utilizado no Projeto de Justiça Instantânea da referida cidade. Os dados obtidos na pesquisa são alarmantes e demonstram a extrema necessidade de discussão acerca das inconstitucionalidades observadas no procedimento penal juvenil. Segundo a pesquisa, da consulta de 53 processos de apuração de ato infracional na Justiça Instantânea, na maioria das oitivas o adolescente confessou a prática do ato infracional que decorreu da sua apreensão, e, além disso, em todos os processos se observou que a oitiva foi reduzida a termo, vindo anexada à representação, o que demonstra que a informalidade do instituto, conforme prevista na legislação, não é observada na prática.

A redução a termo da oitiva informal não possui outra natureza senão a de prova obtida sem a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e em que pese não constituir meio de prova formal, acaba por acompanhar toda a trajetória processual do adolescente, exercendo relevante influência na convicção do julgador. Ademais, trata-se de momento processual, ainda que anterior à representação, que não volta, ou seja, o que naquele momento foi dito pelo adolescente, sem a informação necessária, sem a presença de defesa técnica, é prejuízo irreparável a ele.

Portanto, a informalidade do ato que poderia justificar a omissão legislativa quanto à presença de defesa técnica não encontra respaldo na realidade vivenciada por adolescentes envolvidos na prática de ato infracional, uma vez que as lacunas legislativas abrem espaço para discricionariedades, em especial nos casos de adolescentes em conflito com a lei, constantemente

13. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/caar/wp-content/uploads/2014/10/Carlos-Augusto-Becker-Resumo.pdf>>

invisibilizados pela sociedade e pelo Estado.

5.. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As causas da realidade exposta no artigo extrapolam a ausência de previsão da legislação, e consistem também na falta de compreensão de que o procedimento penal juvenil trata-se efetivamente de um processo, devendo ser composto por acusação e defesa, e que deve ser exercido de forma jurídica, observando a aplicação dos direitos e garantias conferidos aos adolescentes na ordem constitucional e estatutária.

Ainda que a doutrina da situação irregular tenha sido substituída pela doutrina da proteção integral, o reconhecimento dos adolescentes como sujeitos de direitos não se encontra difundido na prática, em especial nos procedimentos de apuração de ato infracional. A doutrina da situação irregular ainda se encontra presente nas instituições e no judiciário, e a ausência de compreensão de que se trata de um procedimento penal, de natureza penal, com todas as prerrogativas asseguradas no ordenamento jurídico vigente, acaba por trazer enormes prejuízos aos adolescentes submetidos ao poder punitivo estatal.

De acordo com SARAIVA (2009, p. 122) “*a ausência de norma tende a produzir a discricionariedade, o subjetivismo, e daí para o autoritarismo é um passo*”. Nesse contexto de omissão legislativa e discricionariedade presentes na realização da oitiva informal, talvez a solução seja a formalização desse ato, com a necessária imposição de presença de defensor nesse momento processual, de forma seja delineado os limites do cabível a ser feito por cada profissional em cada solenidade e, assim, sejam garantidos aos adolescentes os direitos ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal entre outros presentes na ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de; ALVAREZ, Marcos César. **Por uma genealogia da Justiça Juvenil no Brasil**: revisitando o Código de Menores de 1927. In: 18º Congresso Brasileiro de Sociologia, 2017. Brasília (DF). Anais. Disponível em: <<http://sbs2017.com.br/anais/trabalhos.htm>>. Acesso em: 18 set. 2017.
- BARROS, Claudia Aparecida de Camargo. A (in)constitucionalidade da fase ministerial do procedimento de apuração de ato infracional. **Revista de Direito da Infância e da Juventude: Rdij**, -, v. 1, n. 2, p.119-142, 2013. Semestral. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77105>>. Acesso em: 15 set. 2017.
- BRASIL. Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923. **Decreto Nº 16.272**: Da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/>

decret/1920-1929/decreto-16272-20-dezembro-1923-517646-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. **Decreto Nº 17.943-a de 12 de Outubro de 1927.** Código dos menores: Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais:** Da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

FRASSETO, Flávio (Organizador). **Apuração de ato infracional e execução de medida sócio-educativa: considerações sobre a defesa técnica de adolescentes.** ANCED – Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente. São Paulo, 2005.

HESPANHOL, André e SOARES, Francisca de Assis. **A oitava informal e o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.** 2005. André Hespagnol e Francisca de Assis Soares Advogado da Organização de Direitos Humanos Projeto Legal – Rio de Janeiro Advogada do Centro de Defesa Ezequiel Ramim – São Paulo.

LYRA, Diogo. **República Dos Meninos – Juventude, Tráfico e Virtude.** Rio de Janeiro: Mauad, 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescentes em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil.** 3ª ed. Ver., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SCHNEIDER, Nathalia Beduhn. **Apuração da responsabilidade penal de adolescentes: tensionamento de garantias e contribuições para um procedimento constitucional e convencional.** 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul., Porto Alegre, 2016.

A (IN)EFICÁCIA DA PRISÃO PREVENTIVA NO CONTEXTO DE MULHERES ENCARCERADAS: BREVES CONSIDERAÇÕES A PARTIR DO ESTUDO DE CASO DO PRESIDIO ESTADUAL FEMININO MADRE PELLETIER, RS, BRASIL.

Daiana Maturano Dias Martil¹

RESUMO: Segundo dados do INFOPEN² de 2014, no período de dez anos, o aumento do encarceramento feminino no Brasil foi de 567,4%. . O comércio ilegal de drogas é a principal causa do alargamento expressivo de prisões femininas. Nesse contexto, o aumento massivo de prisões preventivas de mulheres vem gerando inúmeras discussões e debates sobre a real eficácia na aplicação dessa ferramenta jurídica para assegurar a aplicação da lei penal e a garantia da ordem pública. No Presídio Estadual Feminino Madre Pelletier durante o ano de 2016, foi contabilizado o ingresso de 1.086 mulheres, dessa totalidade somente 422 permaneceram em situação de prisão preventiva. Somando-se todas as concessões de liberdade dessa totalidade, 407 mulheres saíram livres. A partir da análise dos dados obtidos, pretende-se aventar sobre a verdadeira eficácia da aplicação de prisões preventivas no contexto de mulheres apenadas.

PALAVRAS-CHAVES: Encarceramento feminino; Eficácia da prisão preventiva.

ABSTRACT: According to *Penitentiary Information National Survey* (“INFOPEN” – Brazil, 2014), in the last decade, the female incarceration in Brazil increased in 567.4%. The traffic of illegal drugs is the main cause of the significant expansion of female prisons. In this scenario, the massive increase in women’s preventive detention has led to numerous discussions about the real effectiveness of applying this legal tool to ensure the criminal law application and public order guarantee. During 2016, 1,086 women were admitted in the Female State Prison Madre Pelletier, but only 422 remained in preventive detention. Adding all the liberty concessions of this totality, 407 women were released. Based on the analysis of the obtained data, it is intended to discuss about the true efficacy of the application of preventive prisons in the imprisoned women’s context.

KEYWORDS: Female incarceration; Preventive prison effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

O superencarceramento feminino brasileiro apresenta notável

1. Especialista em Ética e Educação em Direitos Humanos – UFRGS. Mestranda em Ciências Sociais – PUCRS. Assistente Social do Presídio Estadual Feminino Madre Pelletier. daiadm2@hotmail.com
2. INFOPEN. Sistema Nacional de Informações Penitenciárias. Departamento Penitenciário Nacional Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

contraste em relação aos pactos internacionais e legislação própria que versam sobre o desencarceramento e visam à proteção integral de direitos de mulheres encarceradas³. Contudo, chama a atenção que mesmo sendo o percentil de encarceramento feminino deveras menor que o masculino⁴, e ainda segundo dados do último censo⁵ realizado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – no ano de 2010, a população brasileira constituir-se de 97.348.809 mulheres e 93.406.990 homens em todo território nacional, demonstrando assim que a população feminina possui numericamente pequena diferença superior na somatória total da população em relação aos homens, observa-se o silenciamento e invisibilidade diante do aumento de 567,4% de mulheres presas na pesquisa compreendida pelo Levantamento Penitenciário Nacional⁶.

O estudo aqui apresentado está diretamente relacionado à trajetória de vida da pesquisadora que elaborou tal proposição. Sua construção se deu, a partir do contexto acadêmico e profissional, irrompido no apanhado de experiências e questionamentos levantados após cinco anos de atividade profissional dentro de um presídio feminino gaúcho exercendo função de assistente social. Ao buscar compreender o processo de desenvolvimento do aprisionamento de mulheres através da leitura do contexto histórico brasileiro, uma indagação invadiu o raciocínio da pesquisadora: se a primeira instituição para receber mulheres que cometiam crimes no Brasil foi inaugurada em 1936⁷, por que somente em 2014 o Estado Brasileiro divulgou dados do primeiro relatório nacional sobre a população feminina encarcerada? A invisibilidade perdurada por setenta e oito anos pode apontar para a subalternidade e sujeição histórica pelas quais as mulheres padeceram no contexto da sociedade com o advento do patriarcalismo e machismo enquanto mecanismos de controle⁸, sendo o sistema penitenciário, um importante colaborador para a sustentação do modelo de controle androcêntrico⁹.

Longe de pretender escrever sobre todo o processo histórico dentro

3. MARTIL e AZEVEDO (2017) no prelo; CORREIA (2016).
4. Segundo os dados do Relatório sobre o encarceramento no Brasil (DEPEN) em 2014 o número de homens presos apresentava o dado de 234.524 em situação de privação de liberdade, exponencialmente os dados sobre o encarceramento feminino apresentou a soma de 11.297 mulheres em condição de prisão.
5. CENSO DEMOGRÁFICO 2010. Característica da População e dos Domicílios. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf. Acesso em 17 de novembro de 2017.
6. Os dados do DEPEN foram analisados no período que compreende os anos de 2000 a 2014.
7. KARPOWICZ (2017)
8. FEDERICI (2017)
9. ANDRADE (2012)

do contexto do poder punitivo em relação às mulheres, por não ser esse o objetivo do presente estudo dadas as limitações concernentes à produção de um artigo, o desenvolvimento do trabalho aqui apresentado tem por objetivo realizar algumas considerações a respeito da ineficácia da prisão preventiva no contexto de mulheres apenadas diante dos dados oferecidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo cenário do público atendido no PEFMP¹⁰.

2. SUPERENCARCERAMENTO BRASILEIRO E PRISÃO PREVENTIVA: DOIS PESOS, DUAS MEDIDAS?

Na busca pela compreensão do fundamento da aplicação da prisão preventiva tornar-se regra ao invés de exceção no contexto do encarceramento brasileiro, propomos a possibilidade dentro do viés do aprisionamento feminino, da ferramenta jurídica de prisão preventiva inculcar e sustentar a reprodução de violência e exclusão social imposta pelo aparato legal punitivista abrangido no androcentrismo e patriarcado. Para tanto, é importante fazermos a discussão com dados que contraponham a hipótese aqui levantada, pois: “o objeto de toda ciência é fazer descobertas, e toda descoberta desconcerta mais ou menos as opiniões aceitas”¹¹.

Seria o encarceramento em massa um mito, como afirma artigo publicado recentemente em mídias digitais¹², no qual são apresentados dados de um estudo em conjunto realizado por promotores de justiça do Estado de Minas Gerais e que foi apresentado no I Congresso Brasileiro da Escola de Altos Estudos Criminais¹³. Em comparação com os dados informados pelo Conselho Nacional do Ministério Público no estudo divulgado como *A Visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*¹⁴, realizado em 2016, há uma diferença exata de 64.892 presos em comparação ao Infopen de 2014; essa diferença específica se dá ao fato do estudo do CNMP não ter contabilizado os presos provisórios que se encontravam encarcerados em delegacias, pois a organização CNMP entende que esse nicho específico é: “objeto de inspeções

10. Usaremos a sigla PEFMP para designar o Presídio Estadual Feminino Madre Pelletier.
11. DURKHEIM,(2007). Prefácio da primeira edição s/p.
12. CARPES, Bruno Amorim. O mito do encarceramento em massa. Estadão, 2017. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-mito-do-encarceramento-em-massa/>. Acesso em 24 de setembro de 2017.
13. No artigo divulgado, não há informação sobre o título do estudo realizado sobre o mito do encarceramento em massa. Também foi realizada pela pesquisadora busca de referência, porém não foi localizado Anais do congresso onde teria sido apresentado o estudo.
14. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em 24 de setembro de 2017.

havidas no âmbito do controle externo da atividade policial e, portanto, afetas a relatório próprio”¹⁵. Segundo informações do artigo, tal estudo contradiz os dados divulgados pelo Ministério da Justiça no Relatório Infopen de 2014¹⁶, referindo-se tratar de taxas irreais e amostras com “tendenciosidade embutida”, com o fito de manipulação das estatísticas, sugerindo que os entes federativos possam estar inflacionando os dados da população carcerária visto o repasse de verbas do Fundo Penitenciário Nacional para os Estados. O artigo aborda ainda o fato do Ministério da Justiça ter desrespeitado os critérios adotados pelo órgão internacional *World Prison Brief*¹⁷, encarregado pela produção de comparativo global sobre o sistema prisional, que entende como preso provisório somente quem se encontra aguardando julgamento em presídios. Contudo, seriam imprudentes os dados brasileiros não considerarem como preso provisório as pessoas que se encontram em carceragens de delegacias,¹⁸ visto ser essa uma realidade do sistema prisional brasileiro. Com o fito de corroborar sobre a importância de elucidar a categoria de presos alojados nas carceragens de delegacias nas estatísticas oficiais do sistema prisional brasileiro, tendo como referência a crise do sistema prisional, como por exemplo, no caso do Rio Grande do Sul, que em setembro de 2017 mantinha 264 presos em delegacias e viaturas (inclusive algemados a lixeiras) devido à superlotação em presídios¹⁹, trazemos então a consideração de Baratta²⁰ (2011): “A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantes em relação às diferenças nacionais e que permitiram a construção de um verdadeiro e próprio *modelo*”²¹.

Através da análise dos dados divulgados pelo MJ e CNMP, a variação de 64.892 pessoas em situação de privação de liberdade se apresenta somente pela não contabilização das que se encontram nas carceragens das delegacias de polícia, ainda assim o CNMP pronuncia que: “Em grande parte, a

15. CNMP (2016) op. cit., p. 23.

16. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

17. <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

18. Embora o critério de descarte desse nicho específico apresente a realidade de países europeus como a Holanda e Noruega que possuem uma população carcerária diminuta, não representa a realidade do sistema penitenciário brasileiro. Dados disponíveis em : http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf Acesso em 24 de setembro de 2017.

19. ZERO HORA. Região Metropolitana registra 264 presos em delegacias e viaturas <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/09/regiao-metropolitana-registra-264-presos-em-delegacias-e-viaturas-cj7pci39700kq01npbja448oy.html>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

20. Sociólogo e jurista italiano de grande influência para os estudos de criminologia, sua teoria proporcionou repercussão com notoriedade na Alemanha, Itália, Espanha e na América Latina.

21. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: ICC, 2011. p. 183.

superlotação é agravada em razão do excessivo número de presos provisórios, cerca de 40% (quarenta por cento) do total de internos, enquanto a média mundial encontra-se por volta de 25% (vinte e cinco por cento)”²².

Nesse sentido, nos pareceu um tanto precipitado a afirmação que os dados divulgados pelo Ministério da Justiça seriam com o fito de manipulação de estatísticas para que os Estados pudessem se beneficiar de verba orçamentária do Fundo Penitenciário Nacional (são os Estados que realizam o levantamento de dados do sistema prisional), pois segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, 2016, p.20:

Da observação dos dados ora trazidos à colação, observa-se o incremento dos índices de superlotação, ainda mais grave nos estabelecimentos destinados a internos do segmento masculino, muito embora o crescimento da população carcerária feminina seja mais acelerado. Em grande parte, a superlotação é agravada em razão do excessivo número de presos provisórios, cerca de 40% (quarenta por cento) do total de internos, enquanto a média mundial encontra-se por volta de 25% (vinte e cinco por cento). Os relatórios ora divulgados dão conta, ainda, da precariedade estrutural das instalações, além da insuficiência das políticas de acesso ao estudo e ao trabalho. Diante desse quadro de calamidade, caracterizado sobretudo pelo déficit de vagas e de estrutura para a observância dos direitos constitucionais e das assistências previstas na Lei de Execução Penal, não restam dúvidas quanto à necessidade de se buscarem soluções tendentes à descarcerização, seja mediante o estímulo à adoção das alternativas penais (tanto em sede de medidas cautelares diversas da prisão quanto de penas restritivas de direitos), seja por meio do aprimoramento dos meios de monitoração eletrônica, seja ainda pela efetiva implementação das audiências de custódia. GRIFOS NOSSOS.

Conclui-se que o artigo divulgado destoa do conteúdo proferido pelo próprio estudo do CNMP e que fora utilizado para corroborar o “mito do superencarceramento brasileiro”, pois conforme grifado na citação acima “não restam dúvidas quanto à necessidade de se buscarem soluções tendentes à descarcerização”. O fato aqui evidenciado não busca desabonar ou desprezar o estudo sobre o mito do encarceramento em massa, entretanto, pode justamente apontar para a necessidade de debruçar-se ainda mais sobre os reais dados do sistema prisional brasileiro, diante do fato dos dados apresentarem interpretação dicotômica: Ante a posição de que mesmo os órgãos oficiais declararem que há um superávit de encarceramento, ainda assim, existir posicionamentos refutando tal conjuntura, talvez por ainda apresentarmos na gênese de nossa consciência uma percepção colonizadora eurocêntrica, como

22. CNMP (2016) op. cit., p. 19.

bem refere Vera Regina Pereira de Andrade:

[...] herdamos um modelo prisional do centro para a periferia, de uma realidade diferente da nossa, e que quando este modelo foi recepcionado aqui produziu uma funcionalidade e específica, mais violenta, e nós continuamos olhando esta pena de prisão com o olhar do centro do mundo. Somos latino-americanos, somos colônia, somos periferia, mas nos consideramos europeus porque enxergamos nossa realidade com olhar eurocêntrico. Entretanto, aqui nós temos que fazer a leitura da nossa sociedade [...] da perspectiva do realismo jurídico-penal marginal, latino-americano e brasileiro. (ANDRADE, 2012, p. 311) ²³.

Destarte, sendo o objetivo de o presente artigo analisar a ineficácia da prisão preventiva no contexto do aprisionamento feminino, a partir do contexto das mulheres privadas de liberdade no Presídio Estadual Feminino Madre Pelletier, passamos então a realizar nossas considerações sobre tal temática.

3. PRISÃO PREVENTIVA DE MULHERES: MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA OU FERRAMENTA DE CONTROLE/CLAMOR SOCIAL?

Entendemos que o superencarceramento de mulheres configura-se enquanto ferramenta de controle social, não somente dentro do contexto do sistema de justiça do qual o sistema penitenciário inclui-se, mas também a opressão e controle exercidos pela sociedade, pois ao convocar o ambiente privado (doméstico) como sendo o local de pertencimento do feminino, e do ambiente público (social) como alusivo ao homem, precipuamente é nesse ponto que o sistema penal apresenta-se como mantenedor da subserviência da mulher:

Assim, o aparato legal e as formas de controle foram organizados dentro de uma perspectiva masculina, reproduzindo a violência patriarcal, ou seja, as desigualdades de gênero, já que desconsideram as especificidades femininas e se tornam incompatíveis com as demandas das mulheres. Os códigos penais, como mais uma faceta do controle exercido sobre as mulheres, evidenciam bem essa questão ao colocar, por exemplo, a criminalização por ligações sexuais e morais, impondo uma linha divisória entre as ditas honestas, discriminando-as em virtude do afastamento dos comportamentos patriarcais impostos socialmente. ²⁴.

Dentro desse viés, a pena de prisão para mulheres cumpre a lógica de

23. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da (des) ilusão*. – Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

24. SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. Faculdade de Serviço Social, 2006.

punir mulheres indisciplinadas que destoam do papel socialmente atribuído aos corpos dóceis, boas esposas e mães zelosas. Além disso, o sistema penal seleciona com especificidade sua população feminina, que em sua maioria apresenta como características sociais a situação de pobreza, a questão étnica (cor negra), com baixa escolaridade, moradora de comunidades periféricas e apresentar em seu histórico de vida um contexto envolto de violências e vulnerabilidades.

O aumento expressivo de prisões de mulheres se deve principalmente ao delito de comércio ilegal de entorpecentes, sendo esse disparado o delito responsável pelo maior número de mulheres encarceradas. Segundo dados do INFOPEN de 2014, o crime de tráfico de drogas perpetrado por mulheres corresponde a 64% do total de presas. Este fato decorre da própria lei 11.343 de 2006, conhecida como “Lei de Drogas”. O aparato legal em questão permite que o juiz possa decidir se uma pessoa presa com posse de drogas é considerada usuária ou traficante. Contudo, o que embasa a decisão judicial é o relato da polícia, na qual pode contribuir para a segregação de acusados mesmo que as provas em questão não sejam irrefutáveis, fazendo com que prisões preventivas, ao invés de se tornarem exceções, convertam-se em regras; possibilitando, assim, que pessoas presas pela polícia com pequena quantidade de drogas sejam condenadas por tráfico, tendo em vista sua condição social.

A manutenção da prisão preventiva deve ser recomendada somente para casos excepcionais, contudo a realidade brasileira apresenta a banalização de tal instrumento jurídico enquanto ferramenta de segregação social. Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça²⁵ divulgados em fevereiro de 2017²⁶, o Brasil²⁷ na data de divulgação do relatório, apresentava 221.054 pessoas em situação de prisão provisória²⁸, ao passo que o número do déficit de vagas

25. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Reunião Especial de Jurisdição. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

26. O relatório sobre a situação da população carcerária brasileira foi encomendado pela Ministra Carmen Lúcia após as rebeliões ocorridas nos estados de Roraima e Manaus no início de 2017, que ocasionaram a morte de quase 100 mortos (31 em Roraima e 56 em Manaus). Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

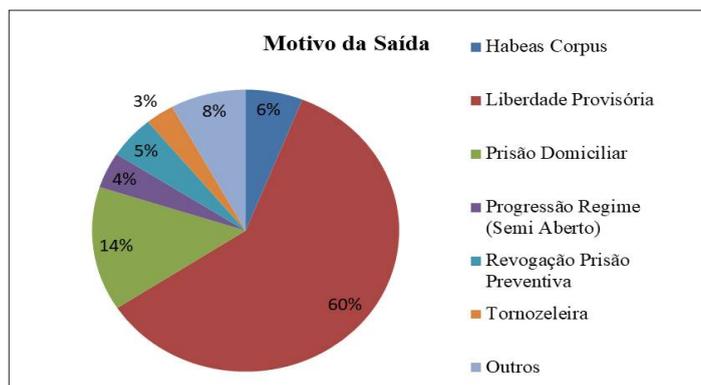
27. Ressalta-se que não foram contemplados no relatório do CNJ os dados referentes à população prisional que respondem processo na Justiça Federal

28. É informado na elaboração do relatório que: “Note-se que a análise das variações em questão conduz à conclusão de que os dados relativos ao total de presos provisórios demonstraram desvio superior a 20% entre o levantamento realizado junto aos Tribunais de Justiça e as outras duas fontes de referência (CNIEP e INFOPEN) nos seguintes Estados: Acre, Amazonas, Bahia, Ceará, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo. Note-se que embora o quantitativo total de réus presos e de presos provisórios seja um dado marcadamente dinâmico, o desvio verificado pode indicar inconsistência da informação apresentada. Por tal razão, se faz recomendável um tratamento posterior destas informações com vistas à checagem de sua consistência. CNJ (2017) op. cit., p. 21.

no sistema prisional é de 250.318 conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias -INFOPEN- de 2014. O Rio Grande do Sul apresentava no mesmo período de divulgação dos dados do CNJ o expoente de 19.162 pessoas em situação de prisão preventiva.

Agregue-se o fato de que pessoas que aguardam julgamento costumam permanecer em situação de cárcere por tempo excedente ao da pena que será aplicada posteriormente. Segundo os dados do CNJ, uma pessoa em situação de privação de liberdade aguarda em média 1 ano e 3 meses antes de ser julgada. O RS apresentou a média de 437 dias, o que equivale há 1 ano, 2 meses e 12 dias, ou seja, apresenta um número bem próximo da média nacional.

No decorrer do ano de 2016, o fluxo de apenadas ingressas nos PEFMP chegou à somatória de 1.086 mulheres²⁹. Dessa totalidade, 664 mulheres sequer tornaram-se presas preventivas, dado o fato da expedição da concessão de liberdade logo após o ingresso na unidade prisional. Excluindo-se essas, chegamos à soma de 422 mulheres presas preventivamente no PEFMP acusadas de infringirem a lei (importante ressaltar que atualmente o efetivo prisional da instituição prisional é de 230 vagas). Analisando-se todas as concessões de liberdade, 392 mulheres foram libertas e 15 condenadas a penas ínfimas, sendo transferidas imediatamente para o regime semi-aberto, conforme artigo 33, inciso 2, alínea b do Código Penal Brasileiro³⁰. Abaixo, gráfico com a sistematização dos dados relacionados ao motivo da concessão de liberdade no ano de 2016 no PEFMP:



29. Dado levantado pela pesquisadora através de consulta ao Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do RS – INFOPEN.

30. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984): b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 24 de setembro de 2017.

Diante dos dados apresentados, levantamos a discussão a cerca da manutenção da prisão preventiva enquanto justificativa para a manutenção da ordem pública, ante o fato que supostamente as 1.086 mulheres ingressas no ano de 2016 no PEFMP, que tiveram suas prisões decretadas, em liberdade poderiam cometer novos delitos e ocasionar danos irreversíveis à sociedade, aqui entendido enquanto puro clamor social, que ocorre quando há a sensação de impunidade e descrédito devido à morosidade judicial. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal Federal:

O clamor popular não autoriza, por si só, a custódia cautelar. Sem periculum in mora não há prisão preventiva. O clamor popular nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime. Sob tal pálio, muita injustiça pode ser feita, até linchamentos (físicos ou morais). Por essa razão, a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva. Garantir a ordem pública significa impedir novos crimes durante o processo. Nesse sentido: “A repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva” (STF, RT, 549/417/DF)

Durante minha atuação profissional no último quinquênio, me deparei com diversas situações relacionadas ao contexto de violência, opressão, expiação, infantilização e docialização de corpos, punição, violação de direitos oriundos de diversos atores sociais, incluindo-se nesse rol de agentes de punição a polícia, o Estado e o Sistema de Justiça Criminal. Nessa esteira:

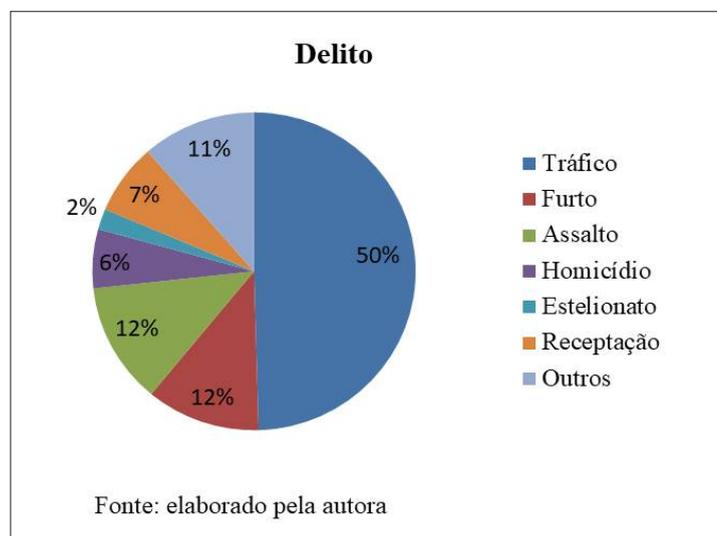
Como mecanismo de controle, o SJC, entretanto, não está só, mas inserido na mecânica global de controle social, de tal modo que não se reduz ao complexo estático da normatividade nem da institucionalidade, mas é concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem não apenas as instituições do controle formal, mas o conjunto dos mecanismos do controle social informal, a saber, família, escola (desde a pré-escola até a pós-graduação, especialmente as escolas formadoras dos operadores do SJC), mídia falada (TV) escrita (jornais, literatura, romances, histórias em quadrinho) e informática, moral, religião, mercado de trabalho. Existe, portanto, um macrossistema penal formal, composto pelas instituições oficiais de controle, circundado pelas instituições informais de controle, e nós integramos e participamos da mecânica de controle, seja como operadores formais ou equivalentes, seja como senso comum ou opinião pública. (ANDRADE, 2012, p.133).

Buscando avaliar cientificamente a compreensão sobre os dados apresentados pelo CNJ e as informações levantadas sobre a prisão preventiva no contexto de mulheres encarceradas no PEFMP, se propõe que o presente

estudo apresente uma abordagem empírica qualitativa, que para além de comprovar uma evidência inicial a partir de não somente as observações vivenciadas pela pesquisadora na realidade do cotidiano do trabalho prisional, mas também da análise dos dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo essa uma instituição pública, que pretende aperfeiçoar o trabalho realizado pelo sistema de justiça no Brasil especialmente no que tange ao controle e à transparência administrativa e processual. As informações aqui contidas buscam produzir conhecimento e através deste, deslocar o senso comum para a abordagem crítica e relevante, conduzindo assim à transformação para o conhecimento científico e legitimado, através da análise da gama de dados explanados no presente estudo:

É preciso desconfiar das recusas sectárias que se escondem e tentar, em cada caso, mobilizar todas as técnicas que, dada a definição do objeto, possam parecer pertinentes e que, as condições práticas de recolha dos dados, são praticamente utilizáveis. [...] Em suma, a pesquisa é uma coisa demasiado séria e demasiado difícil para se poder tomar a liberdade de confundir a rigidez, que é o contrário da inteligência e da invenção, com o rigor, e se ficar privado deste ou daquele recurso entre os vários que podem ser oferecidos pelo conjunto das tradições intelectuais da disciplina – e das disciplinas vizinhas: etnologia, economia, história. Apetecia-me dizer: “É proibido proibir” ou “Livrai-vos dos cães de guarda metodológicos” (BOURDIEU, 2002, p.26)

No contexto do PEFMP, em 2016 foram assim sistematizados os delitos cometidos por mulheres:



No Brasil, 45% das pessoas privadas de liberdade encontram-se nessa situação por crimes cometidos sem violência, considerando a população prisional de 2014³¹. Ainda segundo o relatório INFOPEN DE 2014, 41% da população carcerária são de presos provisórios, ou seja, que ainda não foram julgadas, sendo a média de 39% homens ao passo que as mulheres representam 44,7% de prisões provisórias. Na conjuntura do aprisionamento feminino, o aumento exponencial de encarceramento de mulheres se dá majoritariamente pelo delito de tráfico de drogas, sendo a atual política de “guerra às drogas” o principal motivo dessas prisões. No contexto nacional, os dados apresentam a estimativa de 64% de mulheres presas por tráfico, já no cenário do PEFMP, as mulheres correspondem a 50% pelo mesmo crime. Importante ressaltar que dentro do contexto do tráfico, mulheres geralmente possuem funções hierárquicas inferiores as dos homens, em outras palavras, atuam enquanto coadjuvantes no cenário do tráfico, exercendo funções subalternas³², longe de figuras como “chefe do tráfico”, sendo assim, tornam-se mais propensas à prisionização devido a sua posição vulnerável na escalada hierárquica do tráfico, geralmente representadas enquanto *Bucha* – que se encontravam presente na cena no momento que são efetuadas as prisões – *Mula* – que realiza o transporte da droga para outros locais – *Vapor* – atua no varejo de drogas, negociando pequenas quantidades³³.

Partimos então do entendimento que o exponencial aumento de prisões preventivas femininas não é compreendido enquanto corolário da política de segurança pública, mas sim enquanto instrumento de controle social exercido na essência patriarcal da política criminal brasileira, com respaldo de Vera Regina pereira de Andrade:

Evidente que o funcionamento interno do sistema penal somente adquire sua significação plena quando reconduzido ao sistema social (à dimensão macrossociológica) e inserido nas estruturas profundas em ação que o condicionam, a saber, o capitalismo e o patriarcado que ele expressa e contribui para reproduzir e relegitimar, aparecendo desde sua gênese como um exercício de poder e controle seletivo classista e sexista (além de racista), no qual a estrutura e o simbolismo de gênero operam nas entranhas de sua estrutura conceitual, de seu saber legitimador, de suas instituições, a começar pela linguagem: eis o sentido da seletividade. Ora, nisso, o sistema penal replica

31. Conforme o relatório INFOPEN de 2014.

32. SOARES, Barbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. Prisioneiras: Vida e Violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

33. SOARES e ILGENFRITZ (2002) op. cit.,

a lógica e a função real de todo o mecanismo de controle social, que, se em nível micro implica um exercício de poder e de produção de subjetividades (a seleção binária entre o bem e o mal, o masculino e o feminino), em nível macro implica um exercício de poder (de homens e mulheres), reprodutor de estruturas, instituições e simbolismos. O sistema penal ocupa, assim, um importantíssimo lugar na manutenção do *status quo* social³⁴.

Conforme o relatório nacional do INFOPEN de 2014, no qual se afirma que há uma grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos oficiais dos governos – mesmo sendo o maior percentil em crescimento da população carcerária em nível mundial – o que acaba contribuindo para a invisibilidade das necessidades dessas mulheres: “A preocupação em apresentar integralmente o mundo da prisão feminina pode ser entendida como propósito de dar a conhecer um contexto, que até pouco tempo, só tinha sido pensado em referência ao universo masculino – como um anexo, ou, pior ainda, como um erro.” (ESPINOZA, 2004, p.83).

Após a análise dos dados sobre a permanência em situação de prisão preventiva no contexto das mulheres encarceradas no PEFMP e da apreciação das informações contidas no relatório INFOPEN de 2014 passamos a explicar as seguintes considerações: Visto que durante o ano de 2016 o PEFMP recebeu 1.086 mulheres acusadas de incorrer na prática de delitos e dessa totalidade apenas 15 terem recebido condenação tendo sua progressão de regime sucedida ainda em 2016, nos leva a concluir que manter essas mulheres em situação de prisão preventiva não condiz com a justificativa de manutenção da ordem pública diante da possibilidade das mesmas causarem danos irreversíveis à sociedade, mesmo porque dos delitos praticados, uma parcela ínfima configura-se perpetrado com violência, como por exemplo na percentagem de apenas 6% envolvidas na prática de crime de homicídio.

Nesse sentido:

Mas é precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e o senso comum ou opinião pública – que perpetua o ilusionismo, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções. Resulta daí uma eficácia simbólica, sustentadora da eficácia instrumental invertida. A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade e os bens

34. ANDRADE (2012) op. cit., p. 140.

jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça)³⁵

A eficácia invertida no contexto do encarceramento feminino configura-se então como instrumento de controle, diante da política criminal e da dinâmica do sistema prisional incutir a transformação da mulher delinvente à mulher subserviente, de acordo com os padrões patriarcais. O suposto ideal reabilitador tão difundido para a justificativa da pena de prisão, na conjuntura do aprisionamento feminino, serve como reprodutor de desigualdades e imposição da cultura sexista em manter a adequação da mulher ao papel socialmente imposto, de boas filhas, esposas e mães. Nesse sentido a aplicação em demasia da prisão preventiva em relação às mulheres acusadas de transgredirem a lei, configurasse enquanto ferramenta de manutenção do *status quo*:

Para compreender o mecanismo geral de reprodução do *status quo* da nossa sociedade, contemporaneamente patriarcal e capitalista, faz-se necessário ter presente não apenas a importância estrutural da separação entre esfera pública e privada, mas também, da complementaridade dos mecanismos de controle próprios dos dois círculos. Em um corpo social como o nosso, a divisão entre público e privado, formal e informal, constitui um instrumento material e ideológico fundamental para o funcionamento de uma economia geral do poder, na qual todas as várias relações de domínio encontram o seu alimento específico e, ao mesmo tempo, se entrelaçam e sustentam. (BARATTA, 1999, p. 47-48).

Diante do fato da prisão preventiva constantemente ser utilizada em demasia pelo Sistema de Justiça Criminal como justificativa da manutenção da ordem pública e essa justificativa ser imbuída de valorização e moralismos patriarcais no que concerne à categoria do aprisionamento de mulheres, opera-se então a necessidade de discutir a questão de subserviência feminina ser utilizada enquanto ferramenta de controle social e domínio androcêntrico pelos atores sociais operadores do sistema de justiça.

4. CONCLUSÃO

Ao realizar a construção do presente trabalho, apresentamos a explanação de uma possível dicotomia no que concerne a discussão sobre os dados do superencarceramento brasileiro: de um lado a conceituação de mito diante da

35. ANDRADE (2012) op. cit., p. 136.

sustentação de argumento que considera somente presos preventivos aqueles que se encontram dentro de uma instituição prisional de acordo com os critérios de instituição internacional que versa os comparativos do sistema prisional em escala global; e do outro a premissa que diante da realidade brasileira apresentar o aspecto de manutenção de presos provisórios em delegacias e carceragens devido a grave crise do sistema prisional no que se refere ao déficit de vagas, o superencarceramento deve ser tratado como situação concreta e não como mito. Levantamos a possibilidade do sistema de justiça criminal estar imbuído “[...] do imperialismo ideológico, que impõe à América Latina o consumo de teorias importadas [...]”³⁶, traduzindo-se na refutação do superencarceramento brasileiro, mesmo quando os órgãos oficiais de justiça sustentam que a descarceirização é matéria que urge no contexto carcerário brasileiro, indicando inclusive a adesão das alternativas penais, seja na matéria de medidas cautelares ou na aplicação de penas restritivas de direitos.

Dentro do viés do superencarceramento enquanto realidade concreta, elucidamos as estatísticas apresentadas no contexto de mulheres encarceradas, diante do fato do aumento exponencial desse nicho específico disparar em mais de 500% nos últimos anos. Buscamos apontar para a hipótese da invisibilidade sobre os dados do encarceramento feminino brasileiro perdurado por setenta e oito anos indicar a subalternidade e sujeição histórica as quais foram incutidas às mulheres que transgrediram ao paradigma do patriarcado, tendo como desígnio o ingresso no sistema prisional. Integra-se a essa discussão o apontamento do sistema penal ser utilizado enquanto ferramenta de controle social informal na perspectiva da reprodução do capitalismo patriarcal³⁷, como bem assevera Andrade (2012): “Em primeiro lugar, funciona como um mecanismo público (masculino) de controle dirigido primordialmente aos homens enquanto operadores de papéis masculinos na esfera pública da produção material. A pena pública é o instrumento deste controle.”³⁸

Corroborando a ideia que o sistema penal reforça a imposição de papéis e estereótipos utilizados enquanto matéria do controle social, apresentamos os dados sobre a população prisional de mulheres do Presídio Estadual Feminino Madre Pelletier. Os dados evidenciaram que a decretação de prisão preventiva demonstra ineficácia enquanto justificativa da

36. SANTOS, Juarez Cirino dos. As raízes do crime. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio De Janeiro: Forense, 1984, p. 71.

37. ANDRADE (2012) op. cit., p. 144.

38. ANDRADE (2012) op. cit., p. 144.

manutenção da ordem pública, pois das 1.086 mulheres que ingressaram na instituição prisional no ano de 2016 somente 15 receberam condenação de privação de liberdade, sendo que essas condenações deveriam ser cumpridas no regime semi-aberto, ao passo que as penas foram estipuladas em um período mínimo de quatro anos e máximo de oito, ou seja, são consideradas penas brandas. O que demonstra que essas 15 mulheres condenadas não apresentavam perfil que pudesse colocar em risco a manutenção da ordem pública, caso contrário teriam recebido uma condenação superior e teriam de cumprir a pena privativa de liberdade no regime fechado, por ser esse em síntese mais rigoroso. Nesse sentido aventamos que a manutenção da prisão preventiva no contexto do aprisionamento feminino além de revelar ineficácia – enquanto justificativa da ordem pública – representa os mecanismos de controle social utilizados pelo sistema econômico vigente para a repressão e sustentáculo da seletividade penal e do poder de punir do Estado no contexto do sistema penal brasileiro. Para encerrar, citamos Holloway para que sirva de recurso no avanço das discussões sobre o controle penal: “*Na medida que as instituições estatais refletem e defendem os interesses de uma classe ou classes específicas, a coerção não é apenas uma ameaça, ela é imposta, e resistir a essa coerção não é barbárie, mas reflexo de sua humanidade*”³⁹.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

BARATTA, Alessandro. **O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Coord.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan; ICC, 2011.

BRASIL. **Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 24 de setembro de 2017.

BOURDIEU, Pierre. **Introdução a uma Sociologia Reflexiva**. In: BOURDIEU, Pierre. O poder Simbólico. Rio de 5.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p.17-58.

CARPES, Bruno Amorim. **O mito do encarceramento em massa**. Estadão, 2017. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-mito-do-encarceramento-em-massa/>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

CENSO DEMOGRÁFICO 2010. **Característica da População e dos Domicílios**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf. Acesso em 17 de novembro de 2017.

39. HOLLOWAY, Thomas H. Polícia no Rio de Janeiro. Repressão e Resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Reunião Especial de Jurisdição**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro 2016**. – Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em 24 de setembro de 2017.

CORREIA, Sandra. **Infames e Infantes: Violações de direitos das crianças através de mulheres privadas de liberdade**. In: Anais do VI Seminário Internacional, Direitos Humanos, Violência e Pobreza: A situação de crianças e adolescentes na América Latina. Rio de Janeiro, Editora Rede Sirius/UERJ, 2016. Disponível em http://www.procalc.etc.br/VI_SEMINARIO/assets/pdfs/gti/Sandra%20Correia%20GT01.pdf. Acesso em 13 de setembro de 2017.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**; Tradução Paulo Neves. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção tópicos)

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p. (Monografias ; 31).

FEDERICI, Sílvia. **Calibá e a Bruxa. Mulheres, Corpos e Acumulação Primitiva**. Tradução: coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

HOLLOWAY, Thomas H. Polícia no Rio de Janeiro. **Repressão e Resistência numa cidade do século XIX**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

INFOPEN. **Sistema Nacional de Informações Penitenciárias**. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

KARPOWICZ, Débora Soares. **Do convento ao cárcere: do caleidoscópio institucional da Congregação Bom Pastor D'Angers à Penitenciária Feminina Madre Pelletier (1936-1981)**. Tese (Doutorado em História), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017

MARTIL, Daiana Maturano Dias; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de. **ENCARCERAMENTO FEMININO: a (in)eficácia da política criminal enquanto violadora de direitos**. Seminário Internacional Fazendo Gênero. Florianópolis, 2017. No prelo.

SANTA RITA, Rosângela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. Faculdade de Serviço Social, 2006.

SANTOS, Juares Cirino dos. **As raízes do crime. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência**. Rio De Janeiro: Forense, 1984.

SOARES, Barbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. Prisioneiras: **Vida e Violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

ZERO HORA. **Região Metropolitana registra 264 presos em delegacias e viaturas**. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/09/regiao-metropolitana-registra-264-presos-em-delegacias-eviaturascj7pci39700kq01npbja448oy.html>. Acesso em 24 de setembro de 2017.

A CARACTERIZAÇÃO DE “FUNDADAS RAZÕES” A INDICAR ESTADO DE FLAGRANTE DELITO EM CASOS DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER

Gabrielle Cenci¹

1. INTRODUÇÃO

É pauta de intenso debate doutrinário e jurisprudencial a relativização da garantia fundamental à inviolabilidade do domicílio, prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, tendo em vista o momento sociológico e criminológico vivenciado pelo Brasil, especialmente quando se considera a “guerra às drogas” perpetuada pelo Poder Executivo. Tal gancho é necessário à introdução da temática discutida no presente artigo, uma vez que foi com base nas ocorrências de nulidade probatória por violação do direito fundamental à privacidade do domicílio que o Supremo Tribunal Federal firmou o critério das “fundadas razões”, isto é, circunstâncias que permitam que a autoridade policial, *a priori*, acredite que, dentro da residência, o agente delitivo esteja em estado de flagrante delito.

Todavia, o que se busca debater, aqui, são as circunstâncias que poderiam vir a caracterizar fundadas razões para a entrada do agente policial no domicílio, sem autorização judicial, em casos nos quais se investiga a suposta prática do delito de ocultação de cadáver, previsto no artigo 211 do Código Penal. Justifica-se a discussão, no ponto, pela incidência de casos em que, após a prática de homicídio, o acusado visa a esconder a prova da materialidade do crime previsto no artigo 121 do Código Penal, e oculta o cadáver na própria residência. Não pode, porém, o policial entrar no domicílio baseado somente em mera suposição infundada da prática delitiva, porquanto tal conduta seria violação expressa da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. Assim, cabe ao agente policial compreender, antes do cumprimento da diligência de busca domiciliar, se existem indícios

1. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais/UFRGS. Estagiária no Gab. Des. Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª Câmara Criminal/TJ-RS. Monitora de Direito Penal II, sob a orientação do Prof. Odone Sanguiné.

do efetivo flagrante delito no interior da residência.

Para tanto, primeiramente, aprofunda-se o estudo acerca da inviolabilidade do domicílio em si, e de como tal garantia figura no rol dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988. Após, passa-se a contrapor o direito à privacidade, assegurado pelo Estado ao cidadão, com o dever estatal de prestação de segurança pública adequada e repressão à prática delitiva. Ainda, disserta-se a respeito do delito de ocultação de cadáver em espécie e de suas ocorrências no estado do Rio Grande do Sul e do Brasil. Por derradeiro e sob a forma de intensa pesquisa jurisprudencial, busca-se compreender o que a jurisprudência logrou assentar como fundadas razões, verificadas *a priori* pelo agente policial, para o ingresso forçado na residência, para evitar posterior reflexo no processo penal, sob a forma do reconhecimento de nulidade na prova colhida.

2. A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A NULIDADE DECORRENTE DA PROVA QUE O VIOLA

O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, é expresso ao dispor 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”. Isto significa que é estabelecida uma regra, de hierarquia constitucional, cujas exceções limitam-se aos casos enunciados pelo constituinte e que, por sua estatura na ordem jurídica, demanda estrito respeito por todos os cidadãos brasileiros, incluídos os oficiais de estado.

Assim é, pois, que se cuida de direito fundamental, cuja importância na tradição jurídica brasileira se revela inclusive no curioso fato de que mesmo a Constituição de 1967 – elaborada às vésperas do período que viria a ser conhecido como “Anos de Chumbo” do regime militar na História do Brasil, um dos momentos em que mais se relativizaram as garantias fundamentais na experiência jurídica nacional – não ousou afastar o direito à inviolabilidade do domicílio, previsto em seu artigo 150, § 10².

Daí que se parte ao estudo do direito à inviolabilidade do domicílio *per*

2. Art 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 10 – A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

se. A doutrina compreende que este é listado no rol de direitos fundamentais porquanto é prima sua importância para a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que grande parte – se não toda – a vida íntima e privada do cidadão desenvolve-se a portas fechadas (SARLET³, 2016, p. 113), sendo quase que uma ramificação derivada do direito à privacidade. Além disso, “busca-se preservar não somente a privacidade do indivíduo, como, por igual, o seu direito de propriedade, a sua liberdade, a sua segurança individual, a sua personalidade” (MENDES, 2014, p. 289).

A entrada no domicílio do cidadão só pode ser autorizada sob duas circunstâncias deveras específicas: a) quando houver o consentimento do morador; ou b) quando a situação caracterizar uma das hipóteses excepcionais previstas no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, quais sejam “em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. É, porém, desnecessário adentrar o mérito de eventual desastre ou prestação de socorro, cabendo abordar, no presente estudo, somente a questão referente ao flagrante delito, que, de acordo com o exposto no próprio dispositivo constitucional, é restrição ao direito à inviolabilidade do domicílio.

Em que pese o debate quanto à definição do termo “domicílio” possa ser acirrada, gerando dúvida acerca do próprio objeto da tutela do direito em tela, o constituinte de 1988 fez uso da expressão “casa” – que, neste ponto, deve ser estudada em caráter amplo. Portanto, tendo em vista que o âmbito da norma visa, em essência, proteger o exercício da própria vida privada com plena liberdade individual, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento⁴ no sentido de que a garantia da inviolabilidade do domicílio abrange, pois, “(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade”⁵, nos termos, também, do próprio tipo penal de violação de domicílio, previsto no artigo 150 do Código Penal, mais especificamente em seu § 4º.

Ademais, importa destacar que cumpre ao Poder Judiciário, enquanto

3. Cf. SARLET, “(...) a íntima conexão da garantia da inviolabilidade do domicílio com a esfera da vida privada e familiar lhe assegura um lugar de honra na esfera dos assim chamados direitos da integridade pessoal.”

4. A propósito, cita-se o julgamento do RE nº 251.455/GO, em 21 de junho de 2000, e, após, o *Habeas Corpus* nº 82.788/RJ, em 12 de abril de 2005.

5. Cf. Minº Celso de Mello, em decisão liminar no Mandado de Segurança nº 23.595/DF, publicada em 17 de dezembro de 199. Disponível no Informativo nº 184 do Supremo Tribunal Federal, p. 14.

defensor de direito material violado ou em ameaça de violência, sendo inerente à sua atribuição a defesa dos direitos fundamentais tanto quanto quaisquer outros estipulados pelo ordenamento jurídico (MENDES, 2014, p. 153). Portanto, seria ilógico pressupor que o Poder Judiciário, na função de julgador, possa permitir – e, por tal meio, legitimar – a violação de direito fundamental, uma vez que isto seria simplesmente ir contra a obrigação que a própria Carta Magna lhe instituiu, no artigo 5º, inciso XXXV⁶.

A partir deste breve panorama acerca da inviolabilidade do domicílio enquanto direito fundamental, busca-se evidenciar como a prova torna-se automaticamente nula quando colhida por meio que viola tal garantia. Todavia, o aprofundamento no tópico requer uma análise mais detalhada na formação da prova em si, e nos desdobramentos que a coligação de uma prova ilícita aos autos pode acarretar quando do curso do processo penal.

Tendo em vista que “o fato jurídico substancial passa a depender, em grande medida, de sua prova em juízo, bem como dos eventuais desvios que aí possam ser cometidos” (KNIJNIK, P. 6-7), compreende-se que todo o processo jurídico é e deve ser moldado em torno da prova, uma vez que esta é elemento de convicção do julgador. Segundo DINAMARCO, a função da prova propriamente dita, enquanto atividade probatória, nada é além de permitir esclarecer a verdade acerca dos fatos concernidos naquele processo (2001, p. 43, apud LIMA, 2011, p. 833).

Sabidamente, o ordenamento jurídico brasileiro, como tantos outros, adotou o sistema do livre-convencimento motivado do julgador para a avaliação da prova, que requer uma persuasão racional e devidamente motivada quando da tomada de decisão, sob pena de violação ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal⁷. Contudo, a prova, antes de ser acostada aos autos do processo, passa por um juízo prévio de credibilidade, a avaliar sua legalidade. Tal necessidade surge, seguramente, de uma limitação ao direito à prova – que, muito embora tão constante do rol dos direitos fundamentais quanto a própria inviolabilidade do domicílio, também não é absoluto –, visando proteger o réu, ou seja, a parte mais fraca na relação processual penal (notadamente, fala-se,

6. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

7. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

aqui, das ações penais de natureza pública, nas quais o Estado toma parte na persecução penal como agente acusatório, através do *parquet*).

Conforme LIMA, “em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço” (2011, p. 883). Evidentemente, é inapropriado que o próprio Estado legitime a violação de direitos processuais durante um procedimento no qual se busca o julgamento de um ilícito, porquanto fazê-lo seria violar diretamente um direito fundamental ou uma garantia constitucional assegurada pelo próprio ordenamento jurídico.

Como se sabe, o mote fundamental do Estado de Direito é a vinculação de todos à lei, incluídos as próprias autoridades de Estado responsáveis pelas investigações criminais. Por conseguinte, num estado que se pretenda de Direito, certamente, não se pode admitir o emprego de prova maculada de ilicitude – especialmente, quando esta tem fonte em violação de direito fundamental. Fazê-lo implica a legitimação indireta do(s) ato(s) ilícito(s) praticados durante a produção da prova, pois que se deixa de aplicar as regras a todos os agentes que a elas deveriam estar submetidos, retirando-se as consequências sancionadoras da ilicitude que contamina a prova: o ato ilegal, assim, alcança o propósito do agente por ele responsável, servindo de elemento de prova. Ademais, sendo a prova elemento disponível à convicção do julgador, por certo a evidência, quando trazida ao processo, deve vir livre de vícios decorrentes da ilicitude de sua obtenção – até mesmo em decorrência do que veio a ser conhecida como a “teoria dos frutos da árvore envenenada” (“*fruits of the poisonous tree*”)⁸.

Embora as raízes da doutrina venham do preceito bíblico que que uma árvore envenenada é virtualmente incapaz de gerar bons frutos⁹, o uso jurídico da expressão foi cunhado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1920, quando do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*¹⁰, e

8. Neste sentido, esta doutrina é amplamente aplicada tanto pelos Tribunais de Justiça, quanto pelas Cortes Superiores, em diversas decisões em que se trata sobre nulidade probatória. *Exempli gratia*, o REsp 1558004/RS, julgado pela Sexta Turma da Corte Superior em 22 de agosto de 2017, no qual se entendeu que “é nula a prova derivada de conduta ilícita”. No mesmo sentido, o REsp 1630097/RJ, julgado em 18 de abril de 2017 pela Quinta Turma do STJ. Quanto à aplicação em decisão de segundo grau de jurisprudência, tem-se a Apelação Crime nº 70072030273, julgada pela Terceira Câmara Criminal do TJRS, com voto do Des. Relator Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 23 de agosto de 2017, e a Apelação Crime nº 70073302465, do Des. Relator Jayme Weingartner Neto, da Primeira Câmara Criminal do TJRS, julgado em 28 de junho de 2017.

9. Evangelho de Mateus, 7:17-19. “Assim, toda a árvore boa produz bons frutos, e toda a árvore má produz frutos maus. Não pode a árvore boa dar maus frutos; nem a árvore má dar frutos bons. Toda a árvore que não dá bom fruto corta-se e lança-se no fogo.”

10. Cuidava-se, no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, de apuração de possível prática de ilícito por sonegação de tributos federais devidos pela empresa *Silverthorne Lumber Co.* A ocasião, os agentes federais responsáveis pela investigação do contexto fático realizaram cópias irregulares – e não autorizadas – dos livros fiscais da sociedade empresária. Embora efetivamente descoberta a fraude através das cópias ilegais, a Corte Superior norte-americana decidiu que a admissão de provas ilícitas

é de vital importância quando se estuda o processo através do qual a prova obtida por violação ao domicílio do réu torna-se imediatamente ilícita e, por consequência, nula. Sumariamente, tal teoria aduz que toda e qualquer prova obtida por meio de violação a direito fundamental anteriormente estabelecido é, automaticamente, ilícita.

O direito brasileiro cristaliza a aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada” a partir do *princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*, previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Nesse sentido, porém, insta frisar que o direito brasileiro efetivamente admite a prova ilícita em duas situações: “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre as duas situações e quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157, p. 1º, CPP).” (GIACOMOLLI, 2015, p. 180).

Ainda mais relevante ao escopo do presente artigo, evidencia-se o uso prático desta doutrina face às inúmeras¹¹ ocorrências de reconhecimento de nulidade de prova obtida através de violação ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Todavia, tal entendimento não é pacificado na jurisprudência, sendo que houve intensa controvérsia doutrinária quanto aos limites relativos à exceção referente ao flagrante delito – criando-se, assim, a figura das “fundadas razões”, que força o julgador a analisar o caso concreto para determinar se, *a priori*, o agente de segurança pública percebeu caracterizada a situação de flagrante delito que justifica a entrada no domicílio sem autorização judicial *ou* consentimento do morador, ponto este que se passa a aprofundar.

3. OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À INVIO- LABILIDADE DO DOMICÍLIO E A CARACTERIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO

Em 05 de novembro de 2015, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616, o Supremo Tribunal Federal definiu os limites relativos à entrada de autoridades policiais em domicílio sem autorização policial e

ao processo seria violação direta à Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, adotada em 1º de março de 1792, cujo teor visa proteger o cidadão contra buscas e apreensões indevidas, proibindo-as a menos que haja uma autorização judicial devidamente fundamentada (“[...] *no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*”).

11. (Apelação Crime Nº 70072337868, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 10/05/2017), (Apelação Crime Nº 70072383458, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 03/05/2017), (Apelação Crime Nº 70070638267, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 23/11/2016),

sem consentimento do morador, determinando quais espécies de situações poderiam ser consideradas enquadradas na exceção ao direito à inviolabilidade feita na própria Constituição Federal – qual seja, a hipótese de flagrante delito. No caso em questão, a Corte Suprema julgava caso concreto em que agentes policiais, sob indicação do corréu, apreenderam 8,5 kg (oito quilos e quinhentos gramas) de cocaína, no veículo do recorrente, que, à ocasião dos fatos, encontrava-se estacionado na garagem dentro de sua residência.

Quando da interposição do Recurso Extraordinário que viria a tornar-se marco na jurisprudência relativa aos limites da cláusula de inviolabilidade do domicílio, o recorrente, através de sua defesa técnica, questionou a licitude das provas colhidas a partir da entrada dos policiais em sua residência sem mandado de busca e apreensão válido. O voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, inicialmente, realizou breve análise de direito comparado acerca do direito à inviolabilidade do domicílio em diversos ordenamentos jurídicos, ressaltando que diversas Cartas Magnas, tal qual a nossa própria, expressam exceção a este direito fundamental nas hipóteses de flagrante delito. Todavia, em que pese o Ministro tenha reconhecido que a busca e apreensão é, efetivamente, medida de natureza invasiva, também a julgou necessária para a apuração da prática de ilícitos, sob o devido controle.

Em se tratando de crime permanente – como o tráfico de drogas –, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo, antes do REx 603.616/RO, que a própria natureza do delito já dava azo à entrada dos agentes de segurança pública no domicílio, ainda que sem autorização judicial¹². A argumentação da Corte Suprema para firmar tal orientação baseava-se no fato de que o crime permanente segue sendo praticado até sua cessação. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, “se dentro do local protegido o crime permanente está ocorrendo, o perpetrador estará cometendo o delito” (p. 17). Uma vez que o crime permanente se propaga no tempo, então, resta evidentemente caracterizada a situação de flagrante delito – permitindo, portanto, a entrada forçosa na residência do agente.

Todavia, embora esse entendimento possa parecer deveras simples, o ponto que acabou por gerar intensa controvérsia jurisprudencial era quanto à convicção do agente policial que, a partir do ingresso forçado na

12. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes cita os seguintes recursos: “RHC 91.189, Rel. Minº Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 9.3.2010; RHC 117.159, Relator Minº Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.11.2013; RHC 121.419, Relator Minº Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 2.9.2014” (p. 17).

residência, relativiza o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Neste sentido, a conclusão lógica é que, para que a diligência da autoridade policial seja lícita (e não venha a gerar prova obtida por meio ilícito), o agente que ingressa forçosamente no domicílio do réu deve verificar, *ex ante*, a existência de circunstâncias que o presumir que, dentro daquele local, está configurada a ocorrência de flagrante delito.

A ponderação que se faz, neste ponto, é entre dois direitos fundamentais assegurados por força constitucional: o direito à inviolabilidade do domicílio e o direito à segurança pública – que, nos casos de flagrante delito, mostra-se pela apuração e repressão do ilícito cometido. Isto porque, em que pese os direitos fundamentais tenham lugar de destaque na avassaladora maioria das Constituições dos mais variados ordenamentos jurídicos, estes não são absolutos, tampouco imutáveis; em verdade, sua natureza é de difícil definição, e o rol de garantias fundamentais experimenta alterações a cada momento histórico em que lhe seja devido¹³.

Por oportuno, insta debater, brevemente, acerca do cabimento de impor limites aos direitos fundamentais outrora garantidos pelo constituinte. Estas limitações, adequadamente batizadas de reservas legais, são “autorizações constitucionais que fundamentam a possibilidade de o legislador restringir direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 409), uma vez que não se trata de uma proibição *per se* dirigida ao titular do direito que se busca restringir. A interpretação dos direitos fundamentais, na maioria das Cortes Constitucionais, dá-se sob o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), que, de acordo com o pensamento de Alexy, traz a ideia de otimização; isto é, de que princípios são normas que exigem ser realizadas da melhor forma possível, dentro das possibilidades legais e fáticas (ALEXY, 2001).

Portanto, o que se verifica é a existência de limites aos direitos fundamentais, porquanto estes não podem ser absolutos ao ponto de justificar grave violação a outra garantia estipulada no ordenamento jurídico. Tendo em vista que uma ressalva a um direito fundamental exige, necessariamente, um fundamento constitucional (SARLET, 2015, p. 410), no caso da inviolabilidade de domicílio, é necessária uma situação fática que permita

13. Exemplo disso é a perspectiva histórica das três gerações dos direitos fundamentais, sendo a primeira referente aos direitos consagrados na Revolução Americana e na Revolução Francesa, enquanto a segunda abrange os chamados direitos sociais (ligados à justiça social), e a terceira, os direitos de titularidade coletiva. Cf. Mendes, “A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão.” (2014, p. 137).

ultrapassar o “filtro constitucional” instituído no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Não é qualquer circunstância fática que autoriza a violação grave e direta à garantia fundamental em questão; daí a necessidade de verificação de efetiva ocorrência de situação enquadrada naquelas que restringem a tutela constitucional – flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou autorização judicial. Neste sentido,

pelo fato de as normas constitucionais não deverem ser aplicadas mediante a simples exaltação dos valores aos quais se acham referidas, como se tais valores fossem por si só evidentes no que diz com seu conteúdo e alcance (basta ver, em caráter ilustrativo, o que ocorre no que diz com o uso retórico e mesmo panfletário da dignidade da pessoa humana e da própria proporcionalidade), sendo sempre necessária uma fundamentação intersubjetivamente controlável, não basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente, cabendo, portanto, ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais conferir importância distinta aos valores por eles densificados, sempre atento às circunstâncias do caso concreto, mas também igualmente receptivo às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado. (SARLET, 2015, p. 412).

Impõe-se, porém, a criação de *limites aos limites dos direitos fundamentais*, sob pena de esvaziamento da própria garantia fundamental anteriormente estabelecida. Se qualquer situação fática justifica a violação ao domicílio, é inócua a existência do direito à inviolabilidade do domicílio, em primeiro lugar. Trata-se de uma aplicação direta do princípio da proporcionalidade, a instituir tanto a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)¹⁴, buscando-se um equilíbrio que preze à mínima eficácia de um direito fundamental, para que não haja um completo esvaziamento que retire seu caráter de garantia fundamental.

Neste sentido, tem-se as restrições expressas no próprio texto constitucional, a denotar que a inviolabilidade do domicílio não é absoluta. Quanto ao específico caso do flagrante delito, MENDES leciona que “A qualquer momento é lícito o ingresso no domicílio alheio em caso de flagrante delito, conceito que cabe ao legislador definir. A polícia, dando perseguição ao agente que acabou de cometer um crime, e que se homiziou na sua casa, pode adentrá-la. Quebrado o flagrante, contudo, a invasão é proibida” (2015, p. 292). Portanto, a regra é a inviolabilidade do domicílio; as exceções, então, são o mandado de

14. Cf. SARLET, “(...) em geral já aceitam a ideia de que o princípio da proporcionalidade possui como que uma *dupla face*, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção.” (2015, p. 415).

busca e apreensão, e, de forma que deveria ser ainda mais excepcional, o ingresso forçado dos agentes policiais sem autorização, em casos nos quais existe *periculum in mora* e não se pode aguardar o deferimento da medida judicial.

Em se tratando de crimes permanentes¹⁵, a situação de flagrância é caracterizada em qualquer momento a partir da consumação do delito, uma vez que esta se propaga no tempo até sua cessação. Porém, conforme já analisado, não pode o agente policial arbitrariamente violar a privacidade do investigado e ingressar forçosamente em sua residência baseado somente em mera suspeita da ocorrência do delito. Por outro lado, porém, também não se pode exigir do agente público a certeza quanto aos resultados da investigação, ou seria esta desnecessária, cf. voto de MENDES (2016, p. 18). Assim, a proteção adequada contra eventual arbitrariedade das autoridades policiais foi definida como o conjunto de circunstâncias ao qual o policial tinha acesso *antes* da diligência, não se podendo justificar a violação de direito fundamental apenas com um resultado posterior.

Adotou-se, no julgamento do REEx nº 603.616, o mesmo critério que o Código de Processo Penal estabeleceu para a busca domiciliar, em seu artigo 240, § 1º – as chamadas “fundadas razões”, que, no caso do ingresso forçado no domicílio do investigado sem autorização judicial, permitam que a autoridade policial creia na ocorrência de um crime no interior da residência. Tais circunstâncias variam, a depender do crime; o que se convencionou, todavia, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é que os elementos invocados como “fundadas razões”, a justificar a entrada do agente público na residência, devem ter valor probatório. Assim, exclui-se, automaticamente, o uso de provas ilícitas, *notitia criminis* anônima isolada no conjunto de provas, informações de inteligência policial, dentre outros. Em verdade, tal critério também é utilizado para a instauração da própria ação penal, compreendendo-se seu uso para justificar a prática de medidas investigativas invasivas.

Conforme SARLET, se não restar comprovada “(...) a ocorrência de situação de flagrante perceptível do ponto de vista dos policiais, que se encontravam fora da residência do réu, então a conclusão só pode ser pela ilicitude da prova material eventualmente colhida” (2016, p. 128). Portanto, o que se verifica, na atual jurisprudência, é que o ingresso forçado das autoridades policiais na residência do investigado somente é aceitável mediante a verificação *ex ante* da existência de circunstâncias que justifiquem a entrada dos agentes

15. *In casu*, o crime permanente é aquele em que a consumação prolonga-se no tempo até sua interrupção. Exemplos clássicos seriam o crime de tráfico de drogas, e, como já mencionado, o de ocultação de cadáver.

policiais, com interpretação *a posteriori* pelo Poder Judiciário para determinar a licitude da prova colhida naquela diligência.

Assim, esclarecido o critério criado para controle judicial de medida investigatória tão invasiva, passa-se a analisar a caracterização das “fundadas razões” para o delito de ocultação de cadáver.

4. O DELITO DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER EM ESPÉCIE

O crime de ocultação de cadáver exerce macabro fascínio sobre a mente humana há centenas de anos, evidenciado pelas diversas aparições desta figura em contos e outras histórias. Exemplo disso é a famosa obra do escritor Edgar Allan Poe, publicado pela primeira vez em 1843, na qual o personagem principal, ojerizado pelo fantasma da crueldade contra seu gato de estimação, acaba por assassinar sua esposa durante um acesso de raiva, e ocultar seu cadáver na parede do porão.

Nesse sentido, grande maioria dos casos de homicídio mais memoráveis da história contemporânea da humanidade vem acompanhada por ocultações dos cadáveres das vítimas em locais inusitados, e que, frequentemente, revelam o caráter repulsivo deste delito. Um dos maiores exemplos, no Brasil, é o caso do homicídio de Eliza Samudio, que foi sequestrada e morta por seu ex-companheiro, o goleiro Bruno Fernandes das Dores de Souza, e cujos restos mortais não foram encontrados desde seu desaparecimento, em 2010¹⁶. A versão aceita pelas autoridades foi a de que Eliza teria sido esquartejada e de que seu cadáver teria sido dilacerado por cães, bem como de que seus ossos teriam sido enterrados em concreto.

Em se tratando de casos internacionais de grande alcance midiático, pode-se citar o homicídio da estudante japonesa Junko Furuta, em 4 de janeiro de 1989, cujo cadáver foi encontrado em um barril contendo cerca de 208 litros de concreto, recuperado de um terreno baldio em Tóquio. À época, a garota foi sequestrada e mantida em cativeiro durante quarenta dias, estuprada e torturada por quatro menores de idade. O caso foi tão amplamente divulgado que foi batizado pela mídia japonesa de “*Joshikōsei konkurito-zume satsujin-jiken*”, ou, em tradução livre, “o caso da estudante de colegial concretada”. Outro exemplo a ser lembrado é o de um dos vários homicídios do *serial killer* norte-americano Jeffrey Dahmer, em 1978. A vítima, Steven Mark Hicks, foi agredida com um haltere de cerca de 4 kg, sendo que a causa da morte foi asfixia com a barra de

16. O caso foi apurado no processo nº 0079.10.035.624-9, na Comarca de Contagem, do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais.

ferro do utensílio. Quanto à ocultação do cadáver, Dahmer dissecou o corpo em seu porão e enterrou-o em uma cova rasa no quintal de sua residência, na qual o cadáver permaneceu por várias semanas. Realizada a exumação, o acusado dissolveu a carne de Hicks com ácido, despejando a mistura no sistema de encanamento da residência, e triturou os ossos com uma marreta para espalhar os restos na floresta atrás da casa de sua família.

Fossem julgados sob a égide das leis previstas no ordenamento jurídico brasileiro, os acusados por estes casos seriam imputados com a prática do delito de ocultação de cadáver, previsto no artigo 211 do Código Penal, assim redigido: “Art. 211 – Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.” Adequadamente, o crime está previsto no capítulo “Dos crimes contra o respeito aos mortos”, indicando que o bem jurídico tutelado por esta norma nada é além do sentimento de respeito aos mortos e à memória por estes suscitada.

A doutrina conceituou um cadáver como um corpo humano desprovido de vida, necessariamente mantida sua aparência enquanto tal (GRECO, 2013, p. 443). Portanto, não configura crime subtrair ou ocultar um esqueleto exumado, por exemplo, ou as cinzas de cremação dos mortos – ao contrário do que se verifica no direito penal italiano, que, expandiu à proteção da norma também ao corpo humano já desfigurado. O tipo penal em questão é misto alternativo e apresenta três núcleos distintos: (a) destruir, (b) subtrair, ou (c) ocultar. Na modalidade *ocultar*, contudo, cuida-se mencionar que o delito deve, necessariamente, ocorrer antes do sepultamento do cadáver, ou a conduta deverá ser tipificada como subtração (NORONHA, 1991, p. 53, apud GRECO, 2013, p. 444). Por fim, ainda quanto à classificação do delito, assinala-se que este admite tentativa, uma vez que possível o fracionamento do *iter criminis*, já que a consumação somente se dá quando, na modalidade que importa ao presente artigo, oculta-se o cadáver de seus legítimos detentores.

Contudo, interessa fazer breve estudo comparando a criminalização de tal perturbação ao respeito aos mortos no ordenamento jurídico de outros países. No estado norte-americano de Oklahoma, as penas por ocultação de cadáver – entre outras condutas previstas no artigo §21-1161.1 – são de até 07 (sete) anos de reclusão ou multa de até U\$ 8000,00 (oito mil dólares), podendo ou não serem cumulativas. Já o capítulo 872, seção 05, do Código Penal da Florida, também nos EUA, criminaliza os chamados “*unmarked human burials*”, ressaltando que a intenção legislativa por trás de tal dispositivo é assegurar a igualdade de tratamento e a dignidade humana aos restos mortais, consideradas as origens

étnicas, culturais e religiosas do falecido. Na Califórnia, ainda, o Código Penal do estado foi alterado em 1999, passando a constar como crime a ocultação de cadáver de mortes acidentais, no artigo 152, com pena de detenção de até 01 (um) ano ou multa entre U\$ 1.000,00 (mil dólares) e U\$ 10.000,00 (dez mil dólares), podendo ou não serem cumulativas.

Em 2015, *exempli gratia*, as leis referentes à ocultação de cadáver no estado de New York, nos Estados Unidos da América, tornaram-se mais rígidas, e tal conduta passou a ser considerada uma *felony*¹⁷, prevista no NY Penal L § 195.02 (2015), com pena de até 04 (quatro) anos de reclusão. Esta mudança foi motivada pelo caso de Amanda Lynn Wienckowski, cujo corpo foi encontrado em uma lata de lixo, congelado, mais de um mês após seu desaparecimento¹⁸, em 2009. Naquele caso, não foi oferecida denúncia, uma vez que a morte foi considerada overdose acidental, ainda que os peritos considerassem que a ocultação do cadáver havia sido realizada de modo intencional. A legislação anterior, no estado de NY, visava somente regulamentar o funcionamento de casas funerárias.

No Código Penal Italiano, por exemplo, a ocultação de cadáver não é cumulada no tipo penal juntamente com outras condutas, como acontece no artigo 211 do nosso próprio Diploma Repressivo. Pelo contrário, o artigo 412 do *Codice Penale* diz que “*Chiunque occulta un cadavere, o una parte di esso, ovvero ne nasconde le ceneri, è punito con la reclusione fino a tre anni.*”¹⁹ Portanto, resta evidente que a norma italiana é uma das mais detalhadas no assunto, expandindo o objeto material ao esqueleto, no artigo 411, e às cinzas de cremação. Todavia, em sentido diverso, o que se verifica no Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch*), em sua seção 168 (1), não é a criminalização da conduta de ocultar um cadáver com os específicos fins de obstruir a investigação criminal, mas tão somente a tipificação da subtração de um cadáver da custódia do encarregado dos cuidados²⁰. Assim, o âmbito de proteção desta norma do direito alemão é voltado à garantia da chamada “paz dos mortos”²¹,

17. Frise-se que, nos Estados Unidos da América, os delitos são classificados em *infractions*, *misdemeanors* e *felonies*, sendo que estas últimas são as mais graves, geralmente punidas com sentenças de reclusão acima de 1 (um) ano, tais como homicídio, roubo, estupro, sequestro, dentre outros.

18. Disponível em <http://www.nydailynews.com/news/politics/new-york-state-toughens-penalty-hiding-dead-body-article-1.2372048>. Acesso em 25 de setembro de 2017.

19. Em tradução livre, “Quem oculta um cadáver, ou uma parte deste, ou lhe esconde as cinzas, é punido com até três anos de reclusão.”

20. “(1) *Wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten den Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, eine tote Leibesfrucht, Teile einer solchen oder die Asche eines verstorbenen Menschen wegnimmt oder wer daran beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*”

21. A seção 168 do Código Penal Alemão, que contém o delito de subtração de um cadáver e/ou parte

uma vez que a conduta de efetivamente *esconder* ou *ocultar* um cadáver não está descrita no tipo penal, que se limita a discorrer acerca da subtração do cadáver, cominando pena de até 03 (três) anos de reclusão, ou multa.

Assim, embora presentes divergências nas normas penais estabelecidas pelos diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, percebe-se que a criminalização do desrespeito à memória dos mortos e à dignidade destes é tendência que se segue no direito moderno. Curiosamente, verifica-se um aumento no número de ocorrências deste tipo de delito, exemplificado por simples pesquisa de jurisprudência efetuada no *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – entre 2000 e 2009, existem somente 120 apelações-crime contendo a expressão “ocultação de cadáver”, contra 154 procedimentos da mesma classe julgados entre 2010 e 2017. Frise-se, todavia, que estes são somente os dados dos crimes já julgados em segunda instância. Em dados disponíveis no *site* da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, verifica-se a ocorrência de 94 casos de crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos somente no ano de 2016, demonstrando pequena margem de aumento, se consideradas as 88 ocorrências do ano de 2006.

Muito embora o crime de ocultação de cadáver não seja necessariamente atrelado ao cometimento do homicídio que gerou um cadáver em primeiro lugar, a imensa maioria dos casos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aparentam ter como motivação assegurar a impunidade da prática de homicídio – fato que se demonstra quando, das 274 apelações-crime que resultam de uma pesquisa pelos termos “ocultação de cadáver” desde o ano 2000, 222 têm a expressão “homicídio” atrelada. No mesmo sentido, esta proporção pode ser observada nos casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, no mesmo período. Dos 413 acórdãos que resultam da pesquisa por “ocultação de cadáver”, 340 também contém o termo “homicídio”, a indicar que o crime de ocultação de cadáver ocorre com maior frequência em decorrência da prática do delito de homicídio.

Neste sentido, o que se analisa, primariamente, no presente estudo, é o uso do crime de ocultação de cadáver como meio de inviabilizar a prova da materialidade do delito de homicídio, uma vez que, salvo em casos excepcionais – como o de Eliza Samudio -, dificilmente consegue-se provar a prática de homicídio sem a apresentação de um cadáver, evidência básica da materialidade do crime. Assim, tendo em vista as complicações decorrentes de

destes, bem como de fetos ou cinzas de cremação, além do crime de destruição/insulto de cemitérios/memoriais, é intitulada “*disturbing the peace of the dead*”, ou “*Störung der Totenruhe*”.

eventual reconhecimento de nulidade na prova, busca-se analisar algumas das situações que têm sido entendidas pelos Tribunais de Justiça como fundadas razões para permitir o ingresso forçado de autoridade policial na residência em ocasião de flagrante delito de ocultação de cadáver.

5. AS SITUAÇÕES QUE CARACTERIZAM “FUNDADAS RAZÕES”, A *PRIORI*, NO DELITO DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER

As fundadas razões que se exige para legitimar o ingresso forçado das autoridades policiais no domicílio do investigado sem autorização judicial são o mesmo critério que se utiliza para a expedição de mandado de busca e apreensão permitindo a revista domiciliar, conforme o disposto no artigo 240, p. 1º, do Código de Processo Penal. Neste sentido, entende-se que as circunstâncias que autorizam judicialmente a diligência de busca e apreensão também podem justificar, nos casos em que necessária a ação policial, porquanto existe *periculum in mora* e não se pode aguardar a resposta da autoridade competente.

Para responder à problemática proposta no presente artigo, busca-se analisar a jurisprudência firmada pelos Tribunais de Justiça de todo o país para compreender, em casos em que a ocultação do cadáver da vítima dá-se na residência do próprio autor, qual o conjunto de circunstâncias que vem sido entendido lícito para a) deferir mandado de busca e apreensão ou b) admitir a prova colhida sem autorização judicial. Todavia, frise-se que as fundadas razões enquanto critério de controle judicial de verificação de licitude de prova colhida mediante ingresso forçado no domicílio sem mandado específico de busca e apreensão, conforme explicitado pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 603.616, depende de interpretação *a posteriori* pelo julgador, a indicar que os resultados aqui colhidos não são absolutos, mas meramente exemplificação do posicionamento adotado pela segunda instância nos últimos anos.

Embora o direito à inviolabilidade de domicílio raramente seja suscitado pelas defesas técnicas enquanto fundamento para questão preliminar de ilicitude da prova de materialidade do crime nos casos de ocultação de cadáver que ocorrem na própria residência do autor, entende-se necessária tal discussão. Tendo em vista que o delito de ocultação de cadáver é majoritariamente cometido para assegurar a impunidade da prática de um homicídio (conforme dados anteriormente analisados), ventila-se este debate em face

das consequências de, porventura, julgar ilícita a prova da materialidade de ambos os delitos: o cadáver encontrado na residência do agente. Dificilmente consegue-se sustentar a materialidade destas espécies de delito sem as demais provas que decorrem de exames posteriores no cadáver da vítima, que, logicamente, também seriam inadmissíveis no processo caso a primeira prova fosse entendida ilícita, em decorrência da teoria dos frutos da árvore envenenada.

A ocultação de cadáver nos terrenos da própria residência não é uma inovação artificiosa. Pelo contrário, há inúmeros exemplos de *serial killers*, especialmente nos Estados Unidos da América, cujo *modus operandi* consistia em permanecer com o cadáver – ou partes dele – dentro de seu domicílio. A título de ilustração, cita-se o famoso caso de John Wayne Gacy Jr., conhecido como “*The Killer Clown*”. Segundo informações colhidas do caso, todos os homicídios praticados por Wayne dos quais se tem conhecimento foram cometidos dentro de sua residência, e 26 dos 33 cadáveres resultantes foram enterrados em sua propriedade, em Norwood Park, Illinois. Após extensa investigação criminal que indicou a realização de reformas recentes no porão da casa de Wayne, dois agentes policiais interrogaram o assassino em sua residência, sendo que um deles sentiu cheiro de cadáveres em putrefação através do sistema de calefação da residência. Pressionado, Wayne confessou a prática de cerca de 20 homicídios e ocultações de cadáver, e eventualmente foi condenado à pena de morte, executada mediante injeção letal.

No Brasil, embora menos frequentes os casos de homicídios em série, ainda há material suficiente para estudar a ocultação de cadáver no seio da própria residência. O que se verifica, majoritariamente, é que a entrada no domicílio sem autorização judicial dá-se, nestes casos, pela má-atuação policial, uma vez que, em se tratando do delito de ocultação de cadáver, é evidente que inexistente *periculum in mora* quando a vítima já está morta. Raros são os casos em que o autor torna a mover o cadáver para novo local após a ocultação – o próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul parece ter julgado apenas um caso com tais circunstâncias, a Apelação-Crime nº 70071899538, julgada pela Segunda Câmara Criminal em 27 de abril de 2017.

Em praticamente todos os casos de ocultação de cadáver em residência própria encontrados na jurisprudência, as investigações policiais têm início a partir do registro do desaparecimento da vítima, com bastante frequência por um familiar. Neste sentido, não são incomuns os casos em que os próprios parentes são os responsáveis por encontrar o cadáver do ofendido – isto pois, em

grande parte dos casos aqui analisados, a vítima guardava relação íntima com o autor, podendo, inclusive, ir-se além e ponderar que talvez seja esta a razão que leve o agente a ocultar o cadáver da vítima em sua própria propriedade. *E.g.*, poder-se-ia citar a Apelação Criminal nº 0000997-57.2016.8.24.0008, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e o Recurso em Sentido Estrito nº 70073657264, da Segunda Câmara Criminal do TJ/RS.

No caso da Apelação Criminal nº 2015.023947-0, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, houve o deferimento de mandado de busca e apreensão para a residência de uma acusada da prática de homicídio e ocultação de cadáver, com fundamento que merece ser analisado. A partir do registro do desaparecimento da vítima, as autoridades policiais realizaram diligência de interceptação telefônica no celular da ofendida, que estava sendo utilizado pela corré. Este elemento, aliado ao depoimento prestado por um informante, no sentido de que o cadáver da vítima teria sido ocultado nos fundos da residência da ré e coberto por cimento, foi considerado razão suficientemente fundamentada a justificar a expedição de mandado de busca e apreensão.

Caso curioso é o do Recurso em Sentido Estrito nº 70068292929, julgada pela Primeira Câmara Criminal do TJ/RS em 11 de maio de 2016. O autor teria ocasionado a morte de sua companheira mediante golpes de facão, após uma discussão motivada por ciúmes, e ocultado o cadáver da ofendida durante cerca de quatro dias na casa em que viviam. De acordo com os depoimentos das testemunhas, a cessação do delito deu-se somente após os vizinhos sentirem o cheiro do cadáver da vítima em estado de putrefação e arrombarem a porta da residência. Embora majoritariamente o debate seja a respeito da licitude do ingresso forçoso no domicílio por autoridades policiais, inexistente óbice legal quanto à atitude das testemunhas, fulcro no artigo 301 do Código de Processo Penal²². O forte cheiro de decomposição cadavérica, aliado ao histórico de violência doméstica narrado pelas testemunhas, constituiu um conjunto de circunstâncias verificadas *ex ante* crível que permitiu que os vizinhos acreditassem na ocorrência de flagrante delito no interior da residência do réu.

Faz-se um adendo, aqui, referente a uma circunstância que pode vir a configurar fundadas razões especificamente em casos de ocultação de cadáver cometidos após a prática de feminicídio: a existência de um histórico anterior de violência doméstica. No RESE nº 70068292929, acima citado, os vizinhos do acusado e da ofendida relataram ter ouvido, por diversas vezes, gritos

22. Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

vindos da residência do casal, bem como que o réu era ciumento e agredia a vítima fisicamente. Embora o Acórdão nada mencione a respeito de registros anteriores de ocorrências policiais pela prática de outros delitos no âmbito da violência doméstica, pode-se citar esta situação como caracterizadora de fundadas razões, uma vez que o histórico de reiteradas agressões domésticas pode indicar, aliado a outras circunstâncias, a participação do companheiro na prática do homicídio, como o caso daquele Recurso em Sentido Estrito.

Tal raciocínio foi o mesmo utilizado no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 70072527864, pela Terceira Câmara Criminal do TJ/RS, em 29 de março de 2017. Em um dos raros casos em que foi suscitada preliminar de prova ilícita por violação de domicílio, os agentes policiais realizaram diligência de ingresso na residência após denúncia anônima de que o acusado teria matado sua companheira e enterrado o cadáver no quintal, sob uma camada de cimento. A prova foi julgada lícita, uma vez que as autoridades policiais teriam sentido o cheiro da decomposição cadavérica, visto que o cadáver já estava em adiantado estado de putrefação – elemento que, aliado ao histórico de agressões domésticas contra a ofendida, permitiu a manutenção da pronúncia do réu.

Embora o uso de denúncia anônima como fundamento ainda gere controvérsia no âmbito jurídico, tal argumentação ainda tem sido aceita como princípio de fundadas razões em casos de ocultação de cadáver, desde que encontre respaldo em outras circunstâncias que podem ser verificadas *a priori* da entrada das autoridades policiais na residência. Este foi o entendimento aplicado pela Câmara Criminal do TJ/AL, na Apelação-Crime nº 00000400720158020072 AL 0000040-07.2015.8.02.0072, na qual o acusado empreendeu fuga para dentro da residência ao avistar a guarnição em diligência para averiguar teor de denúncia anônima acerca da prática de homicídio e ocultação de cadáver, elemento que legitimou a entrada dos policiais na casa. Posteriormente, as autoridades policiais perceberam a presença de manchas de sangue no local e, mediante escavações, encontraram o corpo da vítima e entorpecentes enterrados no quintal. Posição semelhante foi adotada pela Terceira Câmara Criminal do TJ/MG, na Apelação-Crime nº 1.0417.16.000206-5/001, em que os policiais receberam duas *notitia criminis* anônimas quanto à prática de homicídio por diversas pessoas que haviam enterrado o cadáver nos fundos da residência, relato que foi corroborado por uma das testemunhas presenciais do delito, e permitiu que os policiais entrassem na propriedade para encontrar o cadáver da vítima.

Neste sentido, a posição adotada pelos Tribunais de Justiça legítima, majoritariamente, quatro elementos que, combinados ou não, caracterizam fundadas razões para tornar lícita a prova obtida mediante ingresso forçado à residência do agente: 1) o registro do desaparecimento da vítima; 2) a existência de histórico anterior de violência entre as partes, especialmente no âmbito doméstico; 3) o cheiro da decomposição cadavérica; e 4) o recebimento de denúncia anônima, com as devidas ressalvas já explicadas. Todavia, conforme ressaltado anteriormente, a análise das fundadas razões depende da interpretação no caso concreto, sendo os exemplos aqui elencados mera análise jurisprudencial quanto às circunstâncias que os julgadores têm entendido suficientes a justificar a relativização do direito à inviolabilidade do domicílio.

6. CONCLUSÃO

Inicialmente, o que se conclui é que o debate acerca da caracterização de fundadas razões a justificar o ingresso forçado na residência do agente por suposta ocorrência de flagrante delito de ocultação de cadáver deve partir, em princípio, da análise mais aprofundada da própria garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio e de como esta encontra limite no dever estatal de prestar vigilância adequada e repressão devida à prática delitiva. É evidente que qualquer busca domiciliar, ainda que autorizada pela autoridade judicial competente, é violação ao direito fundamental à privacidade do agente que têm sua vida íntima exposta aos policiais que cumprem a diligência; é daí que surge, pois, a necessidade de justificativa robusta nos casos em que não somente se viola o domicílio do suspeito para busca e/ou apreensão, mas faz-lo sem esperar pela decisão judicial necessária para tanto.

Neste sentido, o que se depreende é que fica o Estado sujeito tanto à proibição do excesso (*Übermassverbot*), quanto à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), forçando-o a adotar posição mediana que possibilite o cumprimento necessário do também direito fundamental que é a segurança pública. Sob tal prisma, criou-se o critério das fundadas razões, já anteriormente encontrado no artigo 240 do Código de Processo Penal como pré-requisito para o deferimento de mandado de busca e apreensão domiciliar. A aplicação do critério, sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616, serve como juízo de valoração das circunstâncias que o policial que cumpre a diligência de busca domiciliar pode verificar, *a priori*, que indiquem a ocorrência de flagrante delito no interior da residência do agente.

Em se tratando do delito de ocultação de cadáver – que, frise-se, ocorre majoritariamente a fim de ocultar a prova da materialidade do crime de homicídio cometido –, de natureza permanente e cuja consumação se prolonga no tempo até posterior interrupção, a caracterização de fundadas razões não é tema devidamente debatido na doutrina, ficando a cargo da jurisprudência firmar entendimento do que pode vir a legitimar a entrada forçada da autoridade policial na residência do réu.

Recentemente, os Tribunais de Justiça, em sede de Apelações e Recursos em Sentido Estrito nos quais o crime de ocultação de cadáver vem em concurso material com homicídio, posicionaram-se de forma a firmar quatro elementos como fundadas razões: 1) o registro do desaparecimento da vítima; 2) a existência de histórico anterior de violência entre as partes, especialmente no âmbito doméstico; 3) o cheiro da decomposição cadavérica; e 4) o recebimento de denúncia anônima (frisando-se que a *notitia criminis* anônima tem uso bastante restrito, não sendo elemento suficiente a embasar, sozinho, tamanha violação de garantia fundamental). Assim, é seguro afirmar que, havendo dois destes elementos, em concurso, no mesmo caso concreto, dificilmente haverá de se reconhecer a nulidade da prova encontrada quando do ingresso forçado na residência do agente suspeito de estar em estado de flagrante delito de ocultação de cadáver no tempo da diligência de busca domiciliar.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução ed Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. Volume III. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume I. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENÉNDEZ, Agustín J.; ERIKSEN, Erik O. (eds). **Constitutional Rights through Discourse**: On Robert Alexy's Legal Theory – European and Theoretical Perspectives. ARENA Report No 9/2004. Oslo, Noruega, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____; NETO, Jayme Weingartner. **Constituição e Direito Penal**: temas atuais e polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

A COLABORAÇÃO PREMIADA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE ACERCA DOS REFLEXOS DA (IN) APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DE LENIÊNCIA FRENTE AOS DIREITOS E GARANTIAS DO SUJEITO

Maricy Fideles¹

Ítalo Menezes Rabelo²

RESUMO: O presente trabalho examina a (não) aplicação dos programas de leniência e colaboração premiada no âmbito do sistema administrativo brasileiro, especificamente no que se refere à lei de improbidade administrativa – Lei nº. 8.429/1992. O estudo expõe a seletividade e a efetividade do direito administrativo consensual, por meio de análise dos diplomas e dispositivos normativos numa postura sistêmica inclusive com o Novo Código de Processo Civil e Processo Penal, trazendo ainda nuances de Direito Comparado. Com efeito, a Lei de Improbidade Administrativa tem natureza híbrida e é comum haver condutas que impliquem ilícito penal, administrativo e cível simultaneamente, e a (in) aplicabilidade do acordo de colaboração premiada no âmbito administrativo ou civil enseja uma incongruência no ordenamento jurídico pátrio. Assim, analisa-se, pois, as possibilidades e consequências da aplicação de acordos de colaboração premiada no âmbito da LIA.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Leniência; Colaboração Premiada; Direito Administrativo; Direito Processual Penal.

1. INTRODUÇÃO

As práticas de leniência já são uma realidade em ordenamentos jurídicos de vários países, e as medidas necessárias para sua implementação bem como as consequências dela advindas são uma recorrente preocupação das nações. Com efeito, nos últimos anos, a temática da corrupção tem tomado destaque

1. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Especialista em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e Instituto *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC) – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada.
2. Mestrando em Ciências Criminas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PU-CRS; Bolsista integral vinculado à CAPES. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu – IDPEE, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – LFG/SP. Advogado.

nas discussões acadêmicas, legislativas e judiciárias em todo o globo.

O Brasil não foge à regra, e tem sofrido frequentemente com a divulgação de escândalos de corrupção, que ensejou fortes discussões sobre as garantias constitucionais e processuais do agente delituoso frente ao poder investigatório e punitivo do Estado, sobretudo com a deflagração da “Operação Lava Jato” em março de 2014, que exerceu papel de definitiva importância nas práticas de leniência no país, notadamente do instituto da colaboração premiada.

Por outro lado, embora a legislação nacional e estrangeira tenha avançado sobremaneira no combate a práticas ilícitas, tem ficado cada vez mais difícil desvendar as estruturas que compõem esse sistema criminoso. Neste diapasão, algumas figuras importantes surgem no cenário jurídico, como o instituto da colaboração premiada e as práticas de leniência.

Assim como diversos sistemas jurídicos estrangeiros, o Brasil adotou a colaboração premiada e as práticas de leniência como instituto viável em alguns ilícitos civis, penais e administrativos. A administração consensual – em que o Poder Público sancionador trata seus infratores como possíveis conciliadores, auxiliando para um objetivo em comum, qual seja, a supremacia do interesse público e a resolução de casos criminosos complexos – tem se tornado uma tendência mundial.

Assim é que este artigo se dedica a analisar a (não) aplicação do instituto do acordo de leniência a ilícitos administrativos, mormente a atos de improbidade, previstos pela Lei nº. 8.429 de 1992. O que se pretende suscitar é a discussão sobre a possibilidade e viabilidade da aplicação das práticas de leniência, sobretudo do instituto da delação ou colaboração premiada nas práticas ímprobadas, bem como suas consequências.

Isto porque, atualmente, as práticas de leniência são proibidas no bojo dos atos de improbidade, e o ilícito de improbidade possui caráter híbrido, isto é, as condutas descritas como atos de improbidade podem se revelar figuras tipicamente penais. Assim, um possível acordo de leniência, ou de colaboração premiada, realizado em âmbito penal, não tem o condão de se estender à seara civil, de modo que o colaborador ficaria ainda sujeito às penalidades da Lei nº. 8.429/1992, o que configura um anacronismo no sistema legislativo e jurídico, que não coaduna nem com o espírito sistematizante do ordenamento, como bem leciona Juarez Freitas³, nem com as tendências

3. FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 224.

conciliatórias trazidas pelo legislador nos últimos anos.

Para tanto, o artigo se estrutura em três grandes partes. Na primeira parte será realizada breve apuração sobre os institutos de leniência, sua origem, aplicação e objetivo, desaguando no contexto da colaboração premiada. Ainda se versará sobre a importância das práticas de leniência e as vantagens deste tipo de prática.

Na segunda parte, é feita breve análise da Lei de Improbidade Administrativa, bem como as implicações de uma possível aplicação dos institutos de leniência nas práticas de improbidade revelando, pois, a falta de alinhamento sistêmico na proibição de transacionar ou conciliar com o Poder Público nestes casos, e os avanços trazidos pela Medida Provisória 703 de 2015, situando o leitor no contexto da mudança legislativa.

Por fim, é exposto o tratamento jurídico do colaborador nos ilícitos de improbidade administrativa (que igualmente implicam em ilícito penal) no contexto atual, bem como as perspectivas futuras para temática.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE LENIÊNCIA E COLABORAÇÃO PREMIADA

Leniência, do latim *lenitate*, corresponde à lenidade, brandura, suavidade, mansidão.⁴ Isto significa dar às sanções lenidade, ou seja, o abrandamento da punição a ser imposta.⁵ Cumpre entender leniência como “qualquer sanção ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida na falta de uma cooperação plena ou voluntária”.⁶

Com origem no Direito Norte-Americano, o “Acordo de Leniência”, máxima expressão das práticas de leniência, foi criado como mecanismo de manutenção da ordem concorrencial, com o escopo de coibir a prática de infração à ordem econômica.⁷ O primeiro programa de leniência concorrencial foi adotado em 1978 pelos Estados Unidos e concedia àqueles infratores que confessassem a prática ilícita antes do início das investigações a possibilidade do perdão judicial no âmbito criminal, por discricionariedade do

4. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 1. Ed., Rio de Janeiro. p. 835.

5. GOMES, Luiz Flávio. O que se entende por acordo de leniência? In: Revista Jusbrasil. Disponível em: < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/101157/o-que-se-entende-por-acordo-de-leniencia>>.

6. SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? Revista do IBRAC, v. 8, n. 2, 2001. p. 132.

7. GOMES, op. cit., p. 3

Departamento de Justiça daquele país.⁸

O programa inovador teve alto índice de rejeição, em função da grande subjetividade do processo⁹, mas após anos de ajustes e alterações substanciais na legislação e técnicas, em 1993, o sistema de leniência norte-americano passou a dar frutos, tendo contribuído com o desmembramento de cartéis em vários setores da economia dos EUA. Este trunfo impulsionou a criação de programas de leniência ao redor do mundo, de modo que em 2010, mais de 50 (cinquenta) países já haviam estabelecido práticas de leniência em seus ordenamentos pátrios.¹⁰

Essas práticas de leniência, que se traduziram principalmente em acordos entre o Poder Público responsável pela manutenção da ordem econômica e o agente infrator, surgiram no Brasil inicialmente pela Lei nº. 10.149 de 21 de dezembro de 2000, que introduziu na Lei nº. 8.884 de 11 de junho de 1994 os artigos 35-B e 35-C (conversão da Medida Provisória nº. 2.055-4 de 11 de agosto de 2000).

Essa legislação foi posteriormente revogada pela Lei nº. 12.529 de 30 de novembro de 2011, e hodiernamente as definições do acordo de leniência estão estabelecidas na Lei nº. 12.846 de 1º de agosto de 2013, conhecida por Lei Anticorrupção.

O acordo de leniência é, em síntese, uma transação celebrada entre o Poder Público e o agente envolvido na infração, em que o objetivo principal é a obtenção de informações, em especial sobre outros partícipes, com a apresentação de provas de materialidade delitiva e de autoria, e que em contrapartida, oferece ao delator a diminuição das penalidades que lhe seriam impostas em razão do fato delituoso.¹¹

Todas estas normativas inseridas no direito brasileiro vieram para sanar uma incoerência jurídica, pois antes do seu surgimento, empresas brasileiras que cooperassem com as investigações de autoridades estrangeiras (denunciando atos de corrupção) tinham direito a benefícios naqueles

8. KRAFT, Amanda Moreira. Acordo de Leniência como Instrumento de Defesa da Concorrência no Brasil. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2014, p. 54.
9. MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. Programas de leniência, corrupção e o papel da Corregedoria da autoridade antitruste. Brasília: Associação Nacional dos Centros de Pós Graduação em Economia, Universidade de Brasília, 2004. Disponível em <<http://econpapers.repec.org/paper/anpen2004/091.htm>>. Acesso em 18 nov 2016.
10. Organisation for Economic Co-Operation and Development. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/>>. Acesso em 03 jan 2017.
11. DE ALMEIDA NETO, Edmilson Machado. Combate à Corrupção: Uma Análise do Acordo de Leniência e do Programa de Compliance na Lei nº 12.846/2013. Brasília: UNB, 2015, p. 17.

países, mas quando cooperavam com as autoridades brasileiras, ainda estavam submetidas a diversas sanções.¹²

Esse ramo é instrumentalizado no judiciário italiano por meio do “*patteggiamento*”, “acordo judicial”, no norte-americano, como “*plea bargain*”, “negociar a confissão” e, no Brasil, tem-se preferido o termo “delação premiada” ou “colaboração premiada”, mas no direito brasileiro a aplicação mais efetiva deste instrumento é vista na seara administrativa, porquanto o judiciário está tateando sua melhor utilização para não desrespeitar o ordenamento legal pátrio. De todo modo, o fim deste instrumento é alcançar um acordo do infrator com o Estado, ou seja, uma barganha de provas e infratores por benefícios punitivos.¹³

Esses instrumentos de promoção da ordem econômica buscam base jurídica no Direito Premial, instituto jurídico onde o legislador concede um prêmio a quem delata práticas criminosas, a título de recompensa. Desta forma, o direito premial destina ao agente criminoso – desde que colaborando de modo decisivo na atividade investigatória e probatória – um tratamento penal menos severo, uma atenuação ou até mesmo uma anistia, dispensa da pena. O prêmio à delação consiste assim num incentivo criado pelo legislador para uma colaboração do agente com a justiça¹⁴.

Na esteira das práticas de leniência, em agosto de 2013, foi promulgada a Lei nº. 12.850, que regulamentou o instituto da colaboração premiada em âmbito penal, sobretudo no crime de organização criminosa. Estas medidas legislativas surgiram para responder ao contexto criminoso global: um fenômeno moderno refletido na criminalidade associativa e difusa, sobre e para a qual os instrumentos processuais penais, calcados na ótica penal clássica, não estão preparados para conter.

Nesse sentido, embora atualmente muito se questione sobre a preservação dos direitos e garantias do sujeito delituoso na contemporaneidade – que não deixa, diga-se de passagem, de ser um sujeito de direito inserido numa cadeia sistêmica democrática – face às atuações recentes de juízes e promotores na busca desenfreada da “verdade”, há de se reconhecer que as garantias constitucionais e o respeito às regras processuais acabam por dificultar a atividade

12. AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). Lei Anticorrupção. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 244.
13. OLIVEIRA, Marcos César Gonçalves. O Direito premial, a delação premiada e a leniência. Revista Online Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241999,81042-O+Direito+Premial+a+delacao+premiada+e+a+leniencia>>. Acesso em 20 nov 2016
14. MATOS, Mafalda. O Direito Premial no Combate ao Crime de Corrupção. Universidade Católica Portuguesa: Escola de Direito, 2013. p. 4

probante, e atestam a incapacidade do Estado para resolver crimes cada vez mais estruturados, sistêmicos e complexos.

Em verdade, as práticas de leniência surgiram para regular o mercado, isto é, a prática concorrencial e as atividades econômicas, mas acabaram por se refletir em todas as searas jurídicas, lançando efeito sobre as práticas ilícitas não só cíveis, mas também administrativas e penais. Foi neste contexto, pois, que as colaborações premiadas ganharam contornos mais evidentes.

É que, a colaboração premiada é instituto da esfera penal que desfere suas consequências sobre o âmbito civil e administrativo, na medida em que alguns fatos delituosos têm caráter heterogêneo, e em que, as penalidades aplicáveis aos sujeitos delituosos podem sofrer interferência umas das outras, como é o caso dos ilícitos de improbidade administrativa, tema central deste trabalho.

Neste sentido, vale questionar a aplicação do instituto da colaboração premiada no bojo da Lei de Improbidade administrativa que, insta lembrar, possui natureza híbrida, ora com dispositivos de caráter cível, ora com comandos de nítido caráter penal, o que torna a temática ainda mais merecedora de cautela.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A palavra improbidade vem do latim, *improbitate*, significando, em sentido próprio, má qualidade. Também, em sentido próprio, *improbis*, que deu origem ao vernáculo ímprobo, significa mau, de má qualidade.¹⁵ A improbidade administrativa é o designativo técnico para conceituar corrupção administrativa, ou seja, o que é contrário à honestidade, à boa-fé, à honradez, à correção de atitude. O ato de improbidade, por outro lado, nem sempre será um ato administrativo, poderá ser qualquer conduta comissiva ou omissiva praticada no exercício da função ou fora dela.¹⁶

Segundo Barboza¹⁷, a partir da Lei de Improbidade Administrativa – LIA, devemos entender a improbidade como aquela conduta considerada inadequada – por desonestidade, descaso ou outro comportamento impróprio – ao exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido texto legal.

A Lei nº. 8.429 de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei de

15. FERRACINI, Luiz Alberto. Improbidade Administrativa. 2ª ed: São Paulo, Aga Júris: 1999, p. 47

16. GOMES, op. cit, p. 3

17. BARBOZA, Márcia; et.all. Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da Lei n. 8429/1992. Márcia Noll Barboza (coord.); Brasília: ESMPU, 2008, p. 13.

Improbidade Administrativa, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, atos que causam prejuízo ao erário e/ou atentam contra os princípios da administração pública.

Trata-se de proposta legislativa destinada a dar execução ao disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, onde se estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

À época, a medida legal foi noticiada como marco de modernização no país, hábil a combater a prática desenfreada e impune de atos de corrupção no trato com o erário. A Lei se propunha a coibir práticas de vilipêndio do interesse e do patrimônio público, com efetiva punição política dos agentes públicos ou não, mas que de alguma forma contribuem para a usurpação dos cofres públicos.

A legislação supramencionada adotou três tipos principais de atos de improbidade administrativa, isso é, de má qualidade do funcionalismo público. São eles: a) aqueles que importam em enriquecimento ilícito; b) aqueles que geram prejuízo ao erário, e c) aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Às práticas listadas como atos de improbidade administrativa nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei, correspondem as sanções descritas nos incisos I, II e III do artigo 12 do mesmo diploma legal. Entretanto, a Constituição Federal determina que as penas para o ato de improbidade administrativa são diversas das sanções penais cabíveis e aplicáveis em cada caso.

Tratam-se de penas de cunho eminentemente político e de ressarcimento do dinheiro público, diferentes das normas penais, que implicam em restrição da liberdade ou penas alternativas/privativas de direito. Claro que as sanções políticas também são um tipo de pena privativa de direito, vez que impedem o agente de realizar de atos de cidadania, notadamente o sufrágio universal, mas há perceptível contraste entre as penas da LIA e as penas prescritas pelo Código Penal.

Com efeito, no ilícito penal, a sanção geralmente incide sobre a liberdade pessoal, conquanto que, nas condenações por improbidade, a incidência é

principalmente sobre bens e direitos políticos (o que de toda sorte, continua sendo sanção, com finalidade repressiva e preventiva).

Como sustenta Fábio Medina Osório¹⁸, o limite dogmático entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador é o de que este não pode tipificar e punir condutas com penas privativas de liberdade, pois, quanto ao conteúdo ou qualidade das demais penas ou aos elementos morais e éticos, não haveria absoluta diferenciação, tanto que o legislador teria poderes discricionários na “administrativização de ilícitos penais” ou na “penalização de ilícitos administrativos”, muito embora, em tese, o direito penal devesse ser sempre a *ultima ratio*.

Nesta lógica, embora a ação de improbidade administrativa seja regida pelo processo civil, sua tramitação muito mais se aproxima da processualística penal, guardando diversos pontos em comum com o rito de instrução dos processos por crime de responsabilidade cometido por funcionário público, motivo pelo qual inclusive até já foi questionada sua aplicação diferenciada, num cotejo que, para o destino deste trabalho, não vale a explanação mais minuciosa.

Por outro lado, quando tratamos de ilícitos que referem tanto práticas ilícitas civis e ímprobadas, como práticas ilícitas penais, o Estado se vê diante de uma complexidade que se reflete na persecução e investigação, desaguando na atividade probatória. De modo ainda mais preocupante, a lei de improbidade administrativa traz em seu arcabouço jurídico o combate a corrupção, na medida em que certos atos de improbidade correspondem a atos de corrupção, listados pelo Código Penal brasileiro.

A ideia comum de corrupção corresponde a um conceito não-jurídico, ou seja, que não deriva de normas jurídicas nem se refere a uma figura jurídica. No sistema jurídico brasileiro, existem apenas as figuras jurídicas da corrupção passiva e da corrupção ativa (artigos 317 e 333 do Código Penal) e, ainda, a da corrupção de menores (artigo 218 do Código Penal). Contudo, a ideia comum de corrupção, utilizada pelas pessoas em geral e pelos meios de comunicação, é mais ampla, advém de um conceito construído a partir de diversas disciplinas, como a Ciência Política, a Sociologia etc. Esse conceito mais amplo corresponde à hipótese de mau uso da função pública com vistas na obtenção de uma vantagem particular. Tendo por base tal conceito, conclui-se que alguns dos comportamentos previstos na LIA são atos de corrupção, especialmente os do artigo 9º¹⁹

18. OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 227.

19. BARBOZA, Márcia; et.all. Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da Lei n. 8429/1992. Márcia Noll Barboza (coord.); Brasília: ESMPU, 2008, p. 22.

A partir do momento em que a Lei nº. 8.429/1992 perpetra interesse em combater a corrupção no setor público, a figura das práticas de leniência, sobretudo a hipótese da colaboração premiada se faz ainda mais presente. É que a legislação prevê expressamente em seu art. 17, §1º, a proibição de efetuar transação, acordo ou conciliação nas ações por improbidade administrativa.

Ocorre que, os acordos de leniência são uma realidade na Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013); na lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ou Lei do CADE (Lei nº. 12.529/2011); e na Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666/1992), mas é expressamente proibido nos casos regulados pela Lei 8.429/1992, isto é, nas práticas de improbidade administrativa.

Esse hiato legislativo levantou uma série de questões sobre a possibilidade de realização de acordo em relação às algumas esferas e da proibição em outras. Sucede que, no atual cenário brasileiro, se uma mesma conduta configurar ilícito civil, penal e ato de improbidade, um possível acordo de leniência ou acordo de colaboração premiada em uma das esferas não é capaz de absorver o ilícito de improbidade, de modo que o agente ainda fica sujeito às penalidades previstas pela Lei nº. 8.429/1992.

Mais do que isso, se houver anistia da pena nos demais casos, o agente improbo ainda estará à disposição das penalidades aplicadas pela LIA, trazendo um cenário de absoluta insegurança para o delator.

Este contexto pode resultar num cenário de elevada insegurança jurídica, se não houver espaço à coerência e interpretação razoável do sistema jurídico. Se o mesmo titular da ação penal for o titular da ação de improbidade, e também da ação anticorrupção empresarial, e houver celebrado acordos, deve ser possível construir uma solução consistente do ponto de vista normativo. Teoricamente, o Direito Penal é mais grave do que o Direito Administrativo Sancionador, notadamente nos ilícitos que contemplam penas privativas de liberdade. Nesses casos, não é razoável que um colaborador seja contemplado com perdão judicial nas ações penais e permaneça exposto às de improbidade administrativa e empresarial (através da pessoa jurídica que representa), se houver consenso entre as partes e a possibilidade do acordo, quando a solução perpassa a via legal ou jurisprudencial²⁰

Como resultado deste cenário, o delator, pode sentir-se desmotivado a celebrar acordos com o poder público, tendo em vista sanções remanescentes da Lei de Improbidade Administrativa. Essa lacuna legal escancara

20. OSÓRIO, Fábio Medina. Acordos em ações de improbidade. Revista O Globo, n. 29995, 21/09/2015, p. 15.

a deficiência do sistema normativo, expondo a falta de sistematicidade do ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, da forma em que se encontra, se um ilícito for ao mesmo tempo regulado por legislações que permitem o acordo de leniência, como as supracitadas, mas for também um ato de improbidade administrativa, o agente criminoso pode dispensar o acordo nas outras searas. Afinal, se o Estado não detém de informações suficientes para sua condenação, não é interesse do delinquente esclarecer a prática delituosa.

3.1. A MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 703/2015 E OS ACORDOS DE LENIÊNCIA E COLABORAÇÃO PREMIADA NO ÂMBITO DA LIA

A celeuma ganhou contornos ainda mais evidentes quando da promulgação da Medida Provisória nº. 703 de 18 de dezembro de 2015, que alterou a Lei nº. 12.846/2013, e dispondo sobre acordos de leniência, revogou expressamente o artigo 17, §1º, possibilitando, pois, a celebração de acordos, transações e conciliações nas ações de improbidade administrativa.

Veja-se que o legislador resolveu taxativamente permitir a celebração de acordos, conciliações e transações no bojo das ações de improbidade, e assim também das práticas de colaboração premiada, no sentido de dar alinhamento aos textos normativos pátrios, resolvendo a lacuna sobre a proibição em algumas searas e a permissão – e incentivo – em outras.

Por meio desta MP o debate estaria findado: com a possibilidade de celebração de acordo, se um ilícito fosse ao mesmo tempo civil e penal, a colaboração premiada celebrada no âmbito penal “abarcaria” a esfera civil, ou melhor, a esfera civil aceitaria o acordo celebrado e dispensaria o sujeito delator do cumprimento das penas previstas na legislação de improbidade.

Reconhecendo, pois, os avanços trazidos no ordenamento jurídico pátrio pelas práticas de leniência, a Medida Provisória, em sua exposição de motivos, justifica que a Lei Anticorrupção, inspirada na Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e nas práticas internacionais, permite a celebração de acordo de leniência com objetivo de garantir que as empresas colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, identificando os demais envolvidos na infração, além de evitar que a empresa seja responsabilizada no âmbito administrativo, permitindo-lhe a manutenção de suas relações com o poder público. E complementa: “Em que

pese os avanços introduzidos pela Lei Anticorrupção, em especial no que se refere ao acordo de leniência, ainda há espaços para aperfeiçoamentos para a aplicação mais efetiva do instituto”²¹, motivo pelo qual também destina à Lei de Improbidade Administrativa tratamento similar, permitindo a celebração de acordos de colaboração premiada.

A medida, visando tornar mais célere e ampla a possibilidade de celebração de acordo de leniência, permitiu que o ajustamento fosse feito com a participação do Ministério Público e da Advocacia Pública, conferindo maior segurança jurídica às empresas celebrantes (considerando os reflexos do acordo nas esferas administrativa e civil) e impedindo o ajuizamento de ações cíveis e de improbidade contra a empresa pelo mesmo fato objeto do acordo de colaboração premiada (artigo 16, parágrafo 11 da MP nº. 703/2015).

A MP previu também a possibilidade de celebração de acordo por atos e fatos investigados previstos em normas de licitações e contratos administrativos com vistas à isenção ou à atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar (artigo 17 da MP nº. 703/2015). Por fim, estabeleceu que a proposta de acordo de leniência poderá ser feita mesmo após o ajuizamento das ações cabíveis pelo Ministério Público (artigo 20, § único).

O que se percebe é que a Medida Provisória tornou cristalino que o acordo de leniência, cujo objeto anteriormente limitava-se aos atos regulados pela Lei Anticorrupção, passou a ser passível de celebração também no âmbito de ação de improbidade administrativa em curso.

Ocorre que, por ser ato precário, a Medida Provisória carecia de análise para transformação em Lei, de modo a inserir no ordenamento jurídico brasileiro, em definitivo, a possibilidade de celebração de acordos de delação premiada e leniência no âmbito dos crimes de improbidade administrativa.

Porém, a Medida Provisória não foi convertida em lei e sua vigência se encerrou em maio de 2016, fazendo voltar a regra da proibição da celebração de acordos, transações e conciliações no bojo das ações por improbidade administrativa. Desta forma, o antigo cenário em que a colaboração premiada realizada com o poder público não eximia o delator das penalidades e regramentos da Lei nº. 8.429/1992 voltou a vigor.

Vale lembrar que a legislação brasileira de improbidade é antiga, datada

21. BRASIL. Exposição de motivos da Medida provisória 703 de 18 de dezembro de 2015. 2015, 2 fls. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP-703-15.pdf>. Acesso em 10 dez 2016.

de 1992, época em que as práticas de leniência eram quase que inexistentes, sem sucesso, frustradas em âmbito internacional e não experimentadas no sistema pátrio. Ademais, desde lá já se passaram 25 (vinte e cinco) anos, e a criminalidade tornou-se uma prática moderna e coordenada, complexa e sistêmica, e que, por isso mesmo, exige da sociedade um comportamento igualmente avançado em sua tratativa.

Esse retardo histórico implica na usurpação do poder de negociação e conciliação do Poder Público com o agente infrator. A realidade internacional, já atenta a esse instrumento de persecução, admite administrativamente e civilmente os acordos de leniência – além da possibilidade da celebração de acordos de colaboração premiada –, em clara consonância com a globalização criminal, as práticas de corrupção e as deficiências do setor público em batalhar com os agentes delituosos especializados em práticas corruptivas.

Com efeito, deve-se levar em conta a medida da sanção e sua finalidade de protetiva: O Estado abdicará de punir integralmente um dos infratores, aceitando premiá-lo, em troca de informações que auxiliarão na elucidação do fato. Eis porque o acordo de leniência é demasiado importante na Lei de improbidade administrativa: a um, porque esta lei veio para coibir a fraude e corrupção no sistema público; a dois, porque a experiência instrutória em demais casos cíveis, administrativos e penais revelou-se uma prática de sucesso, não só no sistema jurídico pátrio, como no traquejo internacional; e a três, porque a Administração Pública está torneada pelos ditames do processo legal, conquanto os agentes delituosos não encontram freios para suas práticas delituosas, de modo que, os métodos de colaboração premiada surgem como uma forma de equilibrar as forças dissonantes.

Não se sabe qual a intenção do legislador em permitir explicitamente a conciliação nos casos em que a matéria discutida for igualmente discutida em ação de improbidade – muito embora a exposição de motivos nos dê uma breve noção das causas – mas é fato que a mudança trazida pela Medida Provisória nº. 703 de 2015 imprimiu uma mudança conceitual do legislador.

Ora, a tendência mundial jurídica está concentrada nos métodos alternativos de resolução de conflitos, inclusive imaginando o Poder Público como um dos partícipes nesta relação, e possibilitando a celebração de acordos, transações e conciliações.

A alteração parece alinhada, ainda que acidentalmente, ao novo marco regulatório da mediação (Lei 13.140/2015), que ao prever mecanismos

de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, estabeleceu a possibilidade de conciliação mesmo nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, dependendo para tanto da anuência expressa do juiz da causa ou do ministro relator (artigo 36, parágrafo 4º)²²

A somar, já tramita Projeto de Lei na Câmara dos Deputados (PL nº. 5.208/2016) para alterar a Lei de Improbidade e permitir manifestamente acordos de leniência nesses casos, “desde que haja efetiva colaboração com as investigações e com o processo judicial”. O projeto prevê inclusive, que o cumprimento integral das cláusulas do acordo pode levar à extinção de ações de improbidade em curso.

Para Luchete²³, pode até ser que o enredo normativo não tenha desfecho rápido, e muito se discuta e ainda se proibam as negociações em âmbito administrativo, mas, na prática, negociações entre acusadores e investigados já existem e devem continuar, na medida em que já existem precedentes judiciais que reconhecem a prática colaborativa nestes termos. Na famosa operação “Lava Jato”, o Ministério Público Federal já fechou acordos de leniência com empresas investigadas na esfera cível, e em troca, prometeu que eventuais ações pediriam à Justiça Federal “apenas o reconhecimento declaratório dos atos de improbidade administrativa, sem aplicação de sanções”²⁴.

É preciso retirar a vedação do texto, inclusive para cumprir o novo Código de Processo Civil, que estimula audiências de conciliação como meio idôneo de resolução de conflito.

O que deve-se ter em mente é que os acordos não se tornam obrigatórios, nem ao agente do fato delituoso nem ao Poder Público. Em outras palavras, não é porque existe previsão do instrumento que ele deva ser utilizado sempre. Nas hipóteses em que não for vantajoso para o Estado a celebração da transação, isso não ocorrerá, inexistindo uma desvantagem para o Poder Público, sobretudo pelos fins almejados pelas legislações de salvaguarda. É claro que uma análise como esta insurge uma tarefa legislativa firme. É o que se pretende com o Projeto de Lei nº. 5.208.

Apesar das mudanças introduzidas pela MP 703 e pela Lei 13.140 — que,

22. NETO, Giuseppe Giamundo. MP 703/15 permite acordo em ações de improbidade administrativa. Revista Consultor Jurídico, 12 de fevereiro de 2016, p. 1

23. LUCHETE, Felipe. Brecha para negociar: Lei volta a proibir acordo em ação de improbidade, mas deve ser flexibilizada. Revista Consultor Jurídico, 6 de julho de 2016, p. 3

24. Idem, p. 3

como visto, permitem acordo em ação de improbidade —, é forçoso reconhecer a necessidade de uma melhor regulamentação da matéria, especialmente para os atos ímprobos não abrigados pela LAC, com a fixação de parâmetros tendentes a reduzir a discricionariedade dos seus operadores, de modo a conferir maior segurança e objetividade nas negociações. O novo norte sinalizado pelas normas recém editadas, contudo, é extremamente positivo e prestigia o sistema previsto na LIA ao facilitar e tornar mais célere a reparação de danos causados ao patrimônio público²⁵

Assim, não se nega que o acordo de leniência na Lei de Improbidade administrativa, malgrado seus efeitos normativos ainda não estejam bem definidos, deu uma margem maior à composição administrativa — esta sim já desejada pelo legislador pátrio; torna a abrangência e a eficácia do programa de leniência brasileiro maior; é uma opção vantajosa para o infrator e mais ainda para o Poder Público — que não corre o risco de uma perda de controle fiscalizatório.

Enfim, não há óbices para a aplicação do acordo de leniência — ou delação premiada — no contexto da Lei de Improbidade que não venha a beneficiar o Poder Público e as instituições jurídicas do País.

Deve-se apenas aprofundar a discussão — pois como qualquer lição jurídica, esta também não se mostra acabada — para que se chegue a uma saída viável e socialmente efetiva e eficaz no combate à corrupção pública e ao vilipêndio ao interesse público, acautelando o erário e a moralidade pública.

4. O TRATAMENTO JURÍDICO AO SUJEITO ÍMPROBO NO CONTEXTO ATUAL

Em síntese, a legislação atual não permite a celebração de acordos de colaboração premiada no bojo dos ilícitos por improbidade administrativa regulado pela Lei nº. 8.429/1992, por vedar “a transação, acordo ou conciliação” nas ações de que trata a improbidade administrativa, por inteligência do artigo 17, parágrafo primeiro.

É que, embora a Medida Provisória nº. 703 de 2015 tenha possibilitado a celebração destes acordos, revogando expressamente o dispositivo supra-mencionado, com a perda da vigência do mandamento legal, em meados de 2016, a regra da vedação do artigo 17, §1º, voltou a vigor.

É bem verdade que a tendência legislativa aponta para a possibilidade não

25. NETO, Giuseppe Giamundo. MP 703/15 permite acordo em ações de improbidade administrativa. Revista Consultor Jurídico, 12 de fevereiro de 2016, p. 1.

muito futura de realização de acordos de leniência e de colaboração premiada para os ilícitos de improbidade, tendência essa que pode ser verificada no Projeto de Lei nº. 5.208/2016, que já prevê a retirada da vedação de celebração de acordos na Lei nº. 8.429/1992, restando apenas o cumprimento dos trâmites processuais legislativos para sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio.

Noutro sentido, confirmando essa tendência, o legislador já vem inserindo, desde 2010, com a Resolução nº. 125 do Conselho Nacional de Justiça, a concepção de que a conciliação, consubstanciada na realização de transações e acordos, é meio factível e idôneo para resolução não só de lides jurídicas, mas também para promoção da atividade probante estatal, designadamente por meio dos acordos de colaboração premiada, no bojo da processualística civil.

Também na seara criminal, a solução de conflitos por meio da celebração de acordos e transações é uma realidade, a exemplo da prática da Justiça Restaurativa, conhecida como uma técnica de solução de conflitos que prima pela criatividade e sensibilidade na escuta das vítimas e dos ofensores.

Em linhas gerais poderíamos dizer que [a Justiça Restaurativa] se trata de um processo colaborativo voltado para resolução de um conflito caracterizado como crime, que envolve a participação maior do infrator e da vítima. Surgiu no exterior, na cultura anglo-saxã. As primeiras experiências vieram do Canadá e da Nova Zelândia e ganharam relevância em várias partes do mundo. Aqui no Brasil ainda estamos em caráter experimental, mas já está em prática há dez anos. Na prática existem algumas metodologias voltadas para esse processo. A mediação vítima-ofensor consiste basicamente em colocá-los em um mesmo ambiente guardado de segurança jurídica e física, com o objetivo de que se busque ali acordo que implique a resolução de outras dimensões do problema que não apenas a punição, como, por exemplo, a reparação de danos emocionais²⁶

É notório, pois, o esforço legislativo em implementar no Direito brasileiro a possibilidade de composição nas searas penais, administrativas e civis, sobretudo com a realização de acordos que favorecem a atividade probante do Estado, no sentido de garantir a melhor resolução para os casos criminosos, com vias a possibilitar esclarecimentos de fatos criminosos complexos na modernidade.

No contexto atual, há um desequilíbrio, uma incoerência legislativa, evidenciada na disparidade entre os textos legais. Ora, na seara civil, a possibilidade de celebração de acordos de colaboração premiada existe na Lei

26. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Restaurativa: o que é e como funciona. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>.

Anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013); na Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ou Lei do CADE (Lei nº. 12.529/2011); e na Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666/1992), mas é expressamente proibida nos casos regulados pela Lei nº. 8.429/1992, isto é, nas práticas de improbidade administrativa.

Como se vê, a proibição da celebração de acordos na Lei de Improbidade administrativa destoa de todos os ordenamentos jurídicos similares, revelando um desalinhamento na estrutura que se propõe a combater os casos delituosos nesta temática.

Em contrapartida, na esfera criminal, a celebração de acordos de colaboração premiada é uma práxis recorrente, que inclusive levanta discussões sobre suas extensões à esfera cível e administrativa, como o debate em tela.

Em resumo, ao sujeito delituoso de prática de atos de improbidade, que se torna colaborador e contribui com as investigações em âmbito criminal (e recebe a diminuição, atenuação ou mesmo anistia das penalidades) não é permitido estender esses efeitos sobre os regramentos da Lei nº. 8.429/1992, de modo que ainda estará submetido às punições deste ordenamento.

Este cenário é de todo inseguro para o delator, que pode se sentir desestimulado a celebrar os acordos de leniência com o poder público, principalmente se no caso em questão o Poder Público ainda não detiver todas as informações que possam levar à condenação do agente delituoso, ou não conhecer a estrutura do esquema que investiga.

Nesta última análise, ambas as partes teriam desvantagens claras: enquanto o agente delituoso não delataria a prática criminosa ou outros partícipes, por medo de ainda ficar sujeito às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa, o Estado não teria carga probatória suficiente para condenar o suposto agente delituoso, ou para revelar e desmembrar esquemas complexos de corrupção e desvio de dinheiro público.

Desta forma, não haveria ganhos em nenhuma hipótese, além de que se distanciaria do espírito legislativo coetâneo de promover práticas de resolução de conflitos baseadas nas transações, acordos e conciliações dos agentes envolvidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde perceber o arcabouço normativo brasileiro objetivando a prevenção e o combate à corrupção, nas diversas esferas autônomas de

responsabilização (administrativa, civil, criminal e penal), reflete a existência de um microsistema anticorrupção previsto em leis esparsas, a saber, Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013); Lei de Defesa da Concorrência/Lei do CADE (Lei nº. 12.529/2011); Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 8.666/1992).

Por outro lado, a tendência pela apreciação de uma administração pública consensual ou dialógica é patente, não só no ordenamento e jurisprudência brasileira, mas em todo o globo. E, assim como acontece com o direito processual penal, também o direito administrativo sancionador brasileiro vem observando o desenvolvimento de ferramentas que permitem às partes substituir a aplicação das sanções previstas em lei por soluções de consenso, como termos de ajustamento de conduta e acordos de leniência.

Com efeito, malgrado a aplicação do acordo de leniência (e acordos de colaboração premiada, portanto) à lei de improbidade administrativa requiera certa atenção, na medida em que se trata de um ordenamento de caráter híbrido, não se justifica a proibição normativa, pois, o ordenamento pátrio tem se tonado uníssono na promoção de acordos e transações do Poder Público com agentes delituosos, como por exemplo, o incentivo geral que dá a Lei de Autocomposição Administrativa.

Ademais, se por um lado a Medida Provisória restou infrutífera por decadência de sua vigência, vale mencionar o esforço legislativo arquitetado não só pela Lei 13.140/2015, mas também pelo Projeto de Lei 5.208 de 2016, que repensa o sistema de conciliação administrativo e imprime a possibilidade do acordo de leniência nas infrações de improbidade regidas pela Lei 8.429/1992, isto é, os ilícitos de improbidade.

De mais a mais, a experiência brasileira e estrangeira tem demonstrado a eficácia da colaboração do infrator na fase investigativa e probatória, ao revelar grandes esquemas de corrupção transnacionais, sobretudo na esfera penal, o que, de toda sorte, não pode ser descartado pelo legislador e operador do direito.

O direito administrativo sancionador, por sua vez, também atento a globalização do crime e da estrutura criminosa, especialmente no combate aos crimes de corrupção e fraude ao sistema de concorrência e ao patrimônio e interesses públicos, tende a adotar práticas de leniência, como já o faz no bojo da Lei Anticorrupção e na Lei de Defesa da Concorrência Nacional, além da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Não há como se negar o encaminhamento mundial em conciliar o infrator e Administrador Público, no anseio de munir o Estado de carga valorativa probante e de dar coesão às normas jurídicas existentes. A experiência atual com esquemas de corrupção revelados pelos mais recentes escândalos de desvio do dinheiro público, como o “Mensalão”, Operação Zelotes, e mais recentemente a “Operação Lava-Jato”, obrigam o Estado a posicionarem-se agressivamente às novas modalidades de prática de ilícitos.

Esta agressividade não se reflete em penas mais severas, mas em normas sistematicamente fortes, formando um complexo legal que além de efetivo, conte com o controle e a punição devida. Nessa esteira encontram-se os acordos de leniência como uma alternativa a desmembramento de grupos criminosos, no auxílio das investigações, provas e acusações, mais seguras e bem sucedidas.

Desta forma, entende-se os acordos de leniência como uma realidade nacional e estrangeira, não só no combate a ilícitos de ordem econômica e antitrustes – como foram pensados inicialmente pelos Estados Unidos no século passado –, mas sobretudo no combate a corrupção pública, e no ultraje do erário e interesse da coletividade.

Nesta toada, a possibilidade de realização de acordos de colaboração premiada no âmbito da lei de improbidade administrativa, conforme demonstrado no trabalho em questão, apresenta-se como uma solução viável, e uma prática exequível na jurisprudência brasileira e na experiência mundial.

O esforço imprimido em uma legislação que enfim regule esses acordos no sistema administrativo já é patente, principalmente se considerarmos a Lei de Conciliação do Poder Público – Lei 13.140/2015 e o Projeto de Lei 5.208 de 2016.

Assim, se acredita em um futuro próximo em que o Sistema de Leniência Brasileiro possa contar com a possibilidade de acordos de leniência, inclusive no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, com nos motivos expostos ao longo deste trabalho.

Assim, espera-se ter contribuído para a compreensão, embora não totalizada, sobre o cenário atual dos acordos de leniência e da celebração de acordos de colaboração premiada no âmbito da administração pública, notadamente na Lei de Improbidade Administrativa, bem como ter possibilitado a familiarização com a temática dos acordos de leniência, a colaboração premiada e a tendência mundial na adoção destes institutos.

REFERÊNCIAS

- AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. **O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- BARBOZA, Márcia; *et.all.* **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da Lei n. 8429/1992**. Márcia Noll Barboza (coord.); Brasília: ESMPTU, 2008.
- BRASIL. **Exposição de motivos da Medida provisória 703 de 18 de dezembro de 2015**. 2015, 2 fls. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP-703-15.pdf>. Acesso em 10 dez 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa: o que é e como funciona**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>.
- DE ALMEIDA NETO, Edmilson Machado. **Combate à Corrupção: Uma Análise do Acordo de Leniência e do Programa de Compliance na Lei nº 12.846/2013**. Brasília: UNB, 2015.
- FERRACINI, Luiz Alberto. **Improbidade Administrativa**. 2ª ed: São Paulo, Aga Júrís: 1999.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 1 ed, Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por acordo de leniência?** In: Revista Jusbrasil. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/101157/o-que-se-entende-por-acordo-de-leniencia>>. Acesso em 26 dez 2016.
- KRAFT, Amanda Moreira. **Acordo de Leniência como Instrumento de Defesa da Concorrência no Brasil**. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2014.
- LUCHETE, Felipe. **Brecha para negociar: Lei volta a proibir acordo em ação de improbidade, mas deve ser flexibilizada**. Revista Consultor Jurídico, 6 de julho de 2016, p. 3
- MATOS, Mafalda. **O Direito Premial no Combate ao Crime de Corrupção**. Universidade Católica Portuguesa: Escola de Direito, 2013.
- MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. **Programas de leniência, corrupção e o papel da Corregedoria da autoridade antitruste**. Brasília: Associação Nacional dos Centros de Pós Graduação em Economia, Universidade de Brasília, 2004. Disponível em <<http://econpapers.repec.org/paper/anpen2004/091.htm>>. Acesso em 18 nov 2016.
- NETO, Giuseppe Giamundo. **MP 703/15 permite acordo em ações de improbidade administrativa**. Revista Consultor Jurídico, 12 de fevereiro de 2016, p. 1
- OLIVEIRA, Marcos César Gonçalves. **O Direito premial, a delação premiada e a leniência**. Revista Online Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241999,81042-O+Direito+Premial+a+delacao+premiada+e+a+lenienc>>. Acesso em 20 nov 2016
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/>>. Acesso em 03 jan 2017.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Acordos em ações de improbidade**. Revista O Globo, n. 29995, 21/09/2015, p. 15.
- _____. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. **O acordo de leniência: avanço ou precipitação?** Revista do IBRAC, v. 8, n. 2, 2001. p. 132.

A DESCOMPASSADA AFIRMAÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A ATUAÇÃO POLÍTICA E IDEOLÓGICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONTEMPORANEIDADE

Thiago Allisson Cardoso de Jesus¹

RESUMO: A descompassada afirmação do Estado de Inocência e a atuação político-ideológica do STF na contemporaneidade. Problema central: Em que consistem as racionalidades políticas e ideológicas, em detrimento da técnica, informadoras da afirmação histórica do *Estado de Inocência* e quais as razões de Estado na atuação recente do STF? Considerando o núcleo essencial; a função limitadora/garantista ante a maximização do poder punitivo estatal em tempos de desassossego; por meio de uma historiografia, pesquisa bibliográfica e documental e análises de discurso, em metodologia reflexiva na perspectiva *bourdiana*, problematiza-se o reconhecimento do EI e a paradoxal mitigação pelo Supremo, dito guardião da Constituição, perscrutando-se a busca por legitimidade ante a desconfiança no Poder Judiciário (FGV, 2016); a fluidez semântica no contexto processual e político criminal de recrudescimento e eleição de inimigos; e as razões de Estado na mitigação e efetivação no devido processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Inocência; Garantia; Mitigação; STF; Racionalidades.

1. PRELIMINARES

Fruto dos resultados iniciais de investigação realizada no Pós-Doutoramento pelo respeitado Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob orientação do Prof. Dr. Nereu José Giacomolli, afigura-se o presente como uma contribuição para as análises da atuação recente do Supremo Tribunal Federal no

1. Advogado criminal, Pós-doutorando em Ciências Criminais pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Mestre em Políticas Públicas (UFMA), Especialista em Direito Público (UCAM-RJ), Bacharel em Direito pela UFMA. Egresso do Programa de Educação Tutorial em Direito (UFMA). Professor de Direito Processual Penal da Universidade Ceuma e Supervisor de Estágio em Penal e Constitucional. Coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Segurança Pública e Sociedade (NEESS) e Professor da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade Ceuma. Professor Titular de Direito Processual Penal na Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e coordenador do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade (UEMA). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e a Associação Nacional de Pesquisa em Direitos Humanos (ANDHEP). Autor de diversas obras publicadas. Cristão católico. Endereço na Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5469677786284210>. Email: t_allisson@hotmail.com

Brasil Contemporâneo, de crise de paradigmas e desassossego.

Com efeito, pensar o dito guardião da Constituição da República implica colocar em *suspense*, com o rigor científico da perspectiva *bourdiana* e sem as amarras da rigidez metodológica positivista, os fundamentos políticos e ideológicos que sustentam – e legitimam – as práticas, no *campo* do Direito, dessa instituição do Sistema de Justiça, considerando o desiderato de assento na Constituição e eventuais hiatos percebidos a partir da dissonância de suas necessárias – e por vezes desmedidas – intervenções no constante processo de (in)efetivação de direitos e garantias fundamentais voltados à contenção do poder punitivo.

Nessa senda, a relevância do tema: trata-se de pensar, relacionamente, como a Constituição é efetivada, após quase 30 décadas de promulgação, a partir do arcabouço jurídico das garantias fundamentais, dos discursos e dos complexos processos decisórios que, desafiando as diversas valorações, realizam em grau máximo; ou pelo seu reverso, as prescrições normativas que (não) asseguram o tratamento dos indivíduos em situação de conflito com a lei penal e de vulnerabilidade ante a face punitiva do Estado.

Como problema de pesquisa: Quais são e em que se fundamentam as racionalidades, políticas e ideológicas, em detrimento da técnica e da efetividade constitucional, informadoras da afirmação histórica do *Estado de Inocência* e quais as razões de Estado na atuação recente do STF?

A hipótese geradora é que o Supremo Tribunal Federal, como instituição e corpo de Ministros, atua, descompassadamente, política e ideologicamente, condicionado aos moldes de uma sociedade punitiva² no Brasil.

O objetivo eleito no presente texto é analisar as (dis)funções de guardião da Constituição, ditas³ ao Supremo Tribunal Federal na ambiência pós-1988,

2. A sociedade punitiva constitui-se pelo uso do que Foucault (2015, p. 7-9, grifo nosso) chamou de *táticas penais*. São 4: excluir, impor compensação, marcar e encarcerar. Para o autor, “**1. Excluir [...]** no sentido de exilar, expulsar, pôr para fora. Com essa tática punitiva, trata-se de proibir a presença de um indivíduo nos lugares comunitários ou sagrados, de abolir ou proibir em relação a ele todas as regras de hospitalidade [...] **2. Impor uma compensação [...]** vão provocar dois procedimentos: a emergência de alguém, indivíduo ou grupo, que será constituído como vítima do dano e poderá, assim, exigir reparação; a culpa provocará algumas obrigações para aquele que é considerado infrator [...] **3. Marcar.** Fazer uma cicatriz, deixar um sinal no corpo, em suma, impor a esse corpo uma diminuição virtual ou visível, ou então, caso o corpo real do indivíduo não seja atingido, infligir uma mácula simbólica a seu nome, humilhar seu personagem, reduzir seu status [...] **4. Encarcerar.** Tática que praticamos, cuja instauração definitiva se situaria na virada do século XVIII para o século XIX [...] Assim, a hipótese inicial seria algo do tipo: há sociedades ou penalidades de exclusão, indenização, marcação ou reclusão.”
3. Usando a expressão *dito*, no sentido de questionar, também pela linguagem, a posição que foi dada e a missão estabelecida constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal que o coloca, na contemporaneidade, em relação de antagonismo com aquilo que demonstra sua prática. Para tanto, perscrutem-se as *verdades* por ele produzidas e as formas pelas quais foram construídas sob a representação das decisões judiciais que aqui serão analisadas, com base nos postulados da análise de discurso *foucaultiana*.

percebendo por meios de seus discursos, revelados em práticas judiciárias, a atuação política e ideológica na mitigação de diversas medidas assecuratórias, garantias fundamentais processuais penais⁴.

O percurso será feito com o amparo da sociologia reflexiva⁵, a partir de Giddens (2012), Bourdieu (2010) e Foucault (2010), permitindo análises contextuais e relacionais, colocando em xeque algumas questões transversais e trazendo à lume o *não dito* e aquilo que, intencionalmente ou não, restou velado. Como ponto de partida, valora-se a mitigação das garantias fundamentais como um problema que deve emergir, a partir de uma visibilidade política, considerando repercussões que estão para além do mundo do Direito, aqui entendido como uma *ciência social aplicada*. De caráter exploratório, a pesquisa faz abordagem predominantemente qualitativa, tratando dados já sistematizados em publicações oficiais e estabelecendo relações com o fito de construção das considerações conclusivas, a partir de articulação de marcos teóricos e julgados, entendidos como produto dos discursos oficiais assumidos pelas práticas judiciárias.

O plano de investigação será desenvolvido, além da introdução e das considerações finais, por duas seções, uma versando sobre o processo de (re)afirmação do *Estado de Inocência* no Ordenamento Brasileiro, com interfaces com o plano internacional humanitário; e outra sobre a (dis)funcionalidade do Supremo Tribunal Federal a partir de sua atuação política e ideológica na famigerada mitigação

4. Em *xequê*, a atuação do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. Faz-se a emergência de uma investigação necessária sobre aquilo que não é publicizado ou não revelado nos votos daqueles que compõem o órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil. Corroborando com a técnica e a ousadia, usa-se do prefácio da visionária obra “Onze supremos: o Supremo em 2016” para justificar o porquê da relevância de ter o STF como unidade de análise considerando a sua importância e responsabilidade no cenário jurídico nacional. Nesses termos, anui-se que “em 2016, o Supremo Tribunal Federal esteve mais do que nunca no centro da política nacional. Do rito de impeachment de Dilma Rousseff até as reformas constitucionais do governo Temer, passando pela Operação Lava Jato, todas as disputas judiciais e políticas que dividiram o país tiveram, de alguma forma, a participação do Supremo. Desde 2002, qualquer um pode sintonizar nas sessões da TV Justiça e acompanhar os votos, argumentos e discussões dos ministros no plenário. Mas essa transparência é insuficiente. Há imagens públicas, há informação, mas ainda falta tradução e análise sobre o comportamento do tribunal. Quais os casos que o tribunal deveria ter decidido, mas não o fez? Quais as implicações políticas de um pedido de vista, de uma mudança de pauta, ou de uma decisão individual liminar? E, fora do tribunal, como as estratégias de diferentes atores têm moldado a pauta e as decisões do Supremo? Quais os efeitos políticos mais amplos de uma mudança aparentemente pequena no regime interno do tribunal? Quais os outros fatores e preocupações – políticas, sociais, econômicas – estão por trás dos argumentos constitucionais feitos no Supremo Tribunal Federal?” (FALCÃO; ARGUELHES; RECONDO, 2017, não paginado, grifo nosso).
5. Conforme Giddens, Lash e Beck (2012, p. 143), “a reflexividade na modernidade envolve uma mudança nas relações de confiança, de tal forma que a confiança não é mais uma questão de envolvimento face a face, mas, em vez disso, uma questão de confiança nos sistemas especialistas. Para Beck, em marcante contraposição, a reflexividade na modernidade implica uma liberdade crescente dos sistemas especialistas e uma crítica a ele [...] O problema da insegurança aparece de maneira importante nas estruturas conceituais de ambos os autores. Isso é notável porque, como já declarei alhures, a preocupação de Giddens – como aquele de sociólogos clássicos como Durkheim – é com o problema da ordem, enquanto a de Beck – como a tradição que vai de Marx até Habermas – é com a mudança. Para ambos, a reflexividade tem como objetivo atingir a minimização da insegurança”.

do *Estado de Inocência* e fomento da (in)efetividade constitucional no que tange a garantia fundamental explícita aqui feita objeto de estudo.

2. ENTRE PRESUNÇÕES E REGRAS DE TRATAMENTO: A (NÃO) AFIRMAÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO EM INTERFACE COM O PLANO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Pelos estudos tradicionais da *processualidade*, notadamente de base italiana e que muito influenciou os estudos sobre processamento no Brasil por décadas, o processo seria considerado uma relação jurídica animada em contraditório (CARNELUTTI, 2010) e demonstraria a capacidade estatal de aplicar o Direito ao *problema penal* (BETTIOL, 2008) experimentado, imprimindo um caráter de instrumentalidade intrínseco ao instituto em comento.

Com efeito, em tempos de desassossego, os fundamentos do *direito de punir* (WEBER, 2010; ANDRADE, 2012; LOPES JR, 2016) que, claramente, desdobram-se no direito de exercer a ação (BOSCHI, 2013), de processar o feito em busca da *verdade* (BARROS, 2013) bem como julgar e, em caso de condenação, executar a pena, para após cumprimento, restaurar a liberdade do indivíduo em conflito com a lei são lançados ao *fogo do debate*, já que manifesta, em múltiplas dimensões, a forma como o Estado lida com a *questão criminal*, complexa e produto das diversas condicionantes que derivam das históricas violências estruturais.

Dessarte, ratifica-se a necessidade do *processo penal* na configuração contemporânea dos Estados Nacionais. Olhando para o sistema processual penal predominantemente acusatório, justifica-se que

o Estado, por meio de seu órgão acusador, necessita do processo para fazer valer a pretensão acusatória, a imputação criminal; o acusado criminalmente responde à acusação no processo, reafirma o estado de inocência e a regra da liberdade, no processo; o cidadão que possui seu direito de ir e vir ameaçado de constrangimento ou já constrangido precisa do processo para proteger a sua liberdade; o direito ao recurso é exercido no processo; o condenado injustamente necessita do processo para desconstituir a eficácia da coisa julgada (revisão criminal). **Em suma, o Estado necessita do processo para prestar a tutela jurisdicional criminal efetiva** (GIACOMOLLI, 2015, p. 429, grifo nosso).

Colocada, por razões científicas e escolhas teóricas e metodológicas, em *xeque* a atuação do Estado constata-se que consiste em nítido e interessado

movimento de política criminal⁶ por meio de um sistema⁷ formado por diversos órgãos e agentes que desempenham diversas funções com base na repartição das competências e atribuições com assento, inclusive, na Constituição da República de 1988, corporificando institucionalizado e formal mecanismo de controle social, dialeticamente dependente⁸.

Nesse sentido, afigura-se o processo penal como nítido *instrumento de política criminal* pelo qual apregoa-se “a inserção do processo penal no âmbito geral da política criminal, de modo que na sua estruturação se levem em conta também as intenções político-criminais que orientam o sistema jurídico-penal como um todo” (FERNANDES, 2001), sendo nitidamente marcado por interesses⁹ e racionalidades¹⁰, (i)legítimos considerados a partir do parâmetro e da axiologia constitucional valorada como apropriada. No campo antagônico do processo, visto pela sua *funcionalidade* e como *garantia*, aduz-se acerca da necessária complementariedade, a partir da qual uma dimensão não suplante a outra. Fernandes Fernandes, nessa linha,

[...] assim como não se pode tolerar a adoção de um processo penal ágil pronto a atender às necessidades de deflação do sistema de justiça criminal mas destituído das garantias processuais, não se admite um

6. Nesse contexto, observam-se os delineamentos de uma política criminal peculiar. Ressalta-se a estreita ligação desse atuar estatal com o Direito Penal à luz das construções teóricas empírica e científica que informaram a Criminologia. A política criminal desenvolvida por um Estado pode seguir, segundo essa linha, racionalidades distintas. Pelo referencial empírico ou pragmático, a atuação estatal se preocupa com as causas da criminalidade com o objetivo exclusivo de proteger os indivíduos e a sociedade desse fenômeno. Outrossim, pelo viés científico, a criminalidade é analisada à guisa de uma base racional reflexiva que considera a principiologia, a produção legislativa e a efetividade das normas.
7. Corroborar-se com Baratta (2002) e Andrade (2012), ao entender que o sistema de justiça criminal é, na verdade, um (sub)sistema de controle social e engloba as formas pelas quais a sociedade responde formalmente a comportamentos e a pessoas que foram eleitas como desviantes, problemáticos, desviantes, inimigos e por meio desta reação acaba por demarcar, selecionando, classificando e estigmatizando o desvio e a criminalidade como forma peculiar desse.
8. Sobre essa reciprocidade nas relações entre os diversos órgãos e agentes que constituem mecanismos de controle social na contemporaneidade, Garland ensina que “os controles formais exercidos pelas agências estatais do sistema penal e os controles sociais informais, que se estribam nas atividades cotidianas e nas interações da sociedade civil. As instituições formais de controle do crime tendem a ser reativas e adaptáveis. Elas operam buscando complementar os controles sociais da vida comum, apesar de muitas vezes interferirem nesses controles sociais, prejudicando sua efetividade [...] **O campo do controle do crime envolve tanto as atividades oficiais de ordenamento social como as atividades de atores e agências privadas, nas práticas e rotinas ordinárias. É comum nossa atenção se voltar apenas às instituições estatais, descuidando das práticas sociais informais, das quais a ação estatal depende**” (2008, p. 47-48).
9. Os interesses constituem o ânimo das condutas indissolúvelmente individuais e sociais; estão presentes em todas as condutas sociais, incluindo as que parecem “desinteressadas”; não estão ligados apenas a ganhos materiais; e podem ser simbólicos, relacionados a bens assim considerados, tão influentes quanto aos outros (MARX, 1999; BOURDIEU, 2010). Nessa linha, “interesses comuns, os quais em princípio, guiariam o processo decisório que afetam os indivíduos, não resultam necessariamente em ação coletiva [...] pois os interesses de poucos têm mais chances de se organizarem do que os interesses difusos de muitos”. (SOUZA, 2006, p. 34).
10. Nessa esteira, Brandom (2002, p. 3), inclusive, já identificou “a racionalidade com inteligência, no sentido de uma capacidade generalizada de obter o que se quer. [...] O que alguém tem razão para fazer, nesse modelo, é o que provê meios para um fim aprovado”.

apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando desse modo a exigência de prestar justiça célere. Em síntese, trata-se de adentrar naquela “terra de ninguém” onde as finalidades de política criminal se confundem com as exigências de tutela dos valores constitucionais e dos valores inscritos na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, sob a influência das mutações históricas e ideológicas que se produzem com o tempo (FERNANDES, 2001, p. 64, grifo nosso).

Na descompassada historicidade da afirmação dos direitos individuais dos que estão em conflito com a lei, sob o jugo da custódia estatal e alvos do *etiquetamento* social, costumeiramente feito pelo sistema de justiça criminal nas sociedades do espetáculo (DEBORD, 2000) pelo qual o Estado demarca a sua mão forte (BARATTA, 2002; ANDRADE, 2012; GIORGI, 2006; JACKOBS, 2011), em uma comunidade política vigiada e marcada pela cultura de punição e do medo realça-se, sobremaneira, o processo de reconhecimento axiológico e de positivação do *Estado de Inocência*¹¹, escopo desse artigo e nomenclatura que, por razões expostas, será frequentemente aqui utilizada.

Pela preferência na utilização do termo *estado de inocência*, conforme proposta defendida por Giacomolli (2015, p.103, grifo nosso), coaduna-se que “em essência, o ser humano nasce inocente, permanece inocente até que o Estado afaste esse estado natural e jurídico, de modo consistente, através do **devido processo constitucional e convencional do devido processo** [...]”.

O uso do vernáculo presunção, como assevera Giacomolli (2015) e pela sua significância para a teoria do Direito, induz a uma suposição, gerando o reverso do que se valora como inaceitável nos moldes do devido processo penal: a dúvida pairar a respeito do *status quo de pessoa* livre e inocente, considerando o estado natural e originário, o que somente seria suplantado somente após decisão irrecorrível exarada pelo órgão julgador competente, a partir da iniciativa do legítimo órgão acusatório, em ambiência de contraditório e possibilidades recursais, comprovando, derradeiramente, que tal presunção não mais merece ser confirmada.

Afigura-se, para fins da presente análise e entendimento que valora-se como apropriado, o estado de inocência como nítida *regra de tratamento* (ILLUMINATI, 1979) da pessoa em conflito com a lei, em qualquer fase que possa

11. Por opção metodológica, far-se-á uso, frequentemente, dessa terminologia, remetendo-se à historicidade da nomenclatura no clássico “Dos delitos e das penas”, de Beccaria, pelo qual apregoava-se que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz [...] com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou” (2012, p. 38). A Criminologia Crítica reflete que é possível identificar elementos filosóficos utilitaristas com quais buscava-se alcançar a felicidade com o menor sacrifício do indivíduo. Trata-se de nítida contenção do poder punitivo estatal ante o reconhecimento da subjetividade do indivíduo em conflito com a lei.

encontrar o movimento do sistema de justiça criminal no enfrentamento do problema penal – ou do sujeito que supostamente o praticou: na investigação criminal, no processamento para conhecimento ou na fase recursal, repercutindo ainda na eventual fase de execução penal considerando os limites do título executivo judicial condenatório formado contra a pessoa agora dita *culpada*.

Tal posicionamento se torna ainda mais contundente quando se leva em conta que o estado de inocência é uma das garantias individuais para a contenção do poder punitivo estatal, notadamente opressor e forte, constituindo marca indelével para um Estado Democrático de Direito, inscrita no texto constitucional¹² bem como na Convenção Americana de Direito Humanos¹³ (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, sem prejuízo do arcabouço jurídico, normativo e principiológico, do plano internacional humanitário, denotando o ordenamento jurídico de proteção à pessoa em conflito com a lei do plano interno na direção contrária aos axiomas garantistas¹⁴, para além de configurar-se como um tipo ideal, fecundando comandos de otimização da atividade de processamento criminal, para efetivação de direitos humanos já declarados.

A *historicidade* do instituto remete aos postulados de formação da sociedade brasileira. Dessa forma, como se torna, inclusive, lógico deduzir, no Brasil Colônia prevaleciam as normas vigentes na Metrópole, principalmente, as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, atestando notas fortes de *colonialidade* – e de institutos distantes da realidade brasileira – na seara do processamento criminal. A legislação portuguesa, que deveria ser destinada exclusivamente para o Brasil, era lá decretada e aqui ditada pelos colonizadores (OLIVEIRA, 2010). Nessa época, não há, pois, referência a direitos individuais nos textos que apontam o constitucionalismo aqui experimentado, tampouco indicação do *Estado de Inocência* como regra de tratamento e/ou contenção punitiva.

12. Artº. 5, inciso LVII da Constituição de 1988 – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
13. Artigo 8º – Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) “Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente **até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida**” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, não paginado, grifo nosso).
14. Ferrajolli, em Direito e Razão (2014, p.57, grifo nosso), aduz que “os axiomas garantistas – formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionalizada e os termos posteriores – **não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa**”.

Com a independência do Brasil e a edição das primeiras normas originais do país, como a Constituição Outorgada de 1824, o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832, sem referências precisas a direitos individuais em matéria de processo, não obstante as previsões na Constituição Norte Americana e na Declaração Francesa¹⁵.

As constituições que seguiram também não faziam qualquer previsão específica ao *Estado de Inocência*, ainda que já tratassem dos direitos e garantias individuais, como aponta Giacomolli:

As Constituições brasileiras anteriores à de 1988, embora destinassem um capítulo específico aos Direitos e Garantias Individuais, através de um rol meramente exemplificativo, **não previam, expressamente, o princípio do estado de inocência**, limitando-se a mencionar que a especificação dos direitos e das garantias contidos na Constituição não excluiria outros direitos e garantias decorrente do regime e dos princípios nelas adotados (2015, p.101, grifo nosso).

Paradoxalmente, interessante que “a primeira norma do país a tratar do princípio da presunção de inocência, ainda que para negá-lo, foi a lei que criou o Tribunal de Segurança Nacional” (ANTUNES, 2013, p. 52). Destaque-se o texto inscrito no artigo 20 do Decreto-Lei nº 88/1937, uma norma processual penal especial quando entende-se pela completude do sistema processual penal, que faz referência ao processamento dos crimes de competência do tribunal de Segurança Nacional. *In verbis*:

Art. 20. No processo dos crimes de competência do Tribunal serão observadas as seguintes disposições:

(...)

5) Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime.

Ou seja, a partir do momento em que o réu fosse preso com uma arma na mão ou documento ou instrumento do crime, em ocasião de insurreição, corroborava-se a sua culpabilidade, cabendo a ele, a partir de então, levantar as provas em contrário. No *reverso*: inocente continuaria a ser.

No Brasil da *Era Vargas*, a base epistemológica e ideológica que movimentava a razão estatal era o da *defesa da sociedade* em detrimento dos direitos individuais, como se percebe com o advento da Constituição de

15. Interessante sempre fazer memória de seu conteúdo que apregoava que “Todo acusado é considerado inocente **até ser declarado culpado** e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o **rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente** reprimido pela lei” (DECLARAÇÃO..., 1789, não paginado, grifo nosso).

1937 e com a edição do Código de Processo Penal de 1942, amplamente inspirado no Código Rocco, italiano, oriundo do Estado fascista e com inspirações de ideologias de claro recrudescimento e mitigação de direitos como a previsão de incomunicabilidade do indiciado preso e a inauguração de processamento criminal a partir da atuação do juiz ou do delegado de polícia, autoridades estranhas à efetivação do necessário princípio da iniciativa das partes. Nessa senda, as racionalidades presentes na exposição de motivos do CPP:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. **As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.** (BRASIL, 1942, sem paginação, grifo nosso)

Concomitantemente ao fim da segunda guerra mundial, e com a efervescência das humanidades que fomenta o homem como a justa medida e o cerne das preocupações dos Estados, percebe-se uma leve mudança no panorama interno considerando o Brasil como signatário da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, fomentando o estado de inocência sob a forma de princípio geral de direito, com o reconhecimento de conteúdo essencial pela doutrina e pela aplicação nas práticas judiciárias a partir dos corolários do *in dubio pro reo e favor rei*. Na DUDH,

Todo ser humano acusado de um ato delituoso **tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público** no qual lhe tenham sido asseguradas **todas as garantias necessárias** à sua defesa. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 7, grifo nosso)

Todavia, a efetivação em grau máximo dos direitos fundamentais individuais restou prejudicada, uma vez que com o golpe militar de 1964 foi implantado, no país, um governo autoritário e ditatorial, cujos resquícios fez com que “o princípio da presunção (de inocência) relegado a um comando meramente abstrato, sem nenhuma aplicação prática (...)” (ANTUNES, 2013, p. 59). Nessa senda, os Atos Institucionais, do nº 1 ao nº 5, consubstanciaram-se em verdadeiros atos de violação aos direitos humanos, ficando a sociedade à mercê do *pesado jugo do autoritarismo militar*

e de suas repercussões nas práticas, discursos e *mentalidades inquisitórias*¹⁶.

Destaque-se, por exemplo, o texto trazido pelo Ato Institucional nº 5, que estabelece, em seu artigo 11 que “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos” (BRASIL, 1967), ou seja, o indivíduo “uma vez acusado e preso por uma situação de crime político ou contra a segurança nacional, sequer a questão podia ser levada ao judiciário” (ANTUNES, 2013, p. 58). Um trato que nos remete à Idade Média no que se refere ao enfrentamento de questões criminais e que seria uma afronta a um conteúdo que Ferrajolli (2011, p. 505) chamou de *princípio fundamental de civilidade*, fruto de uma “opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Movimento fecundo voltado à redemocratização do Brasil¹⁷ e de eferescência no plano internacional culminou na promulgação da Constituição de 1988, pautado supostamente nas modernas concepções de democracia, de respeito à pessoa humana e de justiça social (GONÇALVES, 2013), como bem aponta o preâmbulo do texto constitucional e a axiologia dela depreendida.

Desta feita, a Constituição de 1988 almejou enfrentar arbitrariedades e processos históricos de exclusão, sendo incompatíveis com a nova ordem atos autoritários e injustificáveis do Estado, devendo estritamente observar os princípios e garantias fundamentais. Nessa senda, na obra *Biodiversidade, Democracia e Direitos Humanos*, assevera-se

[...] o apelo ao recrudescimento da força e ao uso de meios violentos para prover imediatamente a sensação de segurança induz o rompimento dos limites de poder do Estado e a banalização da força física em detrimento do movimento de afirmação dos direitos humanos como limite ao poder estatal (JESUS, 2016, p. 427).

16. Decerto, a mentalidade inquisitória demarca a ambiência do sistema de justiça criminal brasileiro. Corroborando, “[...] pouco importando se o modelo processual era inquisitivo ou acusatório, se havia uma maior ou menor, efetiva ou impropícia tentativa de humanização do procedimento e respeito ao imputado, **o fato é que a presunção de culpa sempre orientou a concepção e a estruturação dos institutos processuais**” (MORAES, 2010, p. 38, grifo nosso)
17. Nessa era da redemocratização do país dos idos dos anos 80, sobreleva ressaltar a previsão do *Estado de Inocência* na *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* (1981), na *Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos* (1981) e da *Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos Islâmicos* (1990) que aduziam, respectivamente, que “Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende [...] **o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente**” (ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, 1981, não paginado, grifo nosso); “V- Direito a julgamento Justo: a. Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, **exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente**. b. Ninguém será considerado culpado, **senão após um julgamento justo e depois que tenha sido dada ampla oportunidade de defesa**”. (DECLARAÇÃO..., 1981, não paginado, grifo nosso); “O réu é inocente até que **sua culpabilidade seja provada em um rápido julgamento**” (Declaração Islâmica dos Direitos Humanos, 1981, não paginado, grifo nosso).

Assim, expressamente previsto no ordenamento jurídico, o *Estado de Inocência*, descrito no artigo 5º, inciso LVII do texto constitucional, estabelecendo a norma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, devendo sua incidência subsistir até o momento em que se esgotar, para a defesa, a possibilidade da reforma da decisão condenatória na mesma relação processual, uma garantia fundamental ao indivíduo face o poder punitivo. Fecunda-se o “ônus acusatório da prova, a estrita adesão às competências, a tempestiva contestação da acusação, a temperança na custódia preventiva, a crítica imparcial na valoração dos indícios” (CARRARA, 2010, p. 507-577).

Por fim, há que se destacar que, embora muito tenha se avançado no âmbito dos direitos humanos em nível internacional¹⁸, tardiamente o Brasil passou a ratificar os tratados internacionais de direitos humanos, como, por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), ambos ratificados tão somente em 1992, momento em que o Brasil passou a adotar, de forma cogente, os seus mandamentos sobre os direitos fundamentais, incluindo-se o *Estado de Inocência* (ANTUNES, 2013).

Não obstante a *ratio legis* do Constituinte de 1988 seja de uma clareza incontestada, estabelecendo que o *Estado de Inocência* deva subsistir até o surgimento de decisão definitiva naquela relação processual, a posição inicialmente defendida pelos tribunais, inclusive pelo STF, era de que o *Estado de Inocência*, com assento no texto constitucional, deveria ser interpretado de maneira restritiva, de modo que não seria cabível a concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, devendo ser iniciada a execução provisória da pena com a prolatação da decisão condenatória no segundo grau de jurisdição (CALABRICH, 2015, p. 493), atuação instável¹⁹ e embrião que reflete os *tempos sombrios de outrora* e não projeta o *porvir* da efetividade constitucional,

18. Jurisdição criminal especializada, residual e complementar a atuação do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro, o Estatuto de Roma também apregou para o plano internacional humanitário que “Todo indivíduo será considerado inocente enquanto não for provada a sua culpa no Tribunal, conforme o direito aplicável. Caberá ao Promotor o ônus de provar a culpabilidade do acusado. **Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deverá estar convencido da culpabilidade do acusado além de toda dúvida razoável**” (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 1998, não paginado, grifo nosso).
19. Não é específico da contemporaneidade a atuação paradoxal do Supremo Tribunal Federal. Historicamente, oscila o pensamento e desestabiliza o fenômeno jurídico. Cantisano, em artigo na obra *Onze Supremos: o Supremo em 2016*, historiografou e constatou que “a jurisprudência oscilante do Supremo não é algo novo. É uma herança de muitos anos e não sabemos se continuará assim. O ministro Marco Aurélio disse certa vez que não tem compromisso com seus erros. Essa é uma defesa recente para um problema antigo — mudanças, às vezes, abruptas, de posição de ministros do Supremo sobre as mesmas questões ao longo do tempo. Críticas públicas a esse fenômeno são quase tão antigas quanto o próprio tribunal. Em julho de 1904, por exemplo, A Notícia publicou uma coluna intitulada “Jurisprudência Oscilante”. Em menos de uma semana, o Supremo havia proferido decisões diametralmente opostas” (FALCÃO et al, 2017, p. 107).

esperado para um ordenamento de base constitucional.

3. IDEOLOGIAS E ATUAÇÃO POLÍTICA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS EM COLAPSO E PODER PUNITIVO LEGITIMADO

Um estado democrático é, sem dúvida, um *campo de luta* fecundo para as manifestações dos diversos paradoxos, dissensos e conflitos de ideologias (REALE, 2010) e matrizes fundantes que nutrem os diferentes discursos e práticas na contemporaneidade, repercutindo nas judiciárias, inclusive. É, pois, o Estado como *estrutura-estruturante* (BOURDIEU, 2014) já que condiciona as diversas atuações dos sujeitos assim como permite ser condicionado pelos interesses daqueles, além de notadamente marcado pelos aparelhos ideológicos estatais, sob diversas maneiras, suas intervenções, ratificando o entendimento *althusseriano* que “é indispensável ter em conta não somente a distinção entre poder de Estado e aparelho de Estado, mas também outra realidade que se manifesta junto ao aparelho (repressivo) do Estado mas que não se confunde com ele” (ALTHUSSER, 1985, p.68). Assim,

Designamos pelo nome de aparelhos ideológicos do Estado um certo número de realidades que apresentam-se ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas [...]. Num primeiro momento podemos observar que se existe um aparelho (repressivo) do Estado, existe uma pluralidade de aparelhos ideológicos do Estado. Supondo a sua existência, a unidade que constitui esta pluralidade de AIE não é imediatamente visível [...] Num segundo momento, podemos constatar que enquanto o aparelho (repressivo) do Estado, unificado, pertence inteiramente ao domínio público, a maior parte dos aparelhos ideológicos do Estado (em sua aparente dispersão) remete ao domínio privado [...] **O que distingue os AIE do aparelho (repressivo) do Estado é a seguinte diferença fundamental: o aparelho repressivo do Estado funciona através da violência, ao passo que os aparelhos ideológicos do Estado funcionam através da ideologia [...].** Todo aparelho do Estado, seja ele repressivo ou ideológico, ‘funciona’ tanto através da violência como através da ideologia [...]. (ALTHUSSER, 1985, p. 67-70, grifo nosso).

Nesse contexto, situa-se a atuação do Poder Judiciário, poder constituído, discutido a partir de sua relevância, fundamentos e, também, por meio de seus dilemas.

Para além da aplicação do Direito, nesse Estado, que também é de Justiça Social, não coaduna-se com a axiologia de uma encarceramento de alguém que o Estado não conseguiu movimentar-se suficiente em direção à

formação da culpa tampouco de um inocente, ratificando adágio que manifesta o papel – e também o limite – imposto ao poder punitivo nos moldes da racionalização – e condicionamento – do poder do Leviatã que implica *nocentem absolvere satius est quam innocentem damnari* (é preferível absolver um culpado do que condenar um inocente).

Com efeito, o juiz não é Deus (STRECK, 2010) e por essa reconhecida limitação em sua captação e valoração, depreende-se a necessária possibilidade de reforma, invalidação, esclarecimento e integração de decisões, subprodutos do complexo processo de construção de *verdades* (FOUCAULT, 2010) para o campo do Direito.

Não obstante a estruturação do sistema e o movimento do arcabouço institucional do Estado por esse poder constituído, ante os incrementos das violências e do fenômeno da criminalidade na atualidade provocou-se um *estado de insegurança das coisas*, reflexo de questões sociais mal enfrentadas, ambiente profícuo à banalização do mal, às práticas descontroladas como os linchamentos e o descrédito do Poder Judiciário que, segundo a FGV (2016), detinha apenas 30% da confiabilidade da amostra, de sociedade, ali entrevistada.

Delimitam-se, assim, algumas das razões explicativas para mitigação do *Estado de Inocência*. No julgamento do *Habeas Corpus*, em fevereiro de 2016, o plenário do Supremo, alterou substancialmente o entendimento do STF, decidindo em placar de 7x4 pela admissibilidade da execução provisória da pena estabelecida em decisão condenatória recorrível,²⁰ *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2016e, p. 1).

O *habeas corpus* em comento foi impetrado em favor de Márcio

20. Ao negar o HC 126292, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. A decisão indica mudança no entendimento do STF, que desde 2009 condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância (BRASIL, 2016d).

Rodrigues Dantas, condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime disposto no art. 157, 2º, I e II do Código Penal (CP), com o direito de recorrer em liberdade.

Em xeque, o *Estado de Inocência*, de núcleo essencial historicamente marcado pela instabilidade. Neste sentido, em parecer acerca do tema, Lopes Júnior e Badaró (2016, p. 15, grifo nosso) asseveraram que:

A decisão restringe o marco temporal da garantia constitucional do art. 5º, caput, inc. LVII, da Constituição, que estabelece como marco temporal final da presunção de inocência o ‘transito em julgado de sentença penal condenatória, e não até a confirmação de sentença em segundo grau’!

Verifica-se que ao flexibilizar uma garantia constitucional, o julgado fecundou uma interpretação diversa a conceitos expressos na Constituição Brasileira, que dispõe que o acusado é inocente até ser proferida decisão condenatória transitada em julgado, denotando nítido descompasso entre a *ratio legis* e a *ratio juris*.

Historicamente, entendeu-se pelas doutrinas clássicas de Moreira (1971, p. 145) pela qual o trânsito em julgado “seria a passagem da sentença da condição de mutável para imutável”, não havendo margem para interpretação que limita o estado de inocência a uma sentença recorrível, ou seja, mutável, fruto de uma instável fase de conhecimento, passível de reanálise. Do contrário, em suspense os fundamentos epistemológicos de institutos processuais consolidados e com raízes na contenção do poder punitivo. Nessa linha,

Não pode o STF, com a devida vênia e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. É temerário admitir que o STF possa ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 17, grifo nosso).

Em face da notável discussão acerca da presunção de inocência versus a possibilidade da execução provisória da pena, bem como quanto à validade do art. 283 do CPP, foram ajuizadas as ADC nº43 e 44, pelo Partido Ecológico Nacional e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente.

Por meio da ADC nº43, o Partido Ecológico argumentou que a alteração do entendimento quanto à execução antecipada não poderia ter sido

realizada sem a devida análise da constitucionalidade do art. 383 do CPP, tendo pugnado pela manifestação da Corte Suprema sobre a questão em sede de controle direto e concentrado (BRASIL, 2016f). Neste sentido, trecho extraído da petição inicial da referida ação:

[...] A retomada do entendimento pretérito do próprio Supremo Tribunal Federal foi **levada a termo sem que a Corte tenha examinado a constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP, introduzido em 2011, o qual estabeleceu a necessidade do trânsito em julgado da condenação como condição para que tenha lugar o início do cumprimento da pena de prisão.** Ao reabilitar a antiga interpretação, o Supremo Tribunal Federal não examinou questão essencial para o adequado tratamento da matéria. Para fixar o parâmetro segundo o qual a decisão penal condenatória pode ser objeto de execução provisória, o Supremo Tribunal Federal, data vênia, teria que ter declarado a inconstitucionalidade do artigo art. 283 do CPP: não se pode conferir a este dispositivo legal sentido compatível com a decisão recentemente proferida no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292. Considerando a relevância incontestável de que se reveste a matéria, bem como as dúvidas suscitadas após o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, totalmente pertinente que o STF se manifeste, em sede de controle direto e concentrado, acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da recente opção do legislador, veiculada na Lei nº 12.403, de 2011. (PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL, 2016, p. 9-10, grifo nosso).

Demonstra-se, assim, que decisão do HC nº 126.292/16 é incompatível com o texto constitucional (art.5º, inciso LVII) e com a norma do Código de Processo Penal e por esse motivo, em sede de cautelar, pleiteou pela suspensão das execuções provisórias que estivessem em curso, com a consequente liberação dos acusados encarcerados sem decisão condenatória com trânsito em julgado.

No mesmo sentido, a OAB ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº44 buscando solucionar a controvérsia jurisprudencial com a análise do art. 283 do CPP (BRASIL, 2016f). Em sua petição, a OAB demonstrou que os ministros ultrapassaram os limites semânticos impostos no art.5, inciso LVII da CRFB, alegando que houve uma expressa alteração do preceito constitucional, *in verbis*:

O grande problema é que, por ocasião do julgamento do HC 126.292, essa Suprema Corte operou uma verdadeira alteração do texto constitucional, curiosamente em um caso comum – que sequer se enquadra naquilo que pode ser considerado como uma exceção – por meio do qual buscou repristinar a jurisprudência tradicional, sob o alibi da efetividade

processual. (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2016, p. 16, grifo nosso).

Acrescentou ainda que, para manter seu novo entendimento, o Supremo Tribunal “terá que declarar inconstitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada por meio da Lei nº 12.403/11 – que repetiu o dispositivo constitucional – precisamente para adequar a legislação processual à Carta Magna.” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2016, p. 5).

Alegando inclusive que, além de contrariar o referido artigo do CPP, a alteração também diverge de forma clara dos artigos 105 e 147 da lei nº 7210/84²¹ (Lei de Execuções Penais), no que diz que:

Isso significa dizer que, se a Suprema Corte quiser mesmo assumir o entendimento firmado no HC 126.292/SP – que restringe a garantia constitucional da presunção de inocência –, então precisará declarar a inconstitucionalidade não apenas do artigo 283 do Código de Processo Penal, mas também dos artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2016, não paginado).

De fato, sistematizam-se algumas racionalidades voltadas à mitigação do *Estado de Inocência*, a partir da identificação de excertos do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso nos julgamentos da ADC 43 e 44 no que refere-se à incompatibilidade material e a constitucionalidade presumida dos dispositivos colocados em debate. Sinteticamente, aduziu-se que o “**enorme distanciamento no tempo**, entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena”, implicando análise da lógica da eficiência no processamento criminal ante a morosidade processual, intrínseca a atividade do Sistema de Justiça Criminal no Brasil por diversas questões estruturais.

Ademais, entendeu o Ministro que “o reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória do segundo grau **não viola o princípio da reserva legal**” (ADC 43 e 44, Luís Roberto Barroso, não-paginado, grifo nosso), trazendo à baila uma (mal)dita legítima afronta a conceitos jurídicos firmados no preceito normativo constitucional.

O populismo penal midiático e a busca pelo aumento da credibilidade reveste a ideologia que norteou a prática judiciária, em descrédito, na

21. Vejamos a redação dos artigos: “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução [...] Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”. (BRASIL, 1984, não paginado).

percepção de confiança da pesquisa encomendada junto a Fundação Getúlio Vargas, corroborado no discurso dito que a mitigação do *Estado de Inocência* é “necessária para assegurar a **credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal**” (ADC 43 e 44, Luís Roberto Barroso, não-paginado, grifo nosso).

Dessarte, fragilizando o sistema recursal e os fundamentos políticos e jurídicos do duplo grau de jurisdição, o Ministro realçou o discurso de fortalecimento da tutela penal ao entender que “a **possibilidade dos réus aguardarem** o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade [...] **enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos** resguardados pelo direito penal” (ADC 43 e 44, Luís Roberto Barroso, não-paginado, grifo nosso).

Por fim, motivou-se o *dito* guardião da Constituição a pensar que “a eventual condenação representa, por certo, um **juízo de culpabilidade**, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em contraditório no curso da ação penal. **Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa** – pressuposto inafastável da condenação – embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior” (HC 126.292/SP, STF, Rel. Teori Zavascki, 2016, sem paginação, grifo nosso).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legalidade constitucional que deriva da força normativa da Constituição é vulnerabilizada, paradoxalmente, por quem possui a missão constitucional de assegurar a sua efetivação, em diversas dimensões e por distintas atuações na efervescência do Estado Democrático de Direito Brasileiro no pós-1988, marcado por nítido conflito de ideologias e crise de paradigmas.

Nesse interim, a mitigação de garantias fundamentais afigura-se como apropriada a uma contemporaneidade de riscos, incertezas e de desagregação social, com repercussões diversas, entre elas o descrédito e a desconfiança nas instituições republicanas e poderes constituídos. Assim, compreender a atuação recente do Supremo Tribunal Federal no trato dado ao *Estado de Inocência*, historicamente (re)afirmado e voltado à contenção punitiva estatal, perpassa a análise do referencial ético, político e ideológico que sustenta e legitima o núcleo essencial de proteção da medida assecuratória em comento.

Ora, o Supremo Tribunal Federal, indubitavelmente, é um órgão judiciário que, pela própria natureza, composição e prática judiciária, atua política e ideologicamente, movimentado por interesses e valores, percepções

e vontades, na perspectiva de onze ministros que o integram e que representariam, supostamente, a corporificação da atuação do guardião.

Relacionalmente, perquirir a quem destinam-se as decisões proferidas e as medidas de busca de legitimidade na sociedade hodierna, com base na tentativa de compatibilizar os diversos interesses de uma sociedade declarada constitucionalmente democrática, plural e inclusiva e veladamente punitivista e excludente, são condutas necessárias para bem perceber como aplica o Direito – e nem sempre o efetiva – o Supremo Tribunal Federal.

A atuação descompassada e instável; o atrelamento ideológico aos moldes punitivistas e com o populismo penal na busca por legitimidade perante a sociedade e pela lógica da eficiência no processamento criminal; e o ativismo, por vezes desmedido e descomprometido com o sentimento constitucional que (de)forma conceitos jurídicos processuais que possuem história, fundamentos epistemológicos e referenciais consolidados a partir de núcleos essenciais de proteção devidamente firmados gera insegurança jurídica em tempos que o apego e a busca por cumprir os mandamentos constitucionais passa a ser o mínimo necessário para a coesão da vida nessa comunidade política *dita* democrática e de Direito.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de Inocência e direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: RT, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIJUR, 2012.

BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. São Paulo: LZN Editora, 2008.

BRANDOM, Robert. Introduction. In: BRANDOM, Robert. **Tales of the mighty dead: historical essays in the metaphysics of intentionality**. Cambridge Mass: Harvard U.P, 2002.

BRASIL. **Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 88, de 20 de dezembro de 1937**. Modifica a Lei n.º 244, de 11 de setembro de 1936, que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional, e dá outras providências. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal. 1941**. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Ministro Teorí Zavaski. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**. Paciente: Omar Coelho Brito. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 67.857-2/SP**. Recorrente: José Roberto Campamini. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, 19 de junho de 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102473>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2010.

_____. **Sobre o Estado**. São Paulo: Cia das Letras, 2014.

CADHP. **Carta africana dos direitos humanos e dos povos**. Disponível em <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em 10 mai 2017.

CALABRICH, Bruno et. al. **Garantismo penal integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Russel, 2013.

CARRARA, Francesco. **Il diritto penale e la procedura penale (1873)** apud FERRAJOLLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 10 mai 2017.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

EUA. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia (1776)**. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-irg%C3%A9-1776.html>. Acesso em 10 abr 2017

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **A sociedade punitiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. **A ordem do discurso**. Petrópolis: Vozes, 2010.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ (índice de confiabilidade no Poder Judiciário)**. São Paulo: FGV, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%CC%81rio%20ICJBrasil%20%202%C2%BA%20sem%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 4 set. 2016.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2015.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 2012.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Juruá, 2013.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanicheli, 1979.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. **Reflexões sobre o monopólio estatal da força e seus delineamentos à luz da gramática dos direitos humanos na contemporaneidade**. In GONÇALVES, Claudia Maria da Costa; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de; COSTA, Yuri. Biodiversidade, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer: Presunção de Inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (2016)**. Disponível em : www.academia.edu.com. Acesso em 10 de abr 2017.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAES, Maurício Zanóide de. **A presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. **Ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas**. Disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAeyNsAJ/ordenacoes-afonsinas-manuelinas-filipinas>. Acesso em 10 mai de 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948**. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 10 abr 2017.

_____. **Pacto internacional dos direitos civis e políticos**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.html>. Acesso em 10 abr 2017.

_____. **Estatuto de Roma**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpi.htm>. Acesso em 10 abr 2017.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **O juiz não é Deus – juge n'est pas Dieu**. São Paulo: Juruá, 2016.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

A ESPETACULARIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA ENTRE A GARANTIA DA LIBERDADE DE IMPRENSA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAI

Mirela Schilling Motta¹

RESUMO: O presente estudo tem como tema o debate acerca da espetacularização do processo penal pelos meios de comunicação, e objetiva analisar os desdobramentos do papel da mídia na sociedade, em especial quanto à divulgação de procedimentos da ação penal e fatos criminais. Por meio da pesquisa, pretende-se demonstrar os excessos que são cometidos pela imprensa e pelo Poder Judiciário, que contribui para disseminação sensacionalista da informação, ocasionando a transformação do processo em espetáculo. Necessário, para tanto, analisar a decorrente violação dos direitos e garantias fundamentais do acusado, destacando como são transmitidos os fatos criminosos pela mídia com caráter espetacular e pré-condenatório. De outra parte, objetiva-se expor como os meios de comunicação influenciam a sociedade a condenar precipitadamente os acusados em um julgamento antecipado. A pesquisa buscará, ainda, apresentar o conflito existente entre as garantias asseguradas pela Constituição Federal de 1988 aos meios de difusão de informação e as resguardadas ao processo penal, tais como a presunção de inocência, direito à imagem, dignidade da pessoa humana e respeito ao devido processo legal. Por fim, demonstrar-se-á a relação mercadológica existente entre a imprensa e o sistema penal, e as consequências que dela advém, utilizando-se exemplos de casos jurídicos nacionalmente conhecidos.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia; Sensacionalismo; Processo penal; Espetáculo; Presunção de inocência.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho se debruça sobre o estudo da capacidade de conciliação entre o princípio da presunção da inocência, inerente ao processo penal, e o direito a informação e a liberdade de imprensa, na medida em que há evidente conflito entre os referidos princípios constitucionais quando a mídia exerce sua atividade de informar a sociedade sobre fatos do cotidiano, em especial, quanto às questões criminais.

Pretende-se tratar da exploração abusiva midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo penal, demonstrando a decorrente violação

1. Graduada em Direito pela PUCRS.

das garantias constitucionais do acusado, especialmente em relação ao princípio da presunção de inocência e aos direitos que dela decorrem, como por exemplo, o respeito à imagem, à dignidade, à honra e à intimidade do acusado e seus familiares.

O estudo do tema mostra-se relevante por se tratar de um assunto da atualidade, especialmente em razão da Operação Lava Jato, que é a maior operação deflagrada pela Polícia Federal para investigar casos de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo empresas e políticos brasileiros, e que tem ganhado um espaço em destaque nas grades de programação dos telejornais. A cobertura realizada pela mídia em torno da operação tem sido notoriamente sensacionalista, assim como a de outros casos já divulgados, tais como o assassinato de Isabella Nardoni e o de Eliza Samúdio, fortemente noticiados à época dos acontecimentos.

O que se pretende mostrar neste estudo é a inversão de valores que é realizada pela imprensa ao transformar seu objeto de trabalho (a informação) em mercadoria, moldando-a com características que chamam a atenção do público, mesmo que para isso direitos e garantias sejam agredidos, afinal, vale tudo em nome da audiência e do lucro.

O primeiro item deste escrito aborda o papel da mídia nas sociedades democráticas. O próximo item refere-se à análise do conflito existente entre os princípios inerentes ao processo penal e à liberdade de imprensa. Ao final, há a exposição do tratamento mercadológico do crime, onde se destaca a divulgação prejudicial de dados e informações sigilosas, bem como o tratamento indevido que é dado pelos meios de comunicação a acusados em investigações criminais e réus no processo penal, transformando a atuação judicial em um grande espetáculo de julgamento antecipado.

2. OBSERVAÇÕES INICIAIS SOBRE OS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO QUE EXERCEM O JORNALISMO

A imprensa pode ser definida como um sistema de difusão de informações composto por meios de comunicação de massa, ou seja, revistas, jornais impressos, rádio, televisão e internet, cujo objetivo é divulgar acontecimentos.

Quem intermedia essa relação informacional é a mídia, que, como o próprio nome sugere, desempenha a função de mediadora entre as pessoas e a notícia, ou seja, é um instrumento que serve para transmitir acontecimentos,

através dos mais variados meios de comunicação. O jornalista atua em nome da mídia, sendo o receptor primário e emissor da informação; ele é o mediador entre a realidade empírica e os destinatários do conteúdo informativo.

Em relação à atividade desempenhada pelos meios de comunicação, cabe destacar que não há regulamentação legal, uma vez que a Lei de Imprensa, editada em 1967, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 por ter sido redigida em período que vigia o regime ditatorial no Brasil, e, portanto, trata-se de lei incompatível com o atual regime democrático e com a Constituição Federal de 1988. Por essa razão, eventuais conflitos que possam existir envolvendo a imprensa deverão ser solucionados pelo Poder Judiciário com base nas disposições do Código Civil, Código Penal e/ou Constituição Federal.

Quanto à finalidade, a imprensa existe devido à necessidade das pessoas em se manterem informadas sobre tudo o que acontece, seja dentro da sociedade em que vivem ou fora dela. Ao longo dos séculos a informação tem sido de suma importância para o desenvolvimento humano, pois é ela que favorece a relação entre pessoas e possibilita a formação da sociedade como um todo. Isso porque a informação serve como base para a fomentação do pensamento, da criação das regras sociais e até mesmo para a livre manifestação de vontade humana.

Historicamente, no Brasil os veículos de comunicação assumiram um papel relevante na formação do exercício da cidadania. À exemplo disso, cita-se o movimento social que deu causa à escolha do regime democrático brasileiro, oportunidade em que o povo foi às ruas para se manifestar e lutar pelos seus direitos. Segundo Bayer², “coube à mídia, paulatinamente, apoiar o ativismo democrático, mostrar a mobilização popular e dar voz ao brado de “diretas já”, movimento político-social que fez ruir os pilares ditatoriais”.

A necessidade de informação não é questionável, porque é ela que fornece conhecimento às pessoas e estimula o pensamento destas, de maneira que, sem ela, provavelmente o homem seria um ser isolado, uma máquina facilmente manipulável, e presa fácil daqueles que detém poder.

Os meios de comunicação exercem predominantemente sobre qualquer outra instância o direito de informar. O exercício da atividade da

2. BAYER, Diego Augusto. Ética dos Meios de Comunicação no Direito Penal: Realidade ou utopia. *Temimínos Revista Científica*, v. 2, n. 2, Rio de Janeiro, jul./dez. 2013, p. 168.

imprensa é fundamental no Estado Democrático de Direito, isto porque a divulgação da informação e a manifestação do pensamento são prerrogativas intrínsecas à democracia.

Portanto, a imprensa possui como missão fundamental informar os cidadãos do que acontece diariamente, sendo este o seu papel na sociedade. Mas, afinal, como ela faz isso? Os meios de comunicação possuem acesso aos fatos por meio da equipe de reportagem que vai até o local do acontecimento, bem como pelos materiais recebidos por outras pessoas que presenciaram o fato, colhendo, desta forma, material suficiente para que possa redigir a notícia.

Entretanto, nem todos os fatos serão noticiados, pois a mídia divulga o que julga ser bem aceito pelo público, para assim não desagradar a sua clientela. Existem critérios de noticiabilidade que, conforme Canavilhas³, se “assentam num conjunto de valores/notícia que atuam combinados e que permitem distinguir o que é notícia do que é apenas acontecimento”.

Desta forma, é possível constatar que o público não recebe a realidade tal como ela é. Terá acesso ao ocorrido a partir de um filtro realizado pelos jornalistas, e assim receberá uma realidade de segunda-mão, construída de forma a dirigir a atenção das pessoas para assuntos específicos, por razões econômicas, políticas ou pessoais da mídia.

3. A GARANTIA À LIBERDADE DE IMPRENSA E SEU CONFLITO COM OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL

A liberdade de imprensa surgiu internacionalmente a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, sendo que posteriormente foi assegurada também pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

No Brasil, o direito foi firmado pela Constituição Federal de 1988, promulgada sob um viés democrático. A Carta Magna estabelece e assegura em seu artigo 220 a garantia à liberdade de criação, expressão, e informação, destacando que não sofrerão qualquer restrição.

A liberdade de imprensa é prerrogativa essencial à democracia, na medida em que a atividade que os meios de comunicação exercem é necessária

3. CANAVILHAS, João. **Televisão: O domínio da Informação-espetáculo**. Biblioteca on-line de Ciências da Comunicação, 2001, p. 03.

para trazer informação à sociedade. Sendo assim, a imprensa deve ser livre, sob pena de negar-se ao cidadão o direito de se informar e/ou ser informado. Entretanto, apesar de ser livre, é necessário estabelecer limites à atuação dos veículos de comunicação, do contrário, violam-se outros direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal, uma vez que muitas vezes a imprensa é utilizada indevidamente pelos operadores do meio jornalístico.

Ou seja, a liberdade de informação não é absoluta. Existem princípios constitucionais que funcionam como limites externos à atuação da imprensa no âmbito penal, sendo eles a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, o devido processo legal, a publicidade processual, o segredo de justiça e o sigilo no inquérito policial. Dessa forma, não há dúvidas de que existe um grande conflito entre os princípios aplicáveis ao direito e processo penal e as garantias constitucionais da imprensa.

Por outro lado, a liberdade de expressão e informação como garantia essencial ao funcionamento da sociedade democrática não deveria ser restringida por outros direitos, e por isso nasce o dilema: como resolver esse conflito entre diversas garantias constitucionais?

A mídia constantemente viola o princípio da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana – bem como os direitos à honra, imagem e vida privada a ela inerentes –, ao expor um indivíduo suspeito ou acusado pela prática de um delito a milhares de telespectadores, antes da sentença penal condenatória na ação penal, fazendo com que o réu seja julgado e condenado pelo público em razão do clamor social antes do julgamento do processo. Como bem leciona Farias⁴:

[...] no Brasil, é comum observar-se o lamentável espetáculo de pessoas apontadas como autoras de infrações à lei procurando desesperadamente fugir das câmeras de televisão, ou detentos coagidos para serem filmados nas celas das delegacias de polícia.

Desta forma, cabe a seguinte questão para reflexão: A imprensa poderia noticiar uma investigação criminal desde seus primeiros passos, com a divulgação de nomes de suspeitos e, desse modo, violar a imagem e honra dos investigados, apesar da presunção de inocência? De acordo com Carnelutti⁵, a disposição constitucional da dignidade da pessoa humana e a presunção de

4. FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 1996, p. 120.

5. CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2013, p. 26.

inocência não conciliam com a liberdade de imprensa, eis que com o surgimento da suspeita toda a vida do acusado é examinada e exposta pela *mass media*, de modo que o indivíduo perde totalmente sua dignidade. Nas palavras do autor:

O artigo da Constituição, que se ilude ao assegurar a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Apenas com o surgimento da suspeita, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, examinados, isso na presença de todo mundo. O indivíduo, dessa maneira, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, relembramo-nos, é o único valor que deveria ser salvo pela civilização⁶.

O inquérito policial é um procedimento sigiloso, na medida em que sua publicidade poderia causar a prejudicialidade do certame, com a destruição ou ocultação de provas. E, portanto, sendo sigiloso em âmbito externo, a mídia não poderia ter acesso a informações que ainda não foram documentadas nos autos do processo. Entretanto, tal imposição é violada pelos veículos que exercem a atividade jornalística em seu afã de conseguir matéria exclusiva para atrair o consumidor. Mais do que nunca, temos visto isso atualmente na Operação Lava Jato, onde diversos dados têm sido divulgados “em primeira mão” sob o pretexto de serem de interesse público.

Pequenos trechos de um inquérito policial em andamento divulgados pela mídia levam à imediata presunção de culpabilidade do acusado. Ou seja, informações incompletas são capazes de condenar alguém antes que o indivíduo possa exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que sequer poderá responder sobre o que foi divulgado de forma a esclarecer a verdade por trás dos acontecimentos narrados.

Não há óbice à divulgação, pela mídia, de fatos que estão sendo discutidos em processo sob sigilo, caso haja verossimilhança e interesse público. Todavia, publicar o assunto é diferente de divulgá-lo acompanhado das provas.

Resta claro que a garantia constitucional da liberdade de expressão e informação que é assegurada à imprensa tem o fim de proteger a atividade informativa. Todavia, os meios de comunicação abusam de sua proteção constitucional para publicar matérias de caráter sensacionalista a fim de ganhar maior audiência e conseqüentemente um lucro mais elevado.

Por fim, apesar de a mídia ter a garantia da liberdade de expressão a proteger sua atividade, verifica-se que a presunção de inocência, aliada às garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade as quais lhe são

6. Id., Ibidem.

inerentes, “deve ser utilizada como verdadeiro limite à exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial”⁷.

4. MÍDIA SENSACIONALISTA E SISTEMA PENAL

4.1. O TRATAMENTO MERCADOLÓGICO DO CRIME

A mídia tem desempenhado sua função de informar fatos do cotidiano com sensacionalismo a fim de atrair mais audiência, acabando por não transmitir a realidade tal como ela é.

Assim, temos uma realidade hipermediatizada, onde as pessoas são guiadas pelos meios de comunicação a um universo onde circulam imagens, sons e informações. Esses conteúdos são transmitidos por diversos meios, tais como a internet, o rádio, o jornal impresso ou televisivo, e são interpretados de inúmeras formas por quem os recebe, dependendo da maneira que são levados ao público. Dentre os responsáveis pela divulgação de tais conteúdos, estão os programas que noticiam fatos criminosos, conhecidos como telejornais “políciaescos”. Hoje, estes programas ocupam um grande espaço na grade de programações das emissoras de TV do Brasil em razão da audiência que atraem.

Diariamente, as manchetes dos principais jornais clamam pela atenção da sociedade com títulos e imagens impactantes, destinados a chocar, assustar, e impressionar o público com histórias que envolvem a criminalidade. Entretanto, a abordagem midiática em torno do fato criminoso não se dá com o mero relato do ocorrido. Conforme Gomes⁸, a delinquência é explorada pelos meios de comunicação como forma de entretenimento e também como um elemento forte de controle social que estimula o medo na sociedade, já que esta pensa estar desprotegida ante a sensação do caos transmitida por meio das notícias. Dessa forma, difunde-se uma imagem sensacionalista do crime, que gera um fascínio em quem assiste a notícia pela televisão ou a lê nos jornais, e também um alarme de medo.

Quanto ao interesse do povo pela manifestação da violência e do crime, Cernelutti⁹ acrescenta que:

7. FELIX, Yuri, et al. Mídia e Processo Penal: a coexistência da liberdade de informar e o princípio da presunção de inocência. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 20, n. 1, São Bernardo do Campo, 2014, p. 14.
8. GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e Sistema Penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 107.
9. CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2013, p. 07.

Se dos delitos e dos processos penais os jornais se ocupam com tanta assiduidade, é que as pessoas por estes se interessam muito; sobre os processos penais assim ditos célebres a curiosidade do público se projeta avidamente. E é também esta uma forma de diversão: foge-se da própria vida ocupando-se da dos outros; e a ocupação não é nunca tão intensa como quando a vida dos outros assume o aspecto do drama. O problema é que assistem ao processo do mesmo modo com que delicias o espetáculo cinematográfico, que, de resto, simula com muita frequência, assim, o delito como o relativo processo. Assim como a atitude do público voltado aos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha, uma vez, a multidão para com os gladiadores que combatiam no circo, e tem ainda, em alguns países do mundo, para a corrida de touros, o processo penal não é, infelizmente, mais que uma escola de incivilização.

Entende-se por mercadoria aquilo que pode ser comercializado, vendido a alguém. O crime, para tanto, tem sido objeto de interesse mercantil da mídia, uma vez que a informação passou a ser vendida como se fosse um produto destinado a determinados consumidores, já que na sociedade atual, a preocupação com a violência vem sendo amplamente debatida em todos os lugares, seja no trabalho, na escola, nas reuniões familiares ou até mesmo no transporte público. Com isso, os veículos de comunicação jornalística aproveitam-se dos anseios do povo para vender a informação conforme o gosto do público, incluindo assuntos na pauta informativa que dão grande rentabilidade e lucro. Não é atoa que as notícias relativas à questão criminal asseguram percentuais significativos de audiência no campo jornalístico.

A imprensa sabe que o noticiário apelativo atrai grandes níveis de audiência, em razão de o público ter interesse em saber dos detalhes de um crime e suas facetas cruéis, por isso preenche sua grade de programação na televisão e redige manchetes de jornais impressos com conteúdos de teor sensacionalista, porque é exatamente isso que chama a atenção das pessoas.

Na sociedade de consumo, onde bens e serviços são massivamente consumidos, a informação também entra como produto a ser comercializado; o conteúdo que mais rende lucro é aquele que gera maior audiência. Pela lógica, as notícias que levam a maior receita aos veículos de comunicação são as que discutem ilícitos penais, pois movimentam intensamente a máquina midiática.

Dessa forma, visando sempre a audiência em primeiro lugar, ao invés de descrever os fatos com as informações que podem ser divulgadas sem que prejudique a investigação ou o próprio processo, a mídia sensacionalista explora o caso com imagens e dados ainda não documentados, a fim de inflamar o clamor e a curiosidade do público. Isso ocorre porque as notícias dramáticas e

criminais sempre foram o alimento predileto da imprensa sensacionalista, pois vendem facilmente. A elevada audiência do telejornalismo “policialesco” se justifica principalmente por essa ideia, porque não é só a mídia que tem gosto por tais notícias, mas também a sociedade, que admira a sangria, a tragédia e o drama, comuns às novelas e espetáculos. Gomes¹⁰ explica que:

O jornalismo justiceiro (para alcançar seus objetivos) precisa ser psicanaliticamente atrativo, ideologicamente manipulativo e economicamente viável: a partir de uma matéria-prima (informação) elabora-se uma mercadoria (notícia) que deve ser emocionalmente atrativa (para ter boa aceitação no mercado).

Partindo do pressuposto de que o “produto” crime vende e tem cliente certo, a mídia acaba por dar maior relevância às questões que entende ser mais rentáveis mercadologicamente, tais como assassinatos sangrentos, crimes de corrupção, ou ilícitos que envolvam celebridades, transformando tais fatos em mercadorias da indústria midiática.

4.2. POPULISMO PENAL E ESTIGMATIZAÇÃO PRECOCE DO ACUSADO

A dramatização empregada pela imprensa ao noticiar os fatos criminosos faz com que os cidadãos tenham uma percepção sobre a violência que não é real. Muitas vezes, os meios de comunicação se referem à violência como sinônimo de criminalidade, enquanto na verdade, o crime é apenas uma das formas de violência que abala a estrutura social. Isso faz com que se crie um clima de pânico na sociedade diante dos altos índices estatísticos de criminalidade apresentados pela imprensa, e por consequência os cidadãos demandam maior repressão pela autoridade policial e a imposição de penas mais rigorosas por parte do Poder Judiciário.

A essa problematização é dado o nome de populismo penal, em que por meio de discursos de senso comum o povo costuma exigir medidas repressivas mais duras no âmbito penal, que consequentemente acabam inchando o sistema, ocasionando um hiperpunitivismo.

O populismo se pauta no discurso do medo, da insegurança, que geralmente é transmitido pelos veículos de informação e faz com que as pessoas que os acompanham tomem a informação como verdadeira e exijam mais rigor nas punições, como se elas sequer ocorressem. Além disso, o famoso

10. GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal Midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

bordão “a polícia prende e a Justiça solta” espalhado pelos telejornais “polícialescos” em referência à concessão de liberdade aos suspeitos ou acusados de práticas criminosas tem levado os leitores da imprensa escrita e telespectadores da mídia televisiva a duvidar da eficiência do sistema penal, supondo que há mais impunidade do que efetiva punição da prática delituosa.

Os discursos propagados pela mídia acerca das questões de Direito e Processo Penal influenciam fortemente a opinião popular sobre os assuntos do cotidiano. A opinião da mídia de massa serve de base para o pensamento de diversos indivíduos de determinadas classes sociais e intelectuais, principalmente daqueles que não tem escolaridade completa, por serem facilmente dominados por opiniões. Se antes tínhamos a espécie “homo sapiens”, agora temos uma criada exclusivamente pela *mass media*: o “*Homo Mediaticus*”.¹¹

O populismo penal midiático é o verdadeiro câncer do sistema penal, pois além de interferir no que a população pensa sobre a aplicação das leis, ainda propaga a ideia de ineficiência do Judiciário. Aproveitando-se da influência que possui, a mídia divulga os “problemas sociais” de forma rasa, sem aprofundar o tema, e, assim, forma opiniões incompletas. A imprensa reproduz o discurso de que a pena de morte e a prisão perpétua são maus necessários para erradicar completamente a prática criminosa, levando milhares de pessoas a acreditarem que não há outra solução que seja tão certa quanto essa.

Os cidadãos repetem as ideias destacadas diariamente pelos jornais televisivos “polícialescos” como se fossem suas, não refletindo sobre a veracidade de tais informações. É daí que nasce o velho bordão de que “bandido bom é bandido morto”. Entretanto, onde estão os dados que comprovam que a pena de morte e a prisão perpétua são soluções à criminalidade?

O que a sociedade deve entender, em verdade, é que pessoas que cometem crimes não são inferiores àqueles que não os praticam. A mídia incute este tipo de ideia distorcida no pensamento do povo, que passa a dividir a comunidade em “homens de bem” e “criminosos”, como se esta classificação realmente existisse no âmbito da sociologia.

O jornalismo justiceiro, buscando incessantemente a audiência trabalha com determinados estereótipos que expressam ideias como desconfiança, anormalidade e crueldade em relação ao delinquente, e impotência, pureza

11. CANAVILHAS, João. **Televisão: O domínio da Informação-espetáculo**. Biblioteca on-line de ciências da comunicação, 2001, p. 07.

e bondade quanto à vítima, criando a imagem do inimigo no tocante ao suspeito, enquanto a vítima segue sendo inocente¹². Ao transmitir, frequentemente, com sensacionalismo, as notícias relacionadas à prática de ilícitos penais, a mídia influencia os cidadãos a criarem uma figura estereotipada de acusado. O público, partindo das informações que são divulgadas pela imprensa, acaba julgando como culpado o indivíduo que ainda está sendo investigado. Conseqüentemente, mesmo que a pessoa possa ser inocentada em uma futura ação penal, continuará a ser taxada como criminosa pela sociedade, já que desde a fase investigativa foi condenada por aqueles que lhe atribuíram a autoria do fato praticado.

No afã de exigir maior repressão aos crimes, os meios de comunicação que exercem a atividade jornalística acabam por violar o princípio da presunção de inocência ao apresentar dados completos sobre o suposto autor do fato, tais como nome, idade, fotografia e até mesmo local onde reside, como se ele já tivesse sido julgado e condenado judicialmente, manchando completamente sua imagem. Por isso diz-se que o populismo penal está atrelado à estigmatização precoce do acusado. A mídia define estereótipos de criminoso e reforça-os com a transmissão das notícias sobre crimes, e partir disso os agentes punitivos elegem aqueles que assumirão os estereótipos e lhes conferem rótulos de estigmatização¹³.

À vista do exposto, identifica-se que o populismo penal e seu fim de propagar o direito penal como *prima ratio* viola princípios e garantias constitucionais, sendo este um fato extremamente preocupante, uma vez que a ideia é repassada à sociedade com força, e o povo acaba convencendo-se de que o discurso é legítimo; por isso vemos grande parte da sociedade reproduzindo os bordões “bandido bom é bandido morto”, “a polícia prende e a Justiça solta” com frequência, além de aplicar estigmas à figura do acusado precipitadamente, condenando-o antes mesmo do julgamento da ação penal que eventualmente possa ser movida.

4.3. O PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO

O espetáculo pode ser definido como algo que atrai a atenção de um determinado indivíduo ou grupo de pessoas; inserem-se no conceito de espetáculo as apresentações públicas de atuação, interpretação, canto ou dança,

12. GOMES, Marcus Alan de Melo. **Mídia e Sistema Penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 108.

13. Id., p. 136.

tais como peças teatrais e atividades circenses.

Criado como forma de diversão e entretenimento, o espetáculo na sociedade atual também toma proporções no processo penal, onde o crime passa a ser a atração principal. Neste sentido, afirma Rubens Casara¹⁴:

Em meio aos vários espetáculos que se acumulam na atual quadra histórica, estão em cartaz os “julgamentos penais”, em que entram em cena, principalmente, dois valores: a verdade e a liberdade. O fascínio pelo crime, em um jogo de repulsa e identificação, a fé nas penas, apresentadas como remédio para os mais variados problemas sociais (por mais que todas as pesquisas sérias sobre o tema apontem para a ineficácia da “pena” na prevenção de delitos e na ressocialização de criminosos), somados a um certo sadismo (na medida em aplicar uma “pena” é, em apertada síntese, impor um sofrimento) fazem do julgamento penal um objeto privilegiado de entretenimento.

No processo penal do espetáculo, os meios de comunicação são responsáveis pela direção do show, na medida em que cabe-lhes mais entreter do que informar o público do que acontece diariamente. A mídia perdeu seu fim informativo, constituindo-se em mais uma forma de entretenimento.

A imprensa vem trabalhando diariamente com escândalos que envolvem a vida de celebridades, bisbilhotando a vida privada de pessoas reconhecidas nacionalmente para render manchete nos jornais. Entretanto, a violação de privacidade não é exclusiva do mundo dos *paparazzi*. Repórteres de telejornais diários também invadem a esfera privada de acusados pela prática de condutas delituosas, e não raras vezes a divulgação de notícias sobre crimes ofende a honra e dignidade do investigado ou réu, destruindo toda sua reputação.

A mídia busca através do sensacionalismo aumentar seus índices de audiência. E para tanto, costuma usar o processo penal como material diante do elevado número de pessoas que se interessam pelo fato criminoso. O conflito penal vem sendo abordado pelos meios de comunicação como se fosse um espetáculo, não importando quem esteja envolvido, muito menos o que há de relevante no fato. O que importa para o jornalismo é a audiência que a matéria irá render, para tanto, é redigida e apresentada de maneira que possa abalar o emocional do público, gerando sentimentos como insegurança, ódio, repúdio, medo e vingança, que conseqüentemente aumentam o desejo do povo por repressão. Em verdade, no processo penal midiático, os personagens deixam de ser conhecidos como autor e réu, e passam a serem apresentados como mocinhos e bandidos, heróis e derrotados pela *mass media*.

14. CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo. Justificando*, São Paulo, 14 fev. 2015.

Nesse sentido, Lira¹⁵ destaca que:

A mídia sensacionalista, representada, de modo expressivo, pelo jornalismo policiaisco – o jornalismo investigativo nada tem a ver com o policiaisco e se harmoniza perfeitamente com o Estado Democrático de Direito – encontra seu arrimo a partir dessas premissas. As empresas midiáticas transformam o seu produto – a informação – “em algo interessante (dramatizado, novelizado etc.), de baixo custo e que proporcione bom retorno financeiro”. É bem por isso que **o crime – enquanto “matéria-prima barata” que não acarreta gastos significativos e produz alta lucratividade – constitui, por sua força atrativa, um dos itens obrigatórios da pauta temática.** (grifo nosso).

Na relação entre mídia, instituições e agentes públicos buscando seus quinze minutos de fama, o processo penal torna-se um espetáculo que serve para distrair, provocar interesses e emocionar o público. O enredo da trama inviabiliza a defesa e o contraditório, e em nome do “desejo de audiência”, informações sigilosas vazam à imprensa, imagens são destruídas, fatos são distorcidos, e tragédias acabam transformadas em catástrofes, uma vez que as conseqüências produzidas por esse tipo de divulgação desmedida, não raro, são piores para o acusado do que a pena que ele receberia ao final do processo.

A exploração da emotividade, pavor, medo e indignação são características comuns ao tratamento extraordinário dado ao processo penal pelas divulgações midiáticas sensacionalistas. Atualmente, as notícias são elaboradas até mesmo com pequenas reconstituições do crime, como se tudo fosse um enredo de filme cinematográfico hollywoodiano. Por esta razão que se diz que o processo penal foi transformado em atração espetacular pela mídia de massa.

Um dos casos emblemáticos da cobertura sensacionalista do processo penal brasileiro foi o episódio do assassinato da menina Isabella Oliveira Nardoni, ocorrido em março de 2008. Diversos telejornais, revistas e websites de notícias exploraram o fato com extremismo, utilizando abordagens sensacionalistas como títulos exagerados, fotos, apelo emocional, e reconstituições do crime por imagens 3D.

Os editoriais a época do acontecimento já declaravam o pai Alexandre Nardoni e a madrasta da menina, Anna Carolina Jatobá, como culpados do crime, antes mesmo do encerramento da instrução processual, chegando a tecer um perfil descritivo da personalidade “fria” dos acusados. Não se falava em outra coisa no telejornal que não fosse o caso Isabella Nardoni.

15. LIRA, Rafael de Souza. *Mídia Sensacionalista: o segredo de justiça como regra*. São Paulo: Forense, 2014, p. 19.

O caso não foi diferente do que aconteceu com Bruno Fernandes, ex-goleiro do Flamengo. Enquanto suspeito pelo assassinato de Eliza Samúdio, o jogador apareceu em manchetes de diversos jornais do país, tanto impressos e eletrônicos como televisivos. Na maioria deles, foi condenado antecipadamente pela mídia, que o tratava como culpado do crime antes mesmo da instauração do processo penal, de modo que Bruno passou a ser conhecido pelo povo como assassino ao invés de goleiro de um dos times mais conhecidos do futebol brasileiro.

4.3.1. As violações de garantias e direitos decorrentes da espetacularização do processo

No processo penal do espetáculo, garantias e direitos fundamentais são completamente esquecidos. Nele, o indivíduo que é acusado de praticar uma conduta criminoso tem o direito de provar sua inocência tolhido antes mesmo de ser julgado, sendo declarado culpado em período anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. No entendimento de Ferreira¹⁶ isso ocorre porque:

[...] a realidade da mídia é outra, pois a mesma vem apresentando informações de forma tendenciosa, transmitindo fatos que muitas das vezes levam a sociedade a formar opinião acerca da culpabilidade do acusado, ficando assim abalada a presunção de inocência que é em regra um princípio constitucional. De fato o que se percebe é a imputação do crime pela imprensa, antes mesmo da sentença criminal transitada em julgado.

O desrespeito à presunção de inocência e ao devido processo legal ocorre quando jornalistas e apresentadores de telejornais afirmam, com convicção, que um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos cometeu um crime, sem tratá-lo como suspeito pela prática delitiva, mas sim como culpado, a partir do relato do ocorrido, sem que o indivíduo/grupo tenha sido julgado pelo suposto crime. Dessa forma, a violação ao referido princípio constitucional se dá, em geral, porque o profissional, baseando-se apenas na ocorrência policial registrada na delegacia, em depoimento de policiais que lavraram o flagrante do ocorrido e relato de possíveis testemunhas do fato, divulga nome e imagem do acusado como se ele fosse o comprovado autor do crime, tratando-o como verdadeiro culpado, sem que tenha ocorrido o julgamento processual.

Neste sentido, também se destaca a exposição indevida de pessoas pelos meios de comunicação, que ocorre quando os jornalistas expõem a

16. FERREIRA, Bruno Martins. et al. A Influência da Mídia nos Processos Criminais. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas da FADIPA*, v. 1, n. 1, Ipatinga, 2014, p. 11.

intimidade do acusado e da vítima, sendo pessoa de qualquer idade, sexo ou orientação sexual, submetendo-a ao constrangimento público. Além de expor as partes envolvidas, a mídia inclui seus familiares, explorando a vida privada da família ou sua imagem.

Tendo em vista que o crime é a atração principal do espetáculo produzido pelos noticiários, e que o acusado de praticá-lo está no centro do “palco” montado pela mídia, nota-se claramente que ao divulgar a notícia, o apresentador e o repórter que cobre a matéria não respeitam o direito dos suspeitos de atos infracionais ou crimes de permanecerem calados, violando completamente a garantia constitucional do direito ao silêncio, bem como a proteção contra formas de sensacionalismo, prevista no art. 41, inciso VIII da Lei de Execução Penal. Isso ocorre, por exemplo, quando custodiados em delegacias são instigados pela equipe de reportagem a responderem a perguntas contra a sua vontade ou sem que lhes seja dado conhecimento do direito ao silêncio, pois no caso da notícia isso é sinônimo de confissão do cometimento do crime¹⁷.

Ao publicar as informações sobre fatos criminosos com evidente caráter sensacionalista e espetacular, além de violar as garantias do acusado asseguradas constitucionalmente, os veículos de comunicação ignoram completamente os códigos que visam a estabelecer a ética na atividade jornalística. Os mais conhecidos, segundo Bayer¹⁸, são o Código de Ética e Autorregulamentação da Associação Nacional de Jornais (ANJ), os Princípios Éticos da Associação Nacional dos Editores de Revistas (Aner), o Código de Ética da Radiodifusão Brasileira, da Associação de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), e o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros assinado pela Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj). Apesar de inexistir lei que regulamente o exercício da imprensa, estes códigos, ainda que não sejam codificações com peso de lei, têm a finalidade de orientar a atuação da mídia.

O Código de Ética e Autorregulamentação, bem como os Princípios Éticos da ANER possuem apenas valores principiológicos que guiam a atuação do jornalista, tais como “apurar e publicar a verdade dos fatos de interesse público, não admitindo que sobre eles prevaleçam quaisquer interesses”, “defender os direitos do ser humano, os valores da democracia representativa e a

17. VARJÃO, Suzana. *Violações de direitos na mídia brasileira*: pesquisa detecta quantidade significativa de violações de direitos e infrações a leis no campo da comunicação de massa (guia de monitoramento de violações de direitos). Brasília: ANDI, v. 3, 2016, p. 26.

18. BAYER, Diego Augusto. Ética dos Meios de Comunicação no Direito Penal: Realidade ou utopia. *Temínios Revista Científica*, v. 2, n. 2, Rio de Janeiro, jul./dez. 2013, p. 157.

livre iniciativa”, “garantir a publicação de contestações objetivas das pessoas ou organizações acusadas, em suas páginas, de atos ilícitos ou comportamentos condenáveis” e “assegurar ao leitor as diferentes versões de um fato e as diversas tendências de opinião da sociedade sobre esse fato”.

Por sua vez, o Código de Ética da Radiodifusão Brasileira estabelece em seu artigo 11º, da parte que trata da programação, que “a violência e o crime jamais serão apresentados inconsequentemente”. No tocante aos deveres do jornalista, o Código de Ética dos Jornalistas, redigido pela Federação Nacional dos Jornalistas prevê, no seu artigo 6º, inciso VIII, o dever de “respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem do cidadão” no exercício da atividade.

Na prática, a realidade do jornalismo é totalmente diferente. Quando assistimos ao telejornal na televisão, ou lemos o jornal impresso, é possível notar o sensacionalismo com que a matéria é abordada e o flagrante desrespeito à presunção de inocência e ao devido processo legal, já que o órgão julgador passa a ser a mídia e o povo que a acompanha. O crime é abordado não pensando no interesse público, como deveria ser, mas sim no interesse DO público e PARA o público. O fato é que os meios de difusão de informação se preocupam tão somente com sua audiência, sendo irrelevante o respeito à ética da profissão ou os direitos do acusado¹⁹.

A ANDI – Comunicação e Direitos em parceria com o Artigo 19, Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação Social e Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC/MPF) elaborou uma pesquisa acerca das violações cometidas pela mídia ao noticiar fatos delituosos, e com os dados colhidos gerou o Guia de Monitoramento de Violação de Direitos na Mídia Brasileira. Foram analisados 28 programas de rádio e TV das cinco regiões brasileiras monitoradas entre 2 e 31 de março de 2015. De acordo com os resultados, foram cometidas 4.500 violações de direitos, 8.232 infrações às leis brasileiras, e 1.962 desrespeitos a normas autorregulatórias, como o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros.

O prejulgamento midiático acarreta danos praticamente irreversíveis, uma vez que o acusado jamais deixará de ser criminoso para a sociedade após ser exposto por imagens, áudios, ou documentos.

O Judiciário, de certa forma, contribui para que estas violações sejam

19. BAYER, Diego Augusto. Ética dos Meios de Comunicação no Direito Penal: Realidade ou utopia. *Temimínós Revista Científica*, v. 2, n. 2, Rio de Janeiro, jul./dez. 2013, p. 158.

cometidas, na medida em que alguns juízes emitem pareceres na imprensa com declarações públicas sobre os casos que estão conduzindo, como se já estivessem julgando o processo, porém fora dele, desrespeitando totalmente o princípio do devido processo legal.

4.3.2. A falta de sigredo de justiça no processo penal midiático

As autoridades públicas contribuem para a atividade abusiva da imprensa, ao divulgar dados sigilosos de investigações em andamento, auxiliando o julgamento prévio realizado pelos órgãos de vinculação de notícias.

Isso é mais perceptível em casos que a mídia atribuí grande repercussão. A seletividade de vazamentos não ocorre com todos os fatos e investigações, mas sim apenas em relação àquilo que o público tem mais interesse de se manter informado. Muitas vezes, a mídia tem acesso às delações premiadas e documentos do inquérito policial antes mesmo do próprio advogado da parte investigada.

A divulgação de informações preliminares da investigação faz com que a própria produção da prova seja prejudicada, uma vez que a mídia na maioria das vezes consegue ter acesso a documentos antes do Ministério Público, órgão acusador no processo penal e detentor do ônus probatório, e também do próprio advogado do investigado/acusado, que fica de mãos atadas diante do ambiente de culpabilidade criado pela imprensa.

A paridade de armas no processo penal é naturalmente desproporcional, na medida em que o trabalho da acusação é facilmente elaborado diante dos elementos indicativos de possível autoria e materialidade do fato constantes do inquérito policial, enquanto a defesa deve usar de todos os instrumentos lícitos possíveis (que na prática são ínfimos perto do material que dispõe a acusação) para desconstruir as alegações acusatórias. Com o trabalho da mídia, esta dificuldade se expande em níveis totalmente alarmantes, pois a defesa se vê impossibilitada de convencer o julgador da inocência do réu diante do julgamento prévio já realizado pelos meios de comunicação a partir de dados que sequer o advogado teve acesso.

Ainda, em relação à Operação Lava Jato, que atualmente vem ocupando boa parte da grade de programação das emissoras de televisão e também de manchetes em *websites* de notícia e jornais impressos, uma colunista do Jornal Folha de São Paulo revelou que em momento anterior às coletivas de imprensa sobre a operação é feita uma reunião em que são divulgadas informações extraoficiais envolvendo nomes de investigados e temas protegidos

por segredo de justiça.

Assim, denota-se, claramente, que não há segredo de justiça quando se tratam de casos de grande repercussão na mídia. Em março de 2017, o depoimento sigiloso de Emílio Odebrecht foi vazado para a mídia pelo mesmo juiz que, em outra ocasião diversa, divulgou áudios interceptados entre a ex-presidente Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula.

O fato indiscutível e inegável é: o espetáculo que se tornou o processo penal a partir da série de divulgações precipitadas de informações, aliadas a entrevistas dadas pelo magistrado que atua no caso, bem como por policiais responsáveis pela investigação, tem transformado o processo em um jogo de atração de público para fins meramente mercantis ou políticos, que no fim não significa nada além de um grande prejuízo para o exercício do direito à defesa, do devido processo legal e da aplicação de direitos e garantias constitucionais das pessoas acusadas de praticarem o crime.

O processo penal tornou-se um verdadeiro campeonato do bem *versus* o mal, com a diferença de que não há vencedores nessa disputa, independentemente de quem seja o vilão ou o herói. Cria-se um “Tribunal de Exceção”, uma vez que os casos são julgados pelo público e pela imprensa, antes do julgador sentenciar o caso.

A sociedade do espetáculo chegou ao ponto de exaltar a violência, da mesma forma que a repudia, tendo um sentimento totalmente conflitante com aquilo que pensa. As pessoas buscam acompanhar todos os detalhes de determinados processos como se estivessem assistindo a um filme, e absorvem as informações repassadas pela mídia com pressa, sem parar para refletir sobre o conteúdo produzido, de forma a fazer um juízo de valor precipitado para decretar a condenação de alguém.

Por fim, cumpre referir que devem ser respeitados os direitos e garantias constitucionais do acusado, bem como os princípios que norteiam o processo penal, ainda que exista a liberdade de imprensa, pois esta não é absoluta. Não pode haver uma sobreposição dos princípios que garantem a liberdade de expressão e de informação sobre a presunção de inocência e o direito à proteção da imagem. Isso porque devem conviver harmoniosamente; ainda que uma pessoa cometa um crime, ela não deixará de ser um ser humano, que possui valores e direitos. Em verdade, o tratamento mercadológico que a mídia dá para as notícias deve ser contido, pois o processo penal não é um espetáculo como os veículos de comunicação têm tratado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do papel fundamental que a mídia possui nas sociedades democráticas, na era atual da informação, constata-se que a população, antes informada de fatos relevantes, tornou-se desinformada e manipulada, uma vez que o objetivo central da mídia passou a ser o entretenimento e a diversão, abdicando do conteúdo informativo para buscar distrair o público com matérias que julga agradável-lo.

O fim da mídia passou a ser obter níveis elevados de audiência em programas televisivos e lucratividade com a venda de jornais impressos a partir da divulgação de capas que atraíam a atenção do leitor. Para tanto, a imprensa utiliza artifícios capazes de mexer com a emoção do público, causando desde tristeza até indignação. E não há objeto melhor do que o crime para fazer com que a mídia atinja o seu fim.

Como se demonstrou ao longo do presente trabalho, o crime tem sido visado pelos veículos de comunicação como instrumento para atingir audiência, já que a sociedade é atraída pela criminalidade, ainda que a repugne. As pessoas estranhamente se interessam por fatos criminosos, especialmente se tiverem requintes de crueldade, talvez porque imaginam estar acompanhando um filme ou novela com a temática. Isso porque a mídia expõe os casos exatamente como se fossem espetáculos.

O processo penal é um assunto que nos é muito caro para ser conduzido de forma tão leviana. Não deveria servir jamais para satisfazer interesses mercadológicos ou políticos, ainda mais quando utilizado pelos veículos de comunicação em sua atividade informativa. A mídia deve exercer seu papel informativo com liberdade, em conformidade com os princípios da liberdade de expressão e de informação que a Constituição Federal de 1988 instituiu para tanto. Todavia, não pode cometer excessos; proibi-los não é impor limitação ao exercício da liberdade de imprensa, pelo contrário, o que se propõe é uma conciliação com outros princípios que a Carta Magna assegura.

A mídia deve ser livre, mas não ao ponto de poder violar expressamente princípios da Constituição Federal, como a presunção de inocência, o direito ao contraditório e à ampla defesa, o respeito à imagem, à dignidade da pessoa humana e à privacidade. O que se nota dos telejornais e jornais impressos ou *on-line* é que tais princípios vêm sendo desrespeitados constantemente, principalmente em se tratando do processo penal.

Foi constatado a partir da pesquisa que o processo passou a ser considerado uma nova modalidade de espetáculo graças à cobertura sensacionalista que o jornalismo tem dado aos atos processuais. Muitas vezes, o Poder Judiciário e o Poder Executivo contribuem para a atividade excessiva dos meios de comunicação, na medida em que juízes têm emitido pareceres em jornais dando a entender como julgarão o caso, e a polícia tem fornecido subsídios à atuação dos meios de difusão da informação. Obviamente toda essa atuação exagerada recebe a aprovação do público.

O que se vê com essa vasta emissão de pareceres de julgadores na mídia é uma aula de como um magistrado não deve conduzir um processo penal. O problema é que esse ensinamento está sendo transmitido em jornais de grande repercussão, com aparência de ser uma aula que mostra como deveria ser o processo penal, de modo a reforçar mais ainda o empobrecimento da formação de opinião do brasileiro médio.

A partir da divulgação espetacular que a mídia realiza dos casos criminais e processos penais em andamento, os meios de comunicação violam principalmente o princípio da presunção de inocência, pois levam os acusados a um julgamento antecipado. E caso as partes sejam inocentadas ao final da ação penal, ainda permanecerão como culpadas da prática delitiva, pois o povo toma como verdade o parecer emitido pelos veículos de comunicação.

Por isso, é necessário que exista um limitador aos abusos cometidos pela mídia. Além da responsabilização pela via processual com ação de indenização por danos morais, é necessário que se tenha uma forte fiscalização da atuação dos operadores da mídia para evitar que certos comportamentos sejam executados.

Dessa forma, por meio deste estudo, pode-se concluir que o índice de violações cometidas pela mídia ao divulgar fatos delituosos é preocupante. Caso não haja uma fiscalização rigorosa estas violações poderão tornar-se ainda mais graves.

REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Perseu. **Padrões de manipulação na grande imprensa**. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.
- ARBEX JR., José. **Showrnalismo**: a notícia como espetáculo. São Paulo: Casa Amarela, 2001.
- BAYER, Diego Augusto. Ética dos Meios de Comunicação no Direito Penal: Realidade ou utopia. **Temimínos Revista Científica**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 153-173, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.cneqj.com.br/ojs/index.php/temiminos/article/view/17/17>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

- CANAVILHAS, João. **Televisão**: O domínio da Informação-espetáculo. Biblioteca on-line de ciências da comunicação. Disponível em: <www.bocc.ubi.pt/pag/canavilhas-joao-televisao-espectaculo.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2013.
- CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**: (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASARA, Rubens. Processo Penal do Espetáculo. **Justificando**, São Paulo, 14 fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo>>. Acesso em: 04 abr. 2017.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Nuria Fabris, 1996.
- FELIX, Yuri. et al. Mídia e Processo Penal: a coexistência da liberdade de informar e o princípio da presunção de inocência. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 20, n. 1, p. 1-22, 2014. Disponível em: <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/19/17>>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- FERREIRA, Bruno Martins. et al. A Influência da Mídia nos Processos Criminais. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas da FADIPA**, Ipatinga, v. 1, n. 1, p. 1-35, 2014. Disponível em: <<http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/viewFile/153/pdf>>. Acesso em: 15 maio 2017.
- FIDALGO, Alexandre. Imprensa pode noticiar assuntos tratados em processos sob sigilo. **Revista Consultor Jurídico**, 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-11/liberdade-expressao-imprensa-noticiar-assuntos-tratados-processos-sigilo>>. Acesso em: 16 abr. 2017.
- GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal Midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. **Mídia e Sistema Penal**: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- LIRA, Rafael de Souza. **Mídia Sensacionalista**: o segredo de justiça como regra. São Paulo: Forense, 2014.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- RAMONET, Ignácio. **A Tirania da Comunicação**, 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- VARJÃO, Suzana. **Violações de direitos na mídia brasileira**: pesquisa detecta quantidade significativa de violações de direitos e infrações a leis no campo da comunicação de massa (guia de monitoramento de violações de direitos). Brasília: ANDI, 2016, v. 3. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/publicacao/guia-de-monitoramento-violacoes-de-direitos-na-midia-brasileira-iii-0>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

A HETEROGENEIDADE DO ESTADO NA PERSECUÇÃO PENAL: DA PRESENÇA NO INQUÉRITO POLICIAL E NO PROCESSO PENAL À AUSÊNCIA NO SISTEMA CARCERÁRIO

Luiza Dias de Oliveira¹

Marcos Pippi Fraga²

RESUMO: O presente artigo busca abordar as diferentes nuances do Estado durante a persecução penal, desde a lavratura do inquérito policial até o processo de encarceramento. Essa heterogeneidade estatal fica evidente quando confrontada a presença no que diz respeito aos agentes e instituições que atuam na investigação, denúncia e processo e à infraestrutura construída para que atuem, e a ausência durante a execução penal. Primeiramente se esclarecerá como começa a atuação do Estado, desde a instauração do inquérito policial aos momentos do processo, para, posteriormente, entender como se deu a expansão do Poder Judiciário. Em um segundo momento será explorado o outro lado do Estado, que é ausente no momento do encarceramento e na sua obrigação constitucional de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral. A Cadeia Pública de Porto Alegre e o Presídio Estadual Feminino Madre Pelletier serão utilizados como exemplo.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; Persecução penal; Encarceramento; Segurança pública.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo busca abordar as diferentes nuances do Estado durante a persecução penal, desde o inquérito policial, o transcurso do procedimento de instrução processual, até a fase de execução por meio do encarceramento. A heterogeneidade estatal fica evidente quando se vê uma presença constante no que diz respeito aos agentes que atuam no processo de persecução (Delegados, Policiais e Promotores de Justiça), e à infraestrutura fornecida para que atuem, mas uma ausência durante o encarceramento. Tomando como exemplo a Cadeia Pública de Porto Alegre, antigo Presídio Central, observa-se a falta de saneamento nos complexos, o precário atendimento médico, a superlotação e o não fornecimento de itens de higiene e de alimentos.

1. Mestranda em Ciências Sociais/Unisinos. diasoliveira.luiza@gmail.com

2. Graduando em Direito/PUCRS. marcospippifraga@gmail.com

Nesta mesma direção, o Presídio Estadual Feminino Madre Pelletier, também sediado na capital gaúcha, é um dos dois únicos estabelecimentos prisionais do Rio Grande do Sul a ter maternidade e berçário, apesar da legislação assegurar que todas as prisões para mulheres deveriam ter a infraestrutura necessária para abrigar bebês. A prisão funciona em um prédio antigo, de pé direito alto e janelas quebradas, bastante frio e úmido nos meses de inverno. As consultas com pediatra e ginecologista são poucas e demoram para acontecer.

Para realizar essa análise sobre a heterogeneidade do Estado, serão utilizados autores que ajudem na compreensão das suas diferentes funções e atuações, assim como dos atores presentes em cada parte da persecução penal. Primeiramente, será esclarecido como começa essa ação, desde o inquérito policial aos momentos do processo, para, posteriormente, entender como se deu a expansão do Judiciário e suas diferentes atuações. Em um segundo momento será explorado o outro lado do Estado, que é ausente no momento da execução penal, ou seja, no encarceramento. Aquele que impõe a punição tem o dever de assegurar que a pena restritiva de liberdade seja cumprida apenas nesse âmbito: restringindo a liberdade, quer dizer, que essa seja a única imposição ao transgressor. Falta de atendimento médico, de condições de saneamento, superlotação, entre outros problemas, são fatores extras acrescentados à punição, tornando-a mais desumana e degradante.

2. O LADO PRESENTE DO ESTADO

Para compreender como o Estado se faz presente durante a persecução penal, é necessário, primeiro, elencar quem são os atores e como esse processo, de fato, acontece. O começo está na investigação preliminar, usualmente na forma do inquérito policial. “A polícia brasileira desempenha dois papéis (nem sempre) distintos: a polícia judiciária e a polícia preventiva” (LOPES JR., 2014, p. 501). A primeira é desempenhada pelas Polícias Civil e Federal e é a encarregada pela investigação preliminar e posterior indiciamento (ou ausência deste). Já a segunda diz respeito às Polícias Militares, que realizam um policiamento preventivo ou ostensivo, e não são encarregadas, via de regra, por investigações preliminares.

O Ministério Público (MP) é autorizado a requerer a abertura de inquéritos e a acompanhá-los, podendo participar de forma ativa, “mas sua presença é secundária, acessória e contingente”, ou seja, o MP não “pode assumir o mando do inquérito policial” (*Ibid.*, p. 502). No entanto, há a carência de

uma lei que regulamente especificamente o procedimento investigativo realizado especificamente pelo MP. É importante ressaltar o direito à defesa e ao contraditório que deve estar presente desde a instauração do inquérito, apesar de sua eficácia ser, por vezes, insuficiente.

O inquérito é finalizado na forma de relatório que é remetido ao foro para distribuição a um juiz, que dá vista ao Ministério Público. A partir daí o promotor tem algumas opções: oferecer a denúncia, solicitar o arquivamento, pedir diligências ou realizá-las. Oferecida a denúncia, é aberto prazo para a resposta à acusação, isto é, uma defesa preliminar, considerada o primeiro ato formal da defesa. Depois, o juiz pode absolver o réu sumariamente, dando fim ao processo, ou receber a denúncia dando seguimento para audiência de instrução e julgamento, neste momento, o suspeito passa a ser considerado réu (cf. Lopes Jr., 2014). “A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do procedimento comum (ordinário ou sumário), pois é o momento da produção e coleta da prova, seja ela testemunhal, pericial ou documental e, ao final, proferida a decisão” (*Ibid.*, p. 1.784). Por fim, são entregues os memoriais ou feitas as alegações finais orais, primeiro pelo acusador e depois pela defesa.

Em um último momento, o magistrado pode decidir pela condenação ou absolvição do réu. É importante destacar que a pena privativa de liberdade só deverá começar a ser cumprida com o trânsito em julgado, ou seja, quando todos os recursos estiverem esgotados. Pelo menos esse era o caso até 2016, quando o Supremo Tribunal Federal, ao negar um *Habeas Corpus*, entendeu que o possível início do cumprimento da pena a partir da confirmação da sentença em segunda instância era constitucional, isto é, não feria o princípio da presunção de inocência, assegurado pela Constituição.

Em um sistema acusatório o processo é público, o juiz é um árbitro imparcial e a gestão da prova se encontra nas mãos das partes. A investigação sigilosa e a quebra de imparcialidade do juiz (que assume a dupla função de acusar e julgar) é o que caracteriza, sobretudo, o sistema inquisitório. Um sistema acusatório é tendentemente democrático, enquanto um sistema inquisitório é dado a práticas punitivas autoritárias. O sistema processual penal brasileiro tem uma fase preliminar – o inquérito policial – de caráter inquisitório e uma fase processual acusatória, ou pelo menos, proposta como acusatória, pois comporta dispositivos de caráter inquisitorial que comprometem a posição de imparcialidade do juiz (KHALED JR., 2010, p. 294).

Todos os atores citados nesse processo – Policiais Cíveis e Federais, Promotores de Justiça, Juízes de Direito e servidores – fazem parte do corpo técnico

qualificado que acompanha e atua em todo o procedimento, desde o inquérito policial até a condenação ou absolvição. Ingressam na função por meio de concurso público, ou seja, por mérito, e serão funcionários ligados diretamente às instituições (Polícia Civil e Federal, Ministério Público e Poder Judiciário).

Neste trabalho, abordaremos mais profundamente a questão do Judiciário moderno para compreender sua estrutura e presença nos processos punitivos. O Judiciário é diretamente influenciado pelas revoluções francesa e americana: “A experiência francesa, mais republicana que liberal, modernizou a função de justiça comum do Judiciário, mas não lhe conferiu poder político” (ARANTES, 2007, p. 80). Já a americana, por outro lado, possuía características mais liberais, elevando o Judiciário à poder político e atribuindo-o a tarefa de mediar conflitos particulares. Orientados pelo princípio desenvolvido por Montesquieu para a separação dos poderes, limitando, assim, o poder do Estado e garantindo as liberdades individuais, os dois países distinguiram as funções do Judiciário, Executivo e Legislativo (cf. Arantes, 2007).

A condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo parlamento. Essa função, conhecida como *judicial review* ou *controle de constitucionalidade das leis*, coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes, exatamente naquela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas (leis e atos executivos) capazes de impor comportamentos (*Ibid.*, p. 82).

Para o autor, nos países em que o Judiciário tem a possibilidade de decidir quanto à constitucionalidade das leis, como no Brasil, ele deve ser considerado como um terceiro poder, um órgão controlador dos demais poderes. Nos outros casos, em que não existe essa função, ele desempenha o papel de mediar os conflitos particulares, sem desempenhar nenhum posto político. Tocqueville considerava o Judiciário, no contexto da separação em três poderes, como poderoso e o único equilíbrio da democracia, dada a sua capacidade de controlar se as leis promulgadas pela maioria estavam de acordo com os preceitos da Constituição. No entanto, via alguns problemas na magistratura: atribuía à ela uma função antidemocrática, considerava que os juízes tinham garantias e privilégios quase aristocráticos, via uma tendência ao conservadorismo e uma morosidade nos processos.

A partir da segunda metade do século XX, o Judiciário passa a ter uma função de implementador de direitos sociais e coletivos. Existem duas

vertentes que analisam a expansão do Judiciário nesse momento: a sociológica e a jurídica. A primeira diz respeito à expansão e dificuldades desse terceiro poder associadas à concepção e às tensões do Estado de Bem-Estar Social. O segundo se refere ao maior acesso à justiça que a população passa a ter. “O Judiciário teria conhecido importante expansão ao longo do século XX também porque o direito e as regras processuais mudaram muito, colocando a Justiça ao alcance formal dos atores coletivos da sociedade” (*Ibid.*, p. 98).

No Brasil, essa expansão se deu a partir da década de 1930, com o governo de Getúlio Vargas, levando à criação de novas legislações sociais, principalmente as com cunho trabalhista. Nesse contexto, foram criadas as Justiça do Trabalho e a Eleitoral, esta com a função de regular as eleições que antes eram fraudadas (cf. Arantes, 2007).

A primeira onda de expansão do Judiciário brasileiro nas décadas de 1930 e 1940 foi impulsionada por uma tendência mais profunda e duradoura da política brasileira: a desconfiança em relação às instituições político-representativas e à capacidade do regime democrático de atender às necessidades da sociedade, inspirando soluções alternativas do problema da ordem social e dos conflitos coletivos. Essa matriz ideológica voltaria a operar na segunda onda de expansão da Justiça brasileira, a partir dos anos 70, quando se atribuiu a um órgão do próprio Estado a responsabilidade principal de defesa dos interesses difusos e coletivos perante o Judiciário: o Ministério Público (*Ibid.*, p. 102).

Na década de 1980, o país passou por uma profunda mudança no ordenamento jurídico. Passaram a ser reconhecidos os direitos difusos e coletivos, passíveis de abertura de processo judicial. Na época, o Ministério Público arguia possuir função de representante e defensor da sociedade, apesar de ser “uma instituição do Estado responsável por acionar o Judiciário em áreas bem delimitadas como o da ação penal” (*Ibid.*, p. 102).

No entanto, há que se observar que a expansão do Judiciário não teve apenas resultados no que diz respeito à implementação de direitos sociais e coletivos, mas também na punibilidade e em maiores índices de encarceramento. De acordo com o Relatório de Metas Nacionais de Poder Judiciário 2016, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), houve uma quantidade menor de processos criminais distribuídos em 2016 do que em 2015, e uma quantidade maior de processos julgados, correspondendo a 2,10 milhões e 2,03 milhões, respectivamente.

Já no tocante às execuções penais, segundo o Infopen 2014, informativo sobre a situação penitenciária disponibilizado pelo Ministério da Justiça,

apenas entre 1990 e 2014 houve um aumento de 167,32% na população carcerária brasileira. Entre 1995 e 2010, o Brasil registrou o maior crescimento nessa população se comparado aos 50 países com a maior massa carcerária no mundo. Os dados indicam que, naquele ano, 607.731 pessoas encontravam-se encarceradas, sendo que o número de vagas disponibilizadas era de 376.669. Ou seja, existia um déficit de 231.062 vagas. Isso significa que o Brasil tem a quarta maior população prisional do mundo. Do total de internos, 41% não possuíam condenação.

Ainda de acordo com o Infopen 2014, existiam 1.424 unidades prisionais no Brasil, 96 delas localizadas no Rio Grande do Sul. No Estado, existiam 250,4 pessoas privadas de liberdade para cada 100.000 habitantes. Conforme Fingerhann (2016, p. 10), em relação a dados divulgados em 2015, 53% dos internos no Brasil foram condenados a penas de até 8 anos de prisão, o que significa que, por lei, fica autorizada a concessão de regime semiaberto ou aberto para cumprimento da sentença. No entanto, isso se aplicava a apenas 18% dessa população.

Ou seja, existe um esforço que envolve o Poder Judiciário e as polícias no sentido de encontrar culpados de crimes, julgá-los e condená-los. A “Meta 1” do relatório mencionado anteriormente garante que “tem por foco a produtividade e a prevenção à formação de estoque de processo. Para isso, preconiza o julgamento de quantidade maior de processos, inclusive recursos, do que os distribuídos no ano corrente” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 9).

Assim, existe uma busca pela celeridade processual e pelo encerramento de processos que, no final das contas, faz com que o sistema carcerário fique cada vez mais superlotado. “Se cerca da metade destas pessoas poderiam ter sido condenadas em regime mais brando [...] poder-se-ia arriscar que o déficit de vagas no regime mais gravoso estaria superado no Brasil caso as diretrizes legais fossem melhor observadas por nossos juízes” (FINGERHANN, 2016, p. 10). No entanto, a questão da superlotação segue presente.

3. O LADO AUSENTE DO ESTADO

Se por um lado a expansão do Judiciário possibilitou um maior acesso às políticas públicas e sociais, por outro, aumentou também a punibilidade e, como visto anteriormente, fez com que o número de pessoas encarceradas aumentasse de forma assustadora desde a década de 1990. Isso resultou em

uma superlotação de construções que já eram defasadas e não possuíam a infraestrutura necessária para o recebimento de pessoas em restrição de liberdade. Neste sentido, o Estado se limita em fornecer a precária estrutura e o aparato técnico, permanecendo ausente no que diz respeito à manutenção de direitos, de acesso à saúde e à educação, ao oferecimento de condições dignas e, por vezes, à soltura no momento adequado.

Skocpol (1985, p. 3) cita estudos que apresentam o Estado como um ator, capaz de afetar situações políticas e sociais a partir de políticas públicas e da forma como se relaciona com grupos sociais. A autora apresenta a perspectiva Weberiana do Estado, afirmando que “organizações administrativas, legais, extrativistas e coercitivas são o cerne de qualquer Estado”. Ou seja, são os sistemas que estruturam as relações entre governo, representado pela autoridade pública, e sociedade civil, bem como as relações imbricadas na própria sociedade civil.

Neste sentido, é interessante compreender os conceitos de autonomia do Estado. De forma resumida, a autonomia significa que o Estado atua independentemente da pressão da sociedade, grupos e classes sociais. A necessidade de manter o controle e a ordem pode levar à reformas e repressão. Essas mudanças podem partir de funcionários públicos, sem interesses socioeconômicos, que podem renovar políticas públicas e atuar durante um longo período de tempo. São essas características – as relações internacionais, a manutenção da ordem e do controle e os recursos disponíveis para a ação dos funcionários públicos – que podem ajudar a explicar o que, de fato, é a autonomia do Estado. Essas atitudes “não são atos de coerção e dominação; elas são, pelo contrário, as atividades intelectuais dos administradores civis envolvidos no diagnóstico de problemas sociais e na formulação de alternativas políticas para lidar com eles” (*Ibid.*, p. 11).

Portanto, pode-se afirmar que a autonomia não é uma característica fixa, mas algo mutável. Isso porque, em tempos de crise, pode haver uma antecipação de mudanças estratégicas, assim como na criação de novas políticas por parte de elites que, de outra forma, não conseguiriam agir de forma independente. Outra questão é a mutabilidade das estruturas necessárias para as ações do Estado no decorrer do tempo. Isso se traduz, por exemplo, na criação de legislações que instituem novos tipos penais, o que incha cada vez mais o Código Penal e abarrotam os presídios brasileiros (cf. Skocpol, 1985).

O sistema penal em um Estado Democrático de Direito deve ser um sistema

de garantias, onde a resposta penal somente deve surgir a partir da aplicação de um modelo que exclua a arbitrariedade tanto no momento de elaboração da norma quanto no de sua aplicação. Sem dúvida, uma jurisdição como direito fundamental e estruturada em torno do sistema acusatório pode dar aos processos de criminalização, criminação e incriminação outra conotação, para quem sabe ao menos diminuir sensivelmente – a partir de uma perspectiva de redução de danos – a sujeição criminal que tristemente é tão característica dos traços inquisitórios do sistema processual penal brasileiro. (KHALED JR., 2010, p. 307).

Ao que pese o sistema carcerário, vê-se uma falta de autonomia do Estado. Isso porque os recursos disponibilizados para a atuação dos funcionários públicos são poucos, bem como aqueles destinados à manutenção de infraestrutura de presídios e penitenciárias. Se observada a cadeia de criação de legislações, nota-se que muitos dos novos tipos penais criados são resultantes da pressão de grupos sociais, que clamam por segurança pública e menores índices de violência. No entanto, o processo de criação dessas novas legislações não leva em conta se elas terão, de fato, alguma eficiência. Isto é, criam-se leis para abafar as demandas sociais, prendem-se mais pessoas, o que resulta na superlotação do sistema carcerário, mas os níveis de violência e de criminalidade seguem aumentando. Os níveis de reincidência de egressos do regime fechado são altos, o que, por si só, já poderia indicar uma falência do sistema prisional, visto que ele não cumpre com a sua proposição de reinserir esses indivíduos na sociedade.

É importante frisar que o crescimento do número de presos não cumpriu sua promessa de contenção da violência. Ao contrário, a superlotação, a violação de direitos e a falta de ambientes e atividades propícias à ressocialização levam a um acirramento da violência e crescimento de facções criminosas em presídios (LANGEANI; RICARDO, 2016, p. 4).

E a constatação desta parte ausente do Estado está relacionada, novamente, com a questão de autonomia. Uma hipótese diz respeito justamente aos mesmos grupos sociais e elites que pressionam para a criação de novas leis, mas não se manifestam a respeito das precárias condições encontradas no sistema prisional brasileiro. Isso porque a prisão é feita para o outro, o desviante, e nunca para nós mesmos. Na prática, a ausência estatal abre espaço para que outros tipos de comando se estabeleçam dentro do sistema, o que acaba respingando do lado de fora dos muros dos presídios.

A Cadeia Pública de Porto Alegre, antigo Presídio Central, por exemplo, é administrada pela Brigada Militar desde 1995, diferente de quase todas

as outras instituições penitenciárias do Estado, que são de responsabilidade da Superintendência de Serviços Penitenciários (Susepe). Conforme Sidinei Brzuska, Juiz da Vara de Execuções Criminais (VEC)³ da capital gaúcha, existe uma regra informal dentro da Cadeia Pública, segundo a qual a parte interna do presídio, a partir da boca da galeria, é de controle dos presos.

Segundo Sallin (2008, p. 16 e 17), o antigo Presídio Central:

É considerado a porta de entrada do sistema penitenciário do Estado, pois seu objetivo é receber homens presos em flagrante e capturados pela justiça, mantendo-os em regime fechado em situação provisória, isto é, indivíduos que não foram julgados definitivamente. Entretanto, na atual população carcerária do PCPA, se misturam presos provisórios, condenados definitivos e, inclusive, presos que deveriam estar em unidades de regime semi-aberto por já terem recebido o benefício, mas que ficam aguardando vagas nesses estabelecimentos.

Essa mistura de presos em diferentes regimes auxilia no recrutamento de novos membros para as facções, que seguem aumentando de tamanho e comandando as relações dentro da prisão. Dividida em cinco pavilhões e dezoito galerias, a Cadeia Pública é comandada por três facções. O Estado, apesar da legislação estipular de forma diferente, é responsável apenas pelo provimento de energia elétrica, água e alimentação básica⁴. O resto – como produtos de higiene, de limpeza, remédios e roupas – é providenciado pelas facções, o que faz com que os outros presos adquiram uma dívida que, mais cedo ou mais tarde, deverá ser quitada. Os presos ainda se integram a esses grupos para manter sua integridade física, por uma necessidade de socialização e para fazerem parte desse novo ambiente no qual foram inseridos (Sallin, 2008, p. 22).

É importante destacar que essas relações não ficam restritas apenas dentro das paredes da instituição prisional. As facções perpassam os muros e duelam entre si para aumentar o mercado do tráfico, eliminando a concorrência das ruas de forma violenta.

4. A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO E A CADEIA PÚBLICA DE PORTO ALEGRE

Como mencionado anteriormente, o sistema carcerário brasileiro tem um déficit de 231.062 vagas. Na prática, essa superlotação aliada a

3. <http://www.sul21.com.br/jornal/exposicao-conta-20-anos-de-historia-do-presidio-central-e-do-olhar-de-um-juiz/>

4. <http://veja.abril.com.br/brasil/faccoes-comandam-o-maior-presidio-do-pais-e-com-aval-da-justica/>

insalubridade, precariedade de infraestrutura, má-alimentação, uso de drogas e falta de higiene formam o ambiente ideal para a proliferação de doenças. As mais comuns são as que atingem o aparelho respiratório, como tuberculose e pneumonia. Mas também existem diversos casos de contágio de doenças sexualmente transmissíveis, como AIDS e hepatite. “Conforme pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros com agravo sejam portadores do HIV” (ASSIS, 2007, p. 75), devido à violência sexual praticada dentro dos presídios, a relações homossexuais sem preservativo e ao uso de drogas injetáveis. O atendimento médico dentro dos estabelecimentos prisionais também é precário. Se a situação do apenado é de risco, ele é encaminhado para um hospital público, mas isso depende da disponibilidade de equipe que faça o transporte, o que nem sempre acontece.

Para questões de exemplificação e proximidade, serão trazidas algumas informações a respeito da Cadeia Pública de Porto Alegre. A CPPA foi construída em 1959 para abrigar 700 presos. Décadas depois e com a construção de novos prédios, alberga cerca de 4.670 internos (dados de maio de 2017, segundo a Susepe⁵), quando sua capacidade é de 1.824 vagas. Em 2011, a Brigada Militar contava com um efetivo de 330 homens para dar conta da guarda (cf. Rudicki, 2011).

Depois da implosão do Complexo do Carandiru (em dezembro de 2002), esse presídio tornou-se o maior existente no Brasil e o segundo maior da América Latina. Em 2008, em virtude de sua superlotação e de seu péssimo estado de conservação, foi considerado um dos piores do País pela CPI do Sistema Penitenciário (RUDICKI, 2011, p. 521).

Em 2008, a CPI do Sistema Penitenciário considerou a Cadeia Pública um dos piores presídios do Brasil (AMORIM ET AL., 2013, p. 294). Na época, o relatório final da comissão apontou que apenas um médico cuidava dos presos, sendo que 123 possuíam o vírus HIV e 56 estavam infectados com tuberculose. Já em 2013, uma equipe composta por oito médicos psiquiatras, “três enfermeiras, duas técnicas em radiologia e 13 técnicos em enfermagem, duas nutricionistas, uma biomédica, um farmacêutico e três dentistas” (AMORIM ET AL., 2013, p. 296) atuavam na CPPA. Há também registros de óbitos no presídio por razões de saúde, porém os números são discrepantes e variam entre 32 e 56 mortes entre os anos de 2010 e 2012 (cf. Amorim et al, 2013).

A CPPA conta com duas cozinhas para a preparação da comida dos

5. http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=203&cod_conteudo=21

presos e dos funcionários. A comida dos internos é preparada por eles mesmos em autoclaves, ou seja, os alimentos perdem o gosto, e é servida duas vezes ao dia. A dieta, desenvolvida por nutricionista, é baseada em cinco itens, arroz, feijão, carne, guarnição e salada. Para os internos com alguma doença ou com Índice de Massa Corporal baixo, as dietas são complementadas com outros alimentos, considerados de grande valor para os internos. Os internos não fazem queixas quanto à qualidade da comida, mas reclamam da quantidade que, por vezes, é pouca. No entanto, a situação é diferente na cozinha dos funcionários. Os responsáveis pelo preparo da comida são quatro policiais militares, auxiliados por presos, que utilizam panelas. Apesar de ser servido apenas o básico, a qualidade da comida é boa (RUDICKI, 2011, p. 531).

Conforme Assis (2007, p. 77), uma consequência direta da precariedade desse sistema são os casos de reincidência, que chegam a 90% em relação a ex-detentos do regime fechado.

5. PRISÕES FEMININAS E A OMISSÃO DO ESTADO

Segundo o Infopen Mulheres (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014b), entre 2000 e 2014, o número de mulheres encarceradas no Brasil aumentou 567%, chegando a 37.380 presas. Como nos presídios masculinos, um dos maiores problemas que atinge os estabelecimentos para mulheres é a superlotação⁶. É estabelecido pela Lei de Execução Penal (lei n. 7.210/84) que as prisões masculinas e femininas devem ser separadas, mas 17% dos estabelecimentos brasileiros ainda são mistos, e apenas 7% são voltados exclusivamente para o público feminino. Mais da metade dessas unidades possuem algum nível de superlotação. No que diz respeito à existência de cela ou dormitório adequado para gestantes, 49% das unidades femininas não possuem, enquanto 90% das unidades mistas também não ofertam. Quanto a berçário ou centro de referência materno infantil, 48% das unidades femininas não possuíam, assim como 86% das unidades mistas.

Assim como no caso dos homens presos, ainda segundo o Infopen Mulheres, existe um número alarmante (63%) de mulheres condenadas a penas de até 8 anos, ou seja, que não precisariam, necessariamente, cumprir a sentença em regime fechado. Ainda, destaca-se que 30% das mulheres em privação de liberdade ainda não haviam sido condenadas. Também é válido

6. Todas as informações referentes ao Infopen Mulheres são de junho de 2014.

destacar que metade das mulheres encarceradas tem entre 18 e 29 anos, 68% do total são negras e 50% tem o Ensino Fundamental incompleto. Destaca-se que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas. Em relação a doenças, 46% das mulheres com agravos transmissíveis emprisionadas são portadoras do vírus HIV, 35% de sífilis e 4,8% de tuberculose. A taxa de mortes violentas de mulheres dentro dos estabelecimentos prisionais é de 1,3 para cada dez mil mulheres presas.

Segundo Pereira e Ávila (sem data, p. 11), no Presídio Estadual Feminino Madre Pelletier, a maior parte das internas relatou que o atendimento médico-pediátrico fornecido pela unidade era insuficiente ou inadequado. Uma das gestantes entrevistadas havia tido apenas uma consulta em sete meses e meio de gravidez.

Tanto para as crianças, como para as mães, a situação da “creche”, da forma que se dá hoje, é extremamente inadequada. As crianças encontram-se em um local úmido, sujeitas às brigas que ocorrem entre as detentas e a um ambiente totalmente hostil, que apesar de ser diferenciado do restante da penitenciária, não perde seu caráter institucional e seu perfil prisional. As mães e bebês carecem de atendimento especializado, alimentação adequada e amparo familiar (PEREIRA; ÁVILA, SEM DATA, p. 16).

Ou seja, a precária infraestrutura destinada às mulheres afeta também os bebês, submetidos a um cumprimento de pena junto com as mães. Estas mulheres, como visto anteriormente, possuem um perfil criminalizado, isto é, são jovens, negras, com baixa escolaridade, provenientes da periferia e com renda pequena. Isso esclarece duas falhas do Estado: a primeira em relação à escolaridade, que não foi garantida a essas mulheres. A segunda diz respeito não só à infraestrutura destinada a elas dentro do sistema prisional, mas também aos seus filhos.

6. CONCLUSÕES

Se observadas as atuações do Estado em relação à persecução e à execução criminal, fica evidente uma heterogeneidade. Isso porque, em um primeiro momento, o Estado é presente e atuante, inclusive traçando metas para a resolução de processos com mais celeridade. Os atores são funcionários públicos concursados, com boas remunerações. Por outro lado, há um segundo momento marcado pelo descaso e pela ausência estatal. Neste segundo momento, os atores também são funcionários públicos concursados, mas a remuneração é mais baixa e as condições de trabalho são, muitas vezes,

perigosas e insalubres. Percebe-se uma falta de autonomia do Estado no que diz respeito às condições, tanto econômicas quanto de estrutura, para que esses funcionários possam realizar o seu trabalho.

O resultado dessa segunda parte, a omissa, é percebido nas péssimas condições dos estabelecimentos prisionais masculinos e femininos. O precário acesso à saúde, à alimentação, à educação, somado ao domínio das prisões pelas facções faz com que os outros presos, muitas vezes condenados por crimes com pouca periculosidade, se vinculem a grupos dominantes para sobrevivência e manutenção da sua integridade física. Ou seja, o Estado ausente não só faz com que as facções dominem mais territórios e mais pessoas, mas também afeta diretamente os níveis de reincidência de ex-detentos.

A situação é ainda pior quando observadas as penitenciárias femininas, já que nelas são abrigados bebês e crianças em ambientes insalubres e muitas vezes violentos, com acesso precário a serviços de saúde e em péssimas condições de socialização. Importante frisar, também, que essas mulheres são encarceradas em ambientes voltados ao público masculino, sem observância das diferentes necessidades de cada gênero. A situação é ainda mais preocupante quando observados as instituições mistas.

Conclui-se que é preciso repensar a forma como o sistema carcerário existe e como o Estado atua em relação aos estabelecimentos prisionais. Além das condições degradantes e contrárias às estipulações defendidas por organizações internacionais de Direitos Humanos, a falta de dignidade com que essas pessoas são tratadas dentro do sistema traz um reflexo direto para a sociedade no geral: o da violência e da criminalidade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Andressa de Ávila; DORNELLES, Cássia Juliana Vargas; RUDNICKI, Dani. **A saúde no sistema penitenciário de Porto Alegre**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502930/000991678.pdf?sequence=1>>. Acesso em julho de 2017.

ARANTES, Rogério B. “Judiciário: entre a Justiça e a Política” (2007). In: Lucia Avelar; Antonio Octavio Cintra (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: F Konrad Adenauer; Editora UNESP. p. 81-115.

ASSIS, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/949/1122>>. Acesso em julho de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/64acb190bee63682ea4b7f7805f5acce.pdf>>. Acesso em julho de 2017.

FINGERMAN, Isadora. A parte que lhe cabe nesse latifúndio. (2016). In: Conselho Nacional de Justiça. **Informativo Rede Justiça Criminal**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/>>

arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em julho de 2017.

KHALED JR., Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?** Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf>>. Acesso em julho de 2017.

LANGUANI, Bruno; RICARDO, Carolina. “Um chamado à razão”. (2016). In: Conselho Nacional de Justiça. **Informativo Rede Justiça Criminal**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>>. Acesso em julho de 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em julho de 2017.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em julho de 2017.

RUDNICKI, Dani. **Comida e direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre**. Revista Direito GV. P. 515-538. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/comida-direitos-humanos-presidio-central-de-porto-alegre>>. Acesso em julho de 2017.

SALLIN, Vinícius Ricardo. **As facções e o grupo da segurança no Presídio Central de Porto Alegre: relações em um sistema social complexo**. 83 f. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

SKOCPOL, Theda. El Estado regresa al primer plano: Estrategias de análisis en la investigación actual. In: EVANS, P.; RUESSCHMEYER, D.; SKOCPOL, T. **Bringing the state back in**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

A INCLUSÃO DA PARTE CIVIL NO PROCESSO PENAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: ESTUDO DO CASO FC BARCELONA

Felipe Martins Pinto¹

Paula Rocha Gouvêa Brener²

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei nº 8.045/2010, projeto de novo Código de Processo Penal, apresenta, entre suas inovações, um novo sujeito processual: a parte civil no processo penal. Com isso, seria adotado um sistema de adesão no país, integrando-se jurisdição cível e penal em um mesmo processo. Essa previsão impõe que sejam estudados os sistemas de integração de jurisdição e que seja analisada a compatibilidade da parte civil ao modelo de processo penal constitucionalmente adequado.

Isso porque atualmente no país, adota-se sistema da separação ou da independência de jurisdições, com algumas peculiaridades, como o arbitramento de danos mínimos pelo juiz criminal, a possibilidade da vítima de participar como assistente de acusação e a composição dos danos por via conciliatória no âmbito da lei 9.099/95. A possível passagem para um sistema de adesão, em que se conjugam em um mesmo processo demandas de natureza distintas exige um aprofundamento crítico sobre o tema.

Para tal estudo foi escolhida uma análise de direito comparado, a partir do sistema espanhol, o qual já adota um sistema de adesão. Mais especificamente, foi escolhido para análise o caso do time de futebol, Barcelona Futebol Clube (FCB), envolvendo as negociações do jogador Neymar da Silva Santos Jr., no período de 2011 a 2014³. A escolha do caso se deve à ligação do caso

1. Professor de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da UFMG. Advogado criminalista.
2. Monitória de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pesquisadora voluntária pelo programa ICV, edital 04/2017, da PRPQ.
3. Para maior aprofundamento ver: MADRID. Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Audiencia Nacional. Diligencias previas procedimiento abreviado 122/13. Autor: Ministerio Fiscal. Réu: Alexandre Rosell I

com país, à acessibilidade de seus autos e decisões, bem como por algumas peculiaridades interessantes, como se verá mais à frente.

Essa metodologia de estudo de caso permite identificar de forma mais didática e interessantes os desafios que o problema envolve, conferindo-lhe maior concretude e bases efetivas de comparação. Observar um ordenamento que já adota tal sistemática e que possui casos de tal monta possibilita identificar semelhanças e diferenças com o modelo adotado pelo Projeto, o que aprofunda a crítica e a análise.

Especialmente interessante a escolha de um caso que envolve também a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tema que muito se discute atualmente no país por integrar agenda global de enfrentamento à criminalidade econômica.

Vale aqui uma breve ressalva. Os temas escolhidos são extremamente complexos e repletos de peculiaridades, tendo sido pesquisados pelos autores em inúmeras obras de grande densidade. Essa densidade não poderia de forma alguma ser completamente honrada em um espaço tão breve como o do presente artigo. Nesse sentido, talvez pequemos pela simplicidade em alguns momentos. Mas esperamos que o trabalho possa instigar novas pesquisas e investigações sobre o tema, levantando questionamentos e curiosidade pelo assunto.

Tendo sido feita a ressalva, apresenta-se a forma como será desenvolvido o artigo. Em um primeiro tópico será apresentado o caso Barcelona FC, a cronologia dos fatos e aspectos mais importantes do caso. Em um segundo momento, a partir do caso, será brevemente estudada a responsabilidade penal da pessoa jurídica, quais os modelos nos interessam e suas características gerais. Também a partir do caso, será então estudado o instituto da parte civil, quais as previsões do Projeto, quais os sistemas de integração de jurisdição podem ser adotados na dinâmica processual de um país, comparando-se aquele adotado na Espanha e aquele previsto no PL. Por fim, será apresentada uma crítica à introdução da parte civil no processo penal, considerada incompatível com o modelo democrático de processo penal.

2. O CASO BARCELONA FC

Inicialmente, esclarece-se que há dois casos envolvendo o jogador brasileiro, os quais foram denominados em juízo na Espanha como casos Neymar

Feliu, Josep Maria Bartolomeu I Floreta, Fútbol Club Barcelona. Relator: D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez. Espanha, 13/03/2015.

1 e Neymar 2⁴. Para fins deste artigo, analisa-se somente ao caso Neymar 1, o qual abarca tanto o tema da parte civil, bem como da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Passa-se então ao estudo do caso.

São réus do processo em análise Alexandre Rosell i Feliu, presidente da junta diretiva do clube à época dos fatos, Josep Maria Bartolomeu i Floresta, vice-presidente desportivo do clube quando dos fatos, e a pessoa jurídica Barcelona FC, associação privada sem fins lucrativos.

Conforme decisão em diligências prévias pelo Juzgado Central de Instrucción nº5 de Madri, o clube iniciou as negociações com o jogador em meados de 2011, período em que ainda estava Neymar Jr. vinculado contratualmente ao Santos Futebol Clube (SFC). Foi então firmado um primeiro contrato no qual se definia uma promessa de que, uma vez *free agent*, o jogador cederia seus direitos econômicos (“*derechos federativos y económicos*”) para o FCB durante a temporada de 2014-2015. Além das previsões salariais, o contrato incluía um valor antecipado pela pactuação de 17 milhões de reais, bem como multa de 40 milhões caso o jogador descumprisse o contrato ou o Clube o incorporasse antecipadamente.

A performance do jogador ganhou maior destaque nos meses seguintes, o que levou o clube a firmar uma série de outros negócios jurídicos para assegurar que o jogador não deixasse de cumprir o pactuado anteriormente.

Teriam então sido realizados contrato de empréstimo, de imagem, de agência, de gestão e de arrendamento com o jogador. Não obstante a denominação atribuída a tais contratos, o Ministério Público os considerou simulações uma vez que sua natureza não pode ser evidenciada. O suposto empréstimo por exemplo nunca teve seu valor devolvido pelo jogador ao clube. Teriam mesmo sido encontrados documentos de empresa de auditoria advertindo o clube sobre o risco na realização daqueles negócios jurídicos.

Após negociações também com o SFC, o clube catalão antecipou a contratação do jogador, o que lhe implicou o pagamento a ele dos 40 milhões de multa, conforme pactuado.

O Ministério Público calculou que o real custo envolvendo a aquisição do jogador alcançaria, portanto, um total de 83.371.000 euros.

4. O caso Neymar 2 se refere a questões de “fraude à concorrência e mercado”, caso este ainda não encerrado e que não será trabalhado no presente artigo. MADRID. Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Audiencia Nacional. Diligências prévias procedimiento abreviado 122/13. Autor: Ministerio Fiscal. Réu: Alexandre Rosell I Feliu, Josep Maria Bartolomeu I Floreta, Fútbol Club Barcelona. Relator: D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez. Espanha, 13/03/2015.

Em Assembleia Geral do FCB, realizada em 2013, o presidente e o vice teriam ocultado das contas anuais da sociedade esses valores, declarando que, no total, gastaram cerca de 50 milhões para assegurar a compra do jogador. O restante do valor foi dissipado em custos de partidas e outras despesas do clube.

Sobre esses valores a maior não foi retido o chamado imposto de renda de não residentes (IRNR), uma vez que os valores negociados referentes a empréstimos, agencia, dentre outros, supostamente, não constituiriam renda.

Assim, imputou o Ministério Público aos presidentes e ao clube o delito societário de administração desleal, previsto no artigo 295 do Código Penal espanhol, bem como de delitos contra a fazenda, previstos nos artigos 305, 310 bis, c/c 31 bis também do Código Penal espanhol.

Iniciado o processo penal, foi pedido pelo MP 2 anos e três meses de prisão e 3,8 milhões em multa para Bartolomeu, 07 anos de prisão e 25,15 milhões em multa para Rosell, bem como uma sanção de 22,2 milhões à pessoa jurídica do Barcelona Futebol Clube.

No entanto, em junho de 2016 foi submetida à homologação do juiz um acordo de conformidade entre o MP e o FCB, no qual o clube assumia toda a responsabilidade e se comprometia a pagar 5 milhões de multa, além de pagar as quantias defraudadas. Nenhuma pessoa física seria responsabilizada, mas somente o clube. O FCB se comprometia ainda a colocar em prática um modelo de programa de *compliance*⁵ para que tais condutas não se repetissem em momentos futuros.

Neste momento, 10 outros sócios do clube – incluindo Joan Laporta, ex-presidente do clube –, sentindo-se lesados pela total assunção de responsabilidade pelo clube e pelo comprometimento em pagar tamanha multa, requerem em juízo que sejam reconhecidos enquanto partes civis no caso, bem como que fosse rejeitado o acordo entre acusação e o FCB.

O pedido de adesão foi indeferido pelo juiz, sob o argumento de que consistiria em violação à ampla defesa admitir a participação desses sujeitos naquele momento, somando ao processo uma “acusação” com a mera finalidade de impedir que fosse firmado o acordo. Ademais, aduz o julgador que em momento algum do processo buscaram participar, apenas requerendo esse direito quando o processo não caminhava conforme seus interesses. Ou

5. Embora esse ponto não vá ser abordado no presente artigo, mesmo em razão de uma dificuldade espacial, vale notar que é objeto que causa intriga aos estudiosos do tema. Isso porque esse modelo de conformidade aceito pelo Ministério Público espanhol como ideal e que justifique mesmo a realização de um acordo de tal monta foi mantido em sigilo. Assim, restam todos curiosos para saber qual o conteúdo e a dimensão de tal programa de conformidade.

seja, o pedido de adesão foi realizado fora do prazo e com a mera finalidade de embargar o acordo de conformidade entre as partes.

Foi então ratificado o acordo de conformidade e encerrado o caso Neymar 1.

3. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A globalização e a revolução tecnológica foi acompanhada também por um desenvolvimento da criminalidade, que ganha novos contornos e assume formas cada vez mais complexas. Tem-se crimes transnacionais, organizações criminosas complexas e crimes econômicos realizados internamente a sociedades empresariais enormes e profundamente estratificadas. Buscando enfrentar esses novos problemas, a agenda mundial de políticas criminais passa então a mirar novas políticas-criminais que reforcem as tradicionais formas de controle social sobre as condutas de mercado. Dentre essas políticas se encontra a responsabilização criminal de pessoas jurídicas.

Segundo Leandro Sarcedo, a adoção dessa política consistiria no enfrentamento efetivo à chamada “irresponsabilidade pessoal organizada”, ou seja, permitiria que se combatesse o crime nas estruturas empresariais as quais muitas vezes adotam mecanismos em sua estrutura visando impedir a responsabilização, a identificação do autor do delito dentre outros⁶. Ou seja, a complexa estrutura corporativa, marcada por uma pluralidade de pessoas e funções organizativas, tornaria muitas vezes difícil ou impossível a identificação de um responsável. Assim, pela responsabilidade autônoma da figura jurídica da sociedade empresarial, tornaria-se permeável a estrutura empresarial e possível a responsabilização pela prática de ilícitos econômicos.

Vale aqui estudar dois modelos propostos pela doutrina e adotados por diferentes ordenamentos para a responsabilização criminal: o modelo da heteroresponsabilidade e o modelo da autorresponsabilidade.

O modelo da heteroresponsabilidade – também denominado vicarial, por transferência, por ricochete ou por empréstimo – somente admite a atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica quando identificado um ato cometido por um de seus agentes. A culpabilidade da pessoa jurídica se mede pela culpabilidade do agente. Assim, uma vez identificada a conduta ilícita de uma pessoa natural, no exercício das atividades da empresa e buscando o seu favorecimento, também à sociedade empresarial se transferiria a responsabilidade.

6. SARCEDO, Leandro, *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

Nesse modelo não importam as estruturas internas preventivas adotadas pela empresa para evitar a ocorrência de ilícitos, afinal sua responsabilidade advém de mera transferência ou ricochete⁷. O problema discutido sobre este modelo está exatamente nessa necessária vinculação à identificação e responsabilização de um agente, pessoa física, o que costuma ser exatamente o desafio na seara da nova criminalidade econômica.

Em contraposição a este modelo está o da autorresponsabilidade, fundamentado em um defeito de organização. A culpabilidade da sociedade empresarial se concentra estritamente no fato de não ter o ente estruturado um sistema interno eficaz de boas práticas, canais de comunicação e outras estruturas preventivas no âmbito organizacional da empresa. Deriva de uma falha na governança corporativa, de forma que o delito poderia ser impedido ou evitado se implementados eficazes programas de conformidade (“*compliance*”). É condição para sua responsabilidade que se identifiquem falhas em sua autorregulação, mas a mera ausência dessa estrutura não justifique a penalização da empresa, apenas a fundamenta quando de fato se tem em vista um ilícito penal⁸.

Assim, neste modelo, não se transfere a responsabilidade pelo comportamento da pessoa natural, mas se imputa à pessoa jurídica delitos quando esta não cumpriu com as devidas diligências internas. Nesse modelo, se comprovada a existência de uma efetiva estrutura de prevenção e investigação interna à empresa, ou seja, demonstrando não ter havido falha organizacional, apenas a pessoa natural que agiu delitivamente será responsabilizada⁹.

Vale aqui destacar que são estes modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, não devendo ser estendidos como forma de responsabilização de sócios ou diretores de sociedades empresariais, uma vez que se conformaria em hipótese de responsabilidade objetiva, inadmissível na seara penal.

Dentre as penalidades que podem ser adotadas em cada modelo para responsabilização criminal das pessoas jurídicas tem-se: aplicação de multa, suspensão de atividades por determinado período de tempo, fechamento de alguns estabelecimentos, inabilitação para participar de procedimentos licitatórios ou para a subvenção e incentivos fiscais, intervenção judicial internamente

7. SARCEDO, Leandro, *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016, p.107.

8. SARCEDO, Leandro, *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016, p.108.

9. SARCEDO, Leandro, *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016, pp.86-87.

à empresa e, como mais grave punição, a dissolução da sociedade empresarial.

Compreendidos os modelos de responsabilização das pessoas jurídicas, passa-se então à análise do sistema jurídico espanhol. Identifica-se a adoção de um sistema de misto no país. No artigo 31.bis, “a” e “b” do Código Penal espanhol apresentam a hipótese de responsabilidade por transferência tanto por atos praticados por membros da alta direção da empresa, bem como por fato criminoso realizado por funcionário. No entanto, será isenta de pena a empresa quando comprovado que os devidos e eficazes instrumentos de controle organizacional, conforme disposto nos pontos 2 e 4 do artigo 31.bis da mesma lei. Por fim, o artigo 31.ter de tal código prevê hipótese de responsabilidade por defeito de organização quando não puderem ser identificados os autores do fato delituoso.

Como se percebe, nenhuma dessas disposições pode ser aplicada ao caso do Barcelona Futebol clube. A única hipótese prevista no Código espanhol de responsabilidade exclusiva da pessoa jurídica, sem que se imputem fatos delitivos a pessoas naturais se encontra no artigo 31.ter, hipótese restrita ao caso em que não sejam identificados os autores do fato. No caso em análise, foram identificados membros da alta direção aos quais se poderia atribuir responsabilidade. Somente essa responsabilização justificaria a transferência para a pessoa jurídica.

Foram mesmo esses os argumentos que Joan Laporta e os nove outros sócios utilizaram para fundamentar seu interesse em ingressar no caso enquanto partes civis. Embora o pedido de habilitação dos sócios tenha sido tardio, parece proceder os argumentos elencados para que se impedisse a ratificação do acordo entre acusação e réus. Percebe-se hipótese de responsabilidade penal da pessoa jurídica não existente no ordenamento do país e a utilização da política criminal de enfrentamento à criminalidade econômica no sentido de isentar de pena autores pessoas físicas.

Antes de prosseguir para a análise da parte civil no processo penal, vale lançar uma necessária crítica à responsabilidade penal da pessoa jurídica. O instituto é constantemente analisado enquanto política-criminal e sob o ponto de vista do direito penal, mas a análise sob a ótica processual lança luz sobre diversos problemas na adoção de tal política. Ao permitir a responsabilização de sociedades empresariais, permite-se que sejam elas réus no processo penal, sistema protetivo marcado por garantias constitucionais e direitos humanos.

Os acusados no processo penal atual por meio dos direitos humanos, se legitimam por meio dos direitos humanos, como a ampla defesa, a presunção

da inocência e o contraditório. Esses princípios deveriam se estender às pessoas jurídicas? Pessoas essas cuja sanção não sera jamais a restrição de liberdade, característica do processo penal?

Estas são fragilidades dessa política-criminal que ainda não puderam ser afastadas e que tornam inadequada ao modelo constitucional de processo penal constitucionalmente adotado.

4. A PARTE CIVIL NO PROCESSO PENAL

Análise da questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, passa-se então ao estudo da parte civil no processo penal. Inicialmente trabalharemos de forma breve os diversos sistemas de integração de jurisdição identificados pela doutrina; em seguida analisaremos as disposições sobre o tema no PL nº 8.045/2010, realizando uma comparação com o sistema espanhol; será então realizada uma crítica à inserção da parte civil no processo penal com base também na análise do caso FCB.

4.1. SISTEMAS DE INTEGRAÇÃO DE JURISDIÇÃO

São quatro os modelos de sistema de integração de jurisdição usualmente trabalhados pela doutrina: o sistema da confusão, o da solidariedade, o da separação e da livre escolha. Antes de passar à sua análise, vale ressaltar que, embora seu estudo seja importante, não há uma rigidez obrigatória desses modelos clássicos. São eles doutrinariamente identificados por seus elementos mais comuns, mas raramente serão observados em sua forma pura. Cada país adota um modelo adaptando-o ao seu sistema, elastecendo algumas de suas características ou mesmo juntando elementos de mais de um sistema.

O primeiro modelo, sistema da confusão, é o mais antigo sistema de integração de jurisdição, aquele que existia antes que o Estado tomasse para si a resolução dos conflitos¹⁰. Caracteriza-se essencialmente pela unidade em uma só ação da pretensão punitiva e indenizatória, deduzida pelo ofendido em dois pedidos¹¹. Nesse sistema estaria latente a ideia da reparação não como uma recomposição dos danos sofridos pela vítima, mas sim como uma pena, em caráter repressivo sobre aquele que cometeu o delito¹². Esse modelo não mais existe, encontrando na obrigatória participação do

10. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p.136. O autor afirma mesmo que era o único sistema existente na antiguidade.

11. FILIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp.39-40.

12. BADARÓ. *Op. cit.*, p.136. O autor afirma mesmo que era o único sistema existente na antiguidade.

Ministério Público, como representante da sociedade, sua maior dificuldade. Nas palavras de Rogério Filipeto:

Parece-nos que não se pode falar aqui em uma só ação sem incorrer em erro. Acontece que os elementos da ação são partes, pedido e causa de pedir, conquanto a pretensão punitiva e na reparatória a causa petendi seja a mesma: o crime. O mesmo não acontece quanto às partes e ao pedido. Na primeira, são partes o titular da ação penal, normalmente o Ministério Público e o autor do fato; na segunda, a vítima e o autor do fato. Ainda que o Ministério Público, em excepcional substituição processual, possuísse legitimidade para postular reparação *ex vi legis*, o elemento pedido nunca seria o mesmo. Na ação penal, o pedido é pela procedência da denúncia; na ação reparatória, é pela procedência do pedido de condenação a uma retribuição pecuniária, de cunho indenizatório. Assim, sem que haja coincidência nos mencionados elementos, não se pode falar em unicidade de ação sem cometer uma incongruência¹³.

O sistema da Solidariedade, modelo positivista, se caracteriza pela conformação prática de duas ações distintas, uma ação penal e uma civil, correndo ambas em um mesmo processo, tem-se uma “cumulação obrigatória de ações, perante o juízo penal”¹⁴. Nesse momento já se reconhecia o interesse público no enfrentamento das atividades delitivas, sendo incluído nesse interesse a reparação dos danos causados à vítima. Seria, portanto, o Ministério Público legitimado a promover de ofício o exercício da ação civil, paralelamente à ação penal, independentemente de provocação da vítima¹⁵.

O terceiro modelo a ser analisado é o sistema da separação¹⁶, ou sistema da independência¹⁷, o qual não admite a confluência entre as jurisdições penais e civil. Em sua forma pura, as demandas de natureza cível devem ser propostas de forma independente, no juízo cível, e as demandas de natureza penal, na seara criminal.

Essa separação se justifica pela diferença da natureza de ambos os processos, um essencialmente voltado para contenciosidade entre iguais, o juízo cível, e outro marcado pela contraditoriedade entre desiguais, o Estado e o réu¹⁸. Assim, a vítima deve perseguir seus interesses patrimoniais na esfera cível, sendo o processo penal promovido apenas pelo Ministério Público e apenas como *ultima ratio*, por ser o único que pode implicar na restrição

13. FILIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp.39-40.

14. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p.136.

15. FILIPETO. *Op. cit.*, pp.40-41.

16. FILIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.42.

17. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p.137.

18. TUCCI, Rogério Lauria, *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.180.

de liberdades do condenado.

Esse sistema foi o adotado no Brasil, com algumas mitigações. O Código de Processo Penal de 1941 previa um sistema muito próximo da separação em sua forma pura, mas as diversas reformas legais desde então alteraram substancialmente essa realidade. Com a Lei dos Juizados Especiais, nº9.099/95, torna-se possível a composição de danos na forma conciliatória no início do processo. Com a edição da Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008¹⁹ passa a se impor ao juiz o dever de fixar danos mínimos devidos pelo condenado à vítima, permitindo-se a imediata execução civil da ação penal no que se refere a esse valor fixado.

Por fim, tem-se o sistema da livre escolha, ou sistema da interdependência, o qual se caracteriza pela cumulação facultativa das ações no processo penal. A vítima escolhe livremente em qual juízo promoverá a ação de satisfação de danos, podendo aderir ao processo penal ou promover suas demandas na seara cível.

Nesse modelo, fala-se em interdependência em razão da característica constantemente observada nos ordenamentos que o adotam no sentido de uma imperativa influência da ação penal na cível. Ou seja, ainda que a parte escolha demandar sua pretensão no juízo cível, essa ação somente prosseguirá após o provimento final do processo penal. Essa interdependência seria justificada para que fosse mantida a coerência entre as decisões no sistema, evitando-se a tomada pelos juízes de decisões conflitantes.

Destaca-se que nem todo país que adota um sistema de integração de jurisdições marcado pela livre escolha da vítima obriga que seja suspensa a ação civil até o provimento penal final. Esse é o caso do modelo espanhol e do modelo proposto pelo PL nº 8.045/10. Neste último o juiz cível pode optar por suspender ou não o processo em seu juízo.

A doutrina favorável a adoção de um sistema de adesão costuma se apoiar no sistema da livre escolha, elencando os benefícios a seguir apresentados. A primeira vantagem na adoção de tal sistema representaria enorme economia processual, aliviando a sobrecarga do judiciário e permitindo maior celeridade das decisões e efetividade do pagamento, dada a força coercitiva que a pena restritiva de liberdade conferiria ao não cumprimento de acordos²⁰. Além disso,

19. Vale notar que referida lei é fruto do Projeto de Lei nº4.207/01, resultado dos trabalhos da comissão de reformas criada pela Portaria 61 do Ministério da Justiça em 20 de janeiro de 2000. Essa Comissão foi presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, relevante expoente da escola paulista e da teoria geral do processo.

20. RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo*

seriam evitadas decisões conflitantes que revelam uma incoerência do sistema judiciário do país, tornando mais cética a sociedade sobre a sua efetividade.

Haveriam supostas vantagens de índole penal no sistema da adesão na medida em que a indenização à vítima representaria ainda uma função de prevenção geral, bem como favoreceria a ressocialização dos condenados²¹.

Por fim, o mais contundente dos argumentos, aquele de viés humanista desenvolvida especialmente no período de reformas da Europa pós-guerra. Trata-se de voltar o olhar para a vítima, no sentido de lhe conferir papel ativo no processo penal, respeitando sua dignidade. Dessa forma, seria conferida maior visibilidade e autonomia à vítima, a qual “passa a ser percebida e valorizada como sujeito de direitos, como ser humano, e não mais como mero objeto de investigação criminal”²².

4.2. A PARTE CIVIL NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A proposta trazida pelo PL nº 8.045/2010 de novo Código de Processo Penal caminha para admissão da parte civil no processo penal, adotando-se um sistema de livre escolha para a integração de jurisdição no país. Nesse cenário, essencial analisar a adequação desse modelo frente ao modelo constitucional de processo penal.

Essa figura começa a ser trabalhada no capítulo V, seção II do Projeto de novo CPP, devendo ser o termo “vítima” o primeiro elemento a ser investigado. Da leitura das disposições do projeto, percebe-se a opção pelo uso do termo vítima em lugar do termo ofendido, utilizado pelo atual CPP. Essa escolha não apenas reflete um aspecto político de conferir maior atenção e relevância às vítimas, mas merece maior atenção pela possibilidade de ampliação dos sujeitos habilitados a participar do processo enquanto partes.

O artigo 90 do PL 8.045/10 dispõe que por “vítima” entende-se “a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e as circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais, ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais”.

penal – o chamado processo de adesão. Coimbra: Almedina, 1978, p.117-121. Sobre essa tendência reformista no processo penal para que se alivie a sobrecarga do judiciário, desenvolvem uma crítica interessante: CASARA, Rubens R. R., *Mitologia processual penal*, São Paulo: Saraiva, 2015, p.188-189.

21. RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal* – o chamado processo de adesão. Coimbra: Almedina, 1978, p.117-121.

22. JORGE, Alline Pedra, *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.3.

Assim, para além do sujeito que sofreu diretamente a ação criminosa, enquanto objeto material do crime, parece o Código estender o conceito para todos aqueles que suportam efeitos da ação delituosa no plano de seus direitos fundamentais. Assim, é possível abarcar no conceito de vítima familiares e mesmos sócios de sujeitos objeto de crime que sejam afetados pelo crime. O Projeto legitima ainda, no conceito de parte civil, o representante legal da vítima em caso de incapacidade ou seus herdeiros em caso de morte ou ausência, pode optar por requerer a recomposição civil aderindo ao processo penal.

Um dos questionamentos que pode ensejar o termo envolve a possibilidade de participação do poder público enquanto parte. Defende-se que não deve ser estendido a tal ponto o conceito haja vista a utilização do termo “direitos fundamentais”, os quais são titularizados apenas pelas pessoas humanas, não fazendo sentido ampliar sua abrangência para o Estado Poder. Nesse sentido, deve ser mantido o atual entendimento, na forma apresentada por Badaró no seguinte excerto de sua obra:

Tem prevalecido o entendimento de que o Poder Público não pode intervir como assistente, pois seria uma superfetação a ingerência da Administração Pública na ação penal pública, movida por um órgão – o Ministério Público – que já atua em nome do Estado. Há, contudo, posição contrária, no sentido de que nem sempre é coincidente o interesse do Ministério Público com o do Estado lesado.²³

Destaca-se que no sistema de adesão espanhol o conceito de vítima possui uma amplitude bem maior. Nesse sistema pode exercer ação penal qualquer um que goze da plenitude de seus direitos. Permite-se a participação do ofendido, lesado, familiares próximos, sócios em empresas e as associações em casos de delitos que afetem direitos difusos e coletivos. Assim, para além de apresentar um conceito muito mais amplo de vítima, tem-se a previsão de ação popular em matéria penal, o que permite a qualquer cidadão intervir no processo como acusador particular.²⁴

Quanto aos demais pontos relevantes das disposições do Projeto nº8.045/10, tem-se que a adesão deve se dar nos limites da imputação penal e o arbitramento dos danos deve ser possível pelas provas integrantes da peça acusatória, sem que acarrete maiores transtornos ao regular desenvolvimento

23. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012., p.209.

24. SANZ HERMIDA, Ágata M^a. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.67 e BOVINO, Alberto. *Los principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p.104. Vale notar que o ordenamento espanhol já previa a ação popular em âmbito criminal desde a Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, sendo considerado por Ágata M^a Sanz Hermida o mais radical dos modelos no que concerne à participação de terceiros no processo penal.

do processo penal. Do contrário, a questão será remetida ao juízo cível.

Além disso, foi mantido o direito de propositura de ação civil contra o acusado, mas neste caso restará prejudicada a adesão na ação penal²⁵. A sentença penal condenatória deverá ser considerada pelo juízo cível, sendo mesmo permitido ao juiz, embora não seja obrigatória, a suspensão do processo até o julgamento final da ação penal²⁶. Vale ainda dizer que a sentença penal poderá ser executada civilmente sem prejudicar uma eventual propositura de ação de indenização civil.

Assim, parece-nos o Projeto adota um sistema de integração de jurisdição da livre escolha, mas de interdependência limitada. Afinal, caso proposta ação no âmbito cível, pode ou não o juiz suspender o processo e aguardar pelo julgamento da ação penal.

Essa conformação justifica a manutenção da figura do assistente de acusação²⁷ pelo Projeto. Através da assistência a vítima ainda poderá participar no processo penal nos casos em que optar por demandar seus interesses na seara cível. Essa figura seria então especialmente importante na hipótese de suspensão do processo civil pelo juiz, caso em que a decisão penal surtiria efeitos definidores do provimento cível.

4.3. A INCOMPATIBILIDADE DA FIGURA DA PARTE CIVIL EM UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Compreendidas as disposições trazidas pelo Projeto, passa-se à crítica à figura da parte civil no processo penal.

O processo penal, compreendido como procedimento realizado em contraditório qualificado pela simétrica paridade de armas entre as partes, é realizado entre desiguais. Tem-se o Estado em um polo e o indivíduo acusado em outro. Essa constatação leva a conformação de processo naturalmente protetivo. Assim, o acusado, como único sujeito titular de direitos humanos no processo penal, é o único detentor do contraditório. Está ainda amparado ao longo de todo o procedimento cognitivo de uma série de proteções como

25. Projeto de Lei nº 8.045 de 2010. “Artigo 83. A adesão de que cuida este Capítulo não impede a propositura de ação civil contra as pessoas que por lei ou contrato tenham responsabilidade civil pelos danos morais e materiais causados pela infração. Se a ação for proposta no juízo cível contra o acusado, incluindo pedido de reparação de dano moral, estará prejudicada a adesão na ação penal, sem prejuízo da execução da sentença penal condenatória, na forma do disposto no art. 84”.

26. PL nº 8.045 de 2010. Art. 84. “Parágrafo único. O juiz civil poderá suspender o curso do processo até o julgamento final da ação penal já instaurada, nos termos e nos limites da legislação processual civil pertinente.”

27. A parte civil possui mesma faculdades e deveres processuais que o assistente de acusação no projeto de novo Código de Processo Penal, possuindo como vantagem a autonomia recursal e o direito de participar como parte independentemente de parecer ministerial.

o princípio da presunção da inocência e demais garantias processuais.

Assim, a primeira dificuldade se apresenta na tentativa de se conciliar um modelo protetivo, pensado para uma realidade de processo entre desiguais à inserção de uma parte civil. Isso porque, em relação à vítima, não se encontraria o acusado em posição de desigualdade, mas tão somente em relação ao Ministério Público. Como conciliar as proteções merecidas diante da força do Estado e o justo enfrentamento à parte civil?

Mais do que isso, o processo penal constitucionalmente adotado possui uma específica conformação de participação das partes. Em razão da desigualdade que marca o processo penal, fundamenta-se a atuação do acusado legitimada pelos direitos humanos que o projetam para além da legalidade. Sempre que um de seus direitos se encontrar limitado pela legalidade, poderá a atuação do acusado ser projetada para além desses limites, assegurando-se a plenitude de seus direitos. Assim, tem-se que o acusado é legitimado a agir, com fundamento nos direitos humanos, desenvolvendo a construção dos fatos balizada pelos princípios da presunção da inocência, *in dubio pro reo*, ampla defesa, contraditório, dentre outros.

Em contraposição à legitimação do acusado, atua o Ministério Público pela legalidade, exercendo uma função que a Constituição e a lei lhe atribuem. Assim, não atua pela situação legitimante como contraditor, titular de direitos, mas tão somente pela legalidade. Não pode assim atuar para além dos limites da lei, sob pena de tornar inválido o processo.

Diante disso, nesse modelo de processo penal, admitir a participação da vítima e a integração de jurisdições representaria uma completa subversão da lógica do processo penal. Enquanto no modelo de separação o réu é o único detentor de direitos humanos e fundamentais, na integração de jurisdição se insere no processo uma parte também dotada de direitos fundamentais.

Inegável que a vítima possui um interesse legítimo quando demanda a reparação por um dano sofrido, afinal é o patrimônio também um direito humano. No entanto, enquanto uno e particular, o interesse da vítima não possui espaço de efetivação na via do processo penal. Isto porque sua legitimidade se embasaria tão somente pelo seu interesse patrimonial, mas em contrapartida estaria manejando a estrutura cujo resultado último é a punição e estaria atuando através de um direito humano para além da legalidade.

Além dos problemas envolvendo a natureza do processo penal, tem-se ainda o risco de sua instrumentalização para fins patrimoniais ou para

vingança privada, atropelando-se garantias e os interesses da sociedade.

Aplicando as críticas ao caso Barcelona, percebe-se um caso em que a habilitação no processo se deu apenas em razão das preocupações patrimoniais dos sócios do clube ou por um desejo de que os responsáveis pelos delitos fossem de fato punidos. Em nenhum momento estes sócios se interessaram pela construção dos fatos, exceto quando fixado um acordo que isentava de pena aos supostos agentes dos crimes.

Diversos outros casos no mesmo sentido podem ser observados no continente europeu onde é comum o instituto da parte civil no processo penal. Assim o reportado caso da atriz italiana Gessica Notaro, atingida por ácido pelo ex-namorado. Neste caso o município de Rimini se habilitou como parte civil no processo para receber danos à imagem do município e possíveis danos matérias²⁸.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do caso Barcelona FC foi possível analisar os diferentes sistemas de responsabilidade penal da pessoa jurídica e de integração de jurisdição. Percebe-se também a inadequação dessas políticas-criminais ao contexto democrático e ao modelo constitucionalmente adotado de processo penal. São medidas que subvertem as garantias processuais penais e a lógica do processo penal.

REFERÊNCIAS

- LAPORTA se presenta como acusación particular contra el acuerdo del caso Neymar. Sport.es, 23/06/2011.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 5ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Proceso penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. par. Santiago Sentís Malendo, v.I, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, Bosch y Cia, 1950 (tradução de Lezioni sul Processo Penale, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946).
- CASARA, Rubens R. R.. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- DOMINIONI, Oreste. *La testimonianza della parte civile*. (Série II, Studi di diritto processuale penale,
28. Para maiores informações sobre o caso: Gessica Notaro: il Comune di Rimini sarà parte civile contro Tavares. Chiamamicitta.it, 09 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.chiamamicitta.it/gessica-notaro-comune-rimini-sara-parte-civile-tavares/>>. Acesso em: 23/11/2017; Gessica Notaro: il Comune di Rimini si è costituito parte civile nei confronti di Eddy Tavares. Altarimini.it, 03/03/17. Disponível em: <<https://www.altarimini.it/News95925-gessica-notaro-il-comune-di-rimini-si-e-costituito-parte-civile-nei-confronti-di-eddy-tavares.php>>. Acesso em: 23/11/2017.

- nº4, a cura di G. D. Pisapia) Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, p.IV-152.
- EL juez facilita el pacto entre Barça y fiscalía sobre Neymar al vetar a Laporta. EFE, 08/08/2016
- EL Barça ratifica el acuerdo de conformidad con Fiscalía y ve cerrado el ‘Caso Neymar 1’. Europa Press, 14/12/2016.
- ESER, Albin; HIRSCH, Joachim, ROXIN, Claus; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.;
- BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. *De Los Delitos y de Las Víctimas*. Argentina: Ad-Hoc, 1992
- ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995, BOE nº281 de 24/11/1995, Código Penal.
- ESPAÑA, Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE nº260, de 17 de setembro de 1882. Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, trad. Par. Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2005.
- FILIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*, trad. Par. Patricia S. Ziffer, 2ª impressão, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. par. Regina Greve. Coordenado e supervisionado por Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- JORGE, Aline Pedra. *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Víctima Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- JUAN SÁNCHEZ. Ricardo. *La Responsabilidad Civil en el proceso penal (actualizado a la ley de juicios rápidos)*. Madrid: La Ley, 2004.
- MADRID. Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Audiencia Nacional. Diligencias previas procedimiento abreviado 122/13. Autor: Ministerio Fiscal. Réu: Alexandre Rosell I Feliu, Josep Maria Bartolomeu I Floreta, Fútbol Club Barcelona. Relator: D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez. Espanha, 13/03/2015.
- LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PATENTE, Antônio Francisco. *O Assistente de Acusação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- RATIFICADO el acuerdo por el caso Neymar y el Barça admite culpabilidad de fraude. El Nacional, Barcelona, 14/12/2016.
- RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal – o chamado processo de adesão*. Coimbra: Almedina, 1978.
- SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. Los Derechos Humanos de las víctimas: apuntes para la reformulación del sistema penal, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº12, Comlombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp.353-372.
- SANZ HERMIDA, Ágata Mª. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- SARCEDO, Leandro, *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL: ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE PARTES ADEQUADO AO MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO PENAL

Felipe Martins Pinto¹

Paula Rocha Gouvêa Brener²

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento mundial e a globalização foram acompanhados por novos quadros da criminalidade, marcados por crimes econômicos e empresariais, pela criminalidade transnacional, dentre outros desafios. Essas mudanças levaram a uma nova agenda global de enfrentamento ao crime que acarretou inúmeras reformas nos sistemas punitivos de cada país.

No concerne à seara processual penal, percebe-se forte movimento reformista em toda a América Latina³. Para o autor argentino Alberto Bovino, por exemplo, integraria o “lineamento estrutural que atravessa os códigos mais modernos” (tradução livre, 2005, p.103) o princípio da autonomia da vítima.

Essa tendência se manifesta no Brasil pelo gradual desenvolvimento de reformas nesta seara, valendo destacar, em termos de *lege lata*, a Lei nº 9.807/99 referente à colaboração com a justiça e programa de proteção a vítima e a testemunhas; a Lei nº 9.099/2005 (Lei dos Juizados Especiais), que simplifica procedimentos e institui a transação penal; a reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719, 20 de junho de 2008, determinando o arbitramento dos danos mínimos devidos à vítima pelo juízo penal; e, em

1. Professor de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da UFMG. Advogado criminalista.
2. Monitora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pesquisadora voluntária pelo programa ICV, edital 04/2017, da PRPQ.
3. Destaca-se a expressiva reforma processual penal do Chile (Lei nº 19.696 de 12 outubro de 2000) e do Uruguai (Lei nº 19.293 de 1º de novembro de 2017) com a criação de novos códigos que alteraram substancialmente o processo nesses países. A reforma do Código de Processo Penal paraguaio (1998), equatoriano (2000) e colombiano (2004). Destacam-se ainda reformas pontuais como a incorporação do procedimento abreviado nas legislações da Argentina, da Bolívia, do Chile, da Colômbia e do Paraguai.

termos de *lege ferenda*, o atual projeto de novo Código de Processo Penal, PL nº8.045/2010.

Essas reformas indicam um movimento de gradual ampliação dos espaços de consenso no processo penal e de uma tendência à maior participação da vítima. O presente trabalho se debruçará especificamente sobre este último aspecto, especialmente importante levando em conta a proposta do PL nº8.045/2010 de inclusão da parte civil no processo penal.

Parte-se da hipótese de que não é possível introduzir no processo penal brasileiro a parte civil, sendo o sistema da separação de jurisdição o mais adequado para o modelo de processo penal constitucionalmente adotado. Para tanto será necessário analisar os modelos de integração de jurisdição, revisar o conceito de partes no processo penal e, por fim, verificar o enquadramento e compatibilidade desses ao modelo constitucional de processo penal.

Nesse sentido, o trabalho se divide em quatro pontos principais. Inicialmente serão apresentados e analisados os sistemas de integração de jurisdição civil e penal. Em um segundo ponto será apresentada a evolução da natureza jurídica do processo penal no Brasil, com especial atenção para o conceito de partes no processo penal. Então, no terceiro tópico, uma vez compreendidos esses conceitos e categorias será desenvolvida a crítica à proposta de inserção do instituto da parte civil no processo penal brasileiro com base na natureza jurídica do processo penal. Em continuidade às críticas, o tópico quatro discutirá problemas de cunho ideológico e material envolvendo o instituto. Serão então apresentadas as conclusões finais da pesquisa.

2. SISTEMAS DE INTEGRAÇÃO DA JURISDIÇÃO: AS DIFERENTES DIMENSÕES DE PARTICIPAÇÃO ASSUMIDAS PELA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

A compreensão da participação da vítima no processo penal demanda, antes do mais, que sejam analisados os sistemas de integração de jurisdição civil e penal, buscando evidenciar suas características centrais e as vantagens neles percebidas pela doutrina. Serão então examinados os sistemas da confusão, da solidariedade, da livre escolha, de adesão e da separação. Por fim, será apresentada breve análise histórica dos sistemas de integração de jurisdição no Brasil.

O primeiro modelo que elencamos aqui é o sistema da confusão, o qual consiste no mais antigo sistema de integração de jurisdição, sendo aquele

que existia antes que o Estado tomasse para si a resolução dos conflitos⁴. Caracteriza-se essencialmente pela unidade em uma só ação da pretensão punitiva e indenizatória, deduzida pelo ofendido em dois pedidos⁵. Nesse sistema estaria latente a ideia da reparação não como uma recomposição dos danos sofridos pela vítima, mas sim como uma pena, em caráter repressivo sobre aquele que cometeu o delito⁶.

Esse modelo não mais existe, mesmo porque encontraria hoje grande dificuldade em se firmar diante da necessária presença do Ministério Público no processo penal. Assim, não se poderia falar na configuração de uma só ação, pois não mais haveria coincidência de partes, pedido e causa de pedir. Destaca-se a lição de Rogério Filipeto:

Parece-nos que não se pode falar aqui em uma só ação sem incorrer em erro. Acontece que os elementos da ação são partes, pedido e causa de pedir, conquanto a pretensão punitiva e na reparatória a causa petendi seja a mesma: o crime. O mesmo não acontece quanto às partes e ao pedido. Na primeira, são partes o titular da ação penal, normalmente o Ministério Público e o autor do fato; na segunda, a vítima e o autor do fato. Ainda que o Ministério Público, em excepcional substituição processual, possuísse legitimidade para postular reparação *ex vi legis*, o elemento pedido nunca seria o mesmo. Na ação penal, o pedido é pela procedência da denúncia; na ação reparatória, é pela procedência do pedido de condenação a uma retribuição pecuniária, de cunho indenizatório⁷.

Um segundo sistema é o da Solidariedade. Neste modelo tem-se duas ações distintas, uma ação penal e uma civil, mas ambas correm em um mesmo processo, tem-se uma “cumulação obrigatória de ações, perante o juízo penal”⁸. Com matiz positivista, identificava na ação reparatória também um interesse público, o que legitimava o Ministério Público a, de ofício, promover o exercício da ação civil em paralelo à ação penal, não sendo necessária a provocação da vítima⁹.

Outro sistema, o da livre escolha ou sistema da interdependência, é marcado pela cumulação facultativa das ações no processo penal, podendo a ação de satisfação do dano ser promovida pela parte tanto na esfera penal quanto

4. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p.136. O autor afirma mesmo que era o único sistema existente na antiguidade.

5. FILIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp.39-40.

6. BADARÓ. *Op. cit.*, p.136. O autor afirma mesmo que era o único sistema existente na antiguidade.

7. FILIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp.39-40.

8. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p.136.

9. FILIPETO. *Op. cit.*, pp.40-41.

na civil. No entanto, sua essência se concentra no fato de que a influência da ação penal sobre a civil é imperativa. Ainda que a parte escolha demandar sua pretensão no juízo cível, essa ação somente seguirá após o provimento final do processo penal. Essa paralização da ação no juízo cível até que seja julgada definitivamente a ação penal se fundamenta no ideal de afastar decisões conflitantes, mantendo a coerência intrassistêmica¹⁰.

Importante apontar que diversos países adotam o sistema da livre escolha, sem impor que a ação civil seja suspensa até o provimento penal. É este o caso espanhol, no qual a vítima pode buscar seus interesses aderindo ao processo penal, ou escolher pelo juízo cível. Correm então os dois processos em paralelo, sem que estejam limitados um pelo outro.

É este o modelo que tem chamado maior atenção da doutrina, uma vez que permite à parte definir o caminho que considera mais vantajoso, mantendo ambos os juízos autônomos. Vale então apresentar os argumentos trazidos por aqueles que defendem a adoção desse sistema.

Inicialmente, verifica-se uma crescente argumentação humanista desenvolvida especialmente no período de reformas da Europa pós segunda-guerra. Nesse contexto, a preocupação do direito penal se volta para a dignidade das vítimas, postulando sua maior inserção no processo penal para buscar vingança e reparação. Tem-se então o momento, “em meados da década de quarenta, com o fim da Segunda Guerra Mundial, onde a vítima, ao lado do algoz, passa a ser percebida e valorizada como sujeito de direitos, como ser humano, e não mais como mero objeto de investigação criminal”¹¹.

Há ainda a argumentação baseada no princípio da economia processual. Afirma-se que a junção dos processos reduziria a sobrecarga do judiciário e permitiria maior celeridade das decisões. Evitar-se-ia também as decisões conflitantes, comuns em um sistema de separação de jurisdições, que criariam uma suspeita da sociedade sobre a seriedade do judiciário¹². Sobre essa tendência destaca-se a lição Rubens R. Casara:

A necessidade de solucionar alguns problemas crônicos do sistema penal serviu de inspiração para a introdução de diversas inovações processuais na legislação latino-americana. Admitindo-se essa premissa, não é difícil imaginar

10. BADARÓ. *Op. cit.*, p.136-137 e FILIPETO. *Op. cit.*, p.41.

11. JORGE, Alline Pedra, *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.3.

12. RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal* – o chamado processo de adesão. Coimbra: Almedina, 1978, p.117-121.

que a sobrecarga de trabalhos das agências estatais (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia Civil), a demora na entrega das respostas aos delitos, a grave situação dos presos provisórios e a ineficácia das investigações preliminares foram algumas das distorções observadas no mundo-da-vida, que estimularam a aposta no consenso, como estratégia para levar à formação da resposta penal negociada, em substituição ao valor “verdade” (e verdade não se confunde com consenso)¹³.

Há ainda quem trabalhe fundamentos de índole penal da integração, calcado nas funções da pena. Segundo essa corrente a indenização à vítima exerceria um papel de prevenção geral e mesmo de ressocialização do condenado¹⁴. Destacam ainda o aumento da celeridade no pagamento da reparação proporcionado pelo temor causado pela coercitividade da pena restritiva de liberdade¹⁵.

Expostos os modelos que admitem a integração de jurisdição, vale, por fim, destacar o sistema da separação¹⁶, ou sistema da independência¹⁷ o qual não admite a confluência entre as jurisdições penais e civil. Nesse sistema as ações devem ser propostas de forma independente, cada qual em seu respectivo juízo, não havendo a possibilidade de se julgarem matérias não penais na seara criminal. Nesse sistema a vítima deve buscar seus interesses patrimoniais exclusivamente na esfera cível¹⁸.

Essa separação se justificaria pela diferença na natureza de cada um dos processos. O cível essencialmente voltado para a lide entre iguais e o penal marcado pela contraditoriedade¹⁹ entre desiguais, o Estado e o réu, processo este de *ultima ratio*, o único que pode implicar na restrição de liberdades do condenado.

Vale apenas ressaltar que embora seja importante a análise dos sistemas clássicos, não há uma rigidez obrigatória desses modelos. São eles doutrinariamente identificados por seus elementos mais comuns, mas raramente serão

13. CASARA, Rubens R., *Mitologia processual penal*, São Paulo: Saraiva, 2015, p.188-189.

14. Para maior aprofundamento sobre o tema ver: JALIL, Mauricio Schaun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp.144-145.

15. RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal* – o chamado processo de adesão. Coimbra: Almedina, 1978, p.117-121.

16. FILIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.42.

17. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p.137.

18. FILIPETO. *Op. cit.*, p.42 e BADARÓ. *Op. cit.*, p.137.

19. Rogério Lauria Tucci destaca que enquanto o processo civil é marcado pelo conflito de interesses, pela pretensão resistida conformando a lide e, portanto, contenciosidade, o processo penal é centralizado na ideia de contraditoriedade. Destaca-se o excerto: “É de ter-se presente, ainda, que, apesar da inexistência de contenciosidade, que resulta do contraste de vontades gerador da lide, torna-se imprescindível, no procedimento de conotação acusatória, a contraditoriedade, à qual aquela, irreversivelmente, cede lugar”. TUCCI, Rogério Lauria, *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.180.

observados em sua forma pura. Cada país adota um modelo adaptando-o ao seu sistema, elasticando algumas de suas características ou mesmo juntando elementos de mais de um sistema.

No Brasil, adota-se um sistema da separação com algumas mitigações. Inicialmente o Código de Processo Penal de 1941 previa um sistema da separação puro, cenário este que se alterou substancialmente com a edição da Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008²⁰. Dentre as reformas, passou-se a impor ao juiz o dever de, ao proferir a sentença, fixar os danos mínimos devidos à vítima, o que permite a execução civil da sentença penal de forma imediata sobre esse valor apurado.

Assim, adota-se um sistema de separação com a peculiaridade de que a sentença condenatória penal se configura em um título executivo extrajudicial ilíquido. Essa natureza da sentença, cumulada com a figura do assistente de acusação, permitiu uma participação mais ampla da vítima no processo penal.

A proposta trazida pelo PL nº 8.045/2010 (Novo Código de Processo Penal) caminha para admissão da parte civil e de um sistema de adesão. Nesse cenário, essencial analisar a adequação deste modelo, face ao modelo constitucionalmente adotado de processo penal.

3. A INTRODUÇÃO DA PARTE CIVIL PELO PL Nº 8.045/2010

O PL nº 8.045/2010 propõe introduzir a figura da parte civil e do processo de adesão em seu capítulo V, seção II. Conforme as proposições do projeto, a vítima, seu representante legal em caso de incapacidade ou seus herdeiros em caso de morte ou ausência, pode optar por requerer a recomposição civil aderindo ao processo penal.

Essa adesão deve se dar nos limites da imputação penal e o arbitramento dos danos deve ser possível pelas provas integrantes da peça acusatória, sem que acarrete maiores transtornos ao regular desenvolvimento do processo penal. Do contrário, a questão será remetida ao juízo cível.

O Projeto mantém o direito de propositura de ação civil contra o acusado, mas neste caso restará prejudicada a adesão na ação penal²¹. A sentença

20. Vale notar que referida lei é fruto do Projeto de Lei nº 4.207/01, resultado dos trabalhos da comissão de reformas criada pela Portaria 61 do Ministério da Justiça em 20 de janeiro de 2000. Essa Comissão foi presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, relevante expoente da escola paulista e da teoria geral do processo.

21. Projeto de Lei nº 8.045 de 2010. “Artigo 83. A adesão de que cuida este Capítulo não impede a pro-

penal condenatória deverá ser considerada pelo juízo cível, sendo mesmo permitido ao juiz, embora não seja obrigatória, a suspensão do processo até o julgamento final da ação penal²². Vale ainda dizer que a sentença penal poderá ser executada no juízo cível sem prejudicar uma eventual propositura de ação de indenização civil.

Quanto ao modelo adotado pelo projeto de novo código, parece-nos que se propõe um sistema de livre escolha, mas sem que se imponha a completa interdependência das ações. Caso proposta ação no âmbito cível, pode ou não o juiz suspender o processo e aguardar pelo julgamento da ação penal.

A escolha por essa conformação justifica a manutenção da figura do assistente de acusação²³. Trata-se de figura acessória, que atua em intervenção de terceiro facultativa no processo penal e, embora tenha poderes para intervir no processo, não pode, a princípio, propor ou promover a ação penal²⁴. Por meio dessa forma de participação no processo, caso a vítima opte por demandar civilmente seus interesses, esta ainda poderá intervir no processo penal para que a ação não caminhe em um sentido que lhe prejudique civilmente. Em especial na hipótese de suspensão do processo civil pelo juiz, caso em que a decisão penal irá repercutir de forma essencial no âmbito cível.

3.1. A CONCEITUAÇÃO DE VÍTIMA PARA O NOVO CÓDIGO

O projeto de novo Código opta pelo termo vítima em lugar do termo ofendido, utilizado pelo atual CPP. Essa escolha reflete um aspecto político de conferir maior atenção e relevância às vítimas, mas também merece maior atenção pela possibilidade de ampliação dos sujeitos habilitados a participar do processo enquanto partes.

O artigo 90 do PL 8.045/10 dispõe que por “vítima” entende-se:

A pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e as circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais, ou

positura de ação civil contra as pessoas que por lei ou contrato tenham responsabilidade civil pelos danos morais e materiais causados pela infração. Se a ação for proposta no juízo cível contra o acusado, incluindo pedido de reparação de dano moral, estará prejudicada a adesão na ação penal, sem prejuízo da execução da sentença penal condenatória, na forma do disposto no art. 84”.

22. PL nº 8.045 de 2010. Art. 84. “Parágrafo único. O juiz civil poderá suspender o curso do processo até o julgamento final da ação penal já instaurada, nos termos e nos limites da legislação processual civil pertinente.”
23. A parte civil possui mesmas faculdades e deveres processuais que o assistente de acusação no projeto de novo Código de Processo Penal, possuindo como vantagem a autonomia recursal e o direito de participar como parte independentemente de parecer ministerial.
24. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012., p.205.

quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.

Para além do sujeito que sofreu diretamente a ação criminosa, enquanto objeto material do crime, parece o Código estender o conceito a todos aqueles que suportam os efeitos da ação delituosa no plano de seus direitos fundamentais. Assim, é possível abarcar no conceito de vítima familiares e mesmos sócios de sujeitos objeto de crime que sejam afetados por ele.

Um dos questionamentos que pode ensejar o termo envolve a possibilidade de participação do poder público enquanto parte²⁵. Defende-se que não deve ser estendido a tal ponto o conceito, haja vista a utilização do termo “direitos fundamentais”, os quais são titularizados apenas pelas pessoas humanas, não fazendo sentido ampliar sua abrangência para o Estado Poder. Nesse sentido, deve ser mantido o atual entendimento, na forma apresentada por Badaró no seguinte excerto de sua obra:

Tem prevalecido o entendimento de que o Poder Público não pode intervir como assistente, pois seria uma superfetação a ingerência da Administração Pública na ação penal pública, movida por um órgão – o Ministério Público – que já atua em nome do Estado. Há, contudo, posição contrária, no sentido de que nem sempre é coincidente o interesse do Ministério Público com o do Estado lesado.²⁶

3.2. BREVE ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO: OS SISTEMAS LATINOAMERICANOS E ESPANHOL

Embora seja claro que a inserção da parte civil no processo penal brasileiro trará profundas alterações em sua dinâmica em relação ao modelo atual, é importante destacar que as mudanças propostas são bem mais tímidas que nos demais países da América Latina.

A inserção da parte civil no Brasil não permitiria ainda que se extinguissem as ações penais por meio de acordos particulares, questão esta marcante nas reformas latinoamericanas. Percebe-se nessas reformas a ampliação dos

25. Vale notar brevemente que nos sistemas europeus podem ser observados exemplos da participação do Estado enquanto parte civil no processo penal. Atualmente é de grande relevância o caso da modelo italiana Gessica Notaro no qual ocorreu a habilitação do município de Rimini como parte civil no processo para reivindicar danos à imagem do município e possíveis lucros cessantes. Para maiores informações sobre o caso: Gessica Notaro: il Comune di Rimini sarà parte civile contro Tavares. Chiamamicitta.it, 09 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.chiamamicitta.it/gessica-notaro-comune-rimini-sara-parte-civile-tavares/>>. Acesso em: 23/11/2017; Gessica Notaro: il Comune di Rimini si è costituito parte civile nei confronti di Eddy Tavares, Altarimini.it, 03/03/17. Disponível em: <<https://www.altarimini.it/News95925-gessica-notaro-il-comune-di-rimini-si-e-costituito-parte-civile-nei-confronti-di-eddy-tavares.php>>. Acesso em: 23/11/2017.

26. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012., p.209.

espaços de consenso pela inserção de possibilidades de realização de acordos reparatórios extintivos da ação penal. A exemplo, tem-se o caso da Costa Rica que dispõe como regra geral a finalidade do processo em solucionar o conflito²⁷, elencando a conciliação como causa de extinção da ação penal em diversos crimes de menor potencial ofensivo e em ações penais privadas. Incentiva-se a conciliação e reparação do dano, os quais levam o processo ao fim.

Percebe-se ainda uma grande diferença no que concerne à própria dimensão do conceito de vítima no processo penal. No Brasil foi mantido um conceito restritivo de vítima, que somente abarca o indivíduo que foi diretamente atingido pelo delito – o que poderia abarcar familiares e sócios a depender do tipo de delito em questão –, seu representante legal em caso de incapacidade ou menoridade, seus herdeiros em caso de morte²⁸.

Países como Honduras, Guatemala, Costa Rica e El Salvador, inspirados pelo modelo espanhol, adotaram um sistema muito mais extenso de participação do ofendido. Nesse sentido, ampliou-se o conceito de vítima, discutindo-se a possibilidade de participação do ofendido, lesado, familiares próximos, sócios em empresas e as associações em casos de delitos que afetem direitos difusos e coletivos. Para além de ampliar o conceito de vítima, importou-se a possibilidade de uma ação popular sobre matéria penal, o que permite a qualquer cidadão intervir no processo como acusador particular²⁹.

O sistema espanhol já previa a ação popular desde a Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882³⁰, sendo considerado por Ágata M^a Sanz Hermida o mais radical dos modelos no que concerne à participação de terceiros no processo penal. Nesse sistema pode exercer ação penal qualquer um que goze da plenitude de seus direitos. O próprio Ministério Público apresenta a ação civil junto a penal, salvo se o ofendido expressamente renunciar ao seu direito de restituição, reparação ou indenização³¹.

A realização de reformas na América Latina, inspirada por um modelo

27. Artículo 7º.- *Solución del conflicto*, Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

28. Artigo 77, *caput*, e artigo 81, *caput*, do PL 8.045/2010.

29. BOVINO, Alberto. *Los principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p.104.

30. SANZ HERMIDA, Ágata M^a. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.67.

31. *Ley de enjuiciamiento criminal*, “Artículo 108. La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.”

tão destoante dos desenvolvidos nesses países até então é questão curiosa que demandará maior tempo de efetivação para que sejam verificados os resultados. Por ora, basta apresentar a situação em que se encontra a reforma no Brasil e as críticas que incidem sobre ela.

4. NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL: EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PARTES

Embora a integração de jurisdição e a maior participação da vítima no processo penal representem uma tendência global, já tendo sido apresentados os diversos argumentos que lhe são favoráveis, não parece ser este o caminho mais adequado para a concretização de um modelo de processo penal democrático.

A partir da teoria de Elio Fazzalari pode ser identificado um completo giro na seara processual. Ao atribuir uma nova natureza jurídica ao processo, o qual passa a ser entendido como espécie de procedimento, qualificado pelo contraditório entre as partes em simétrica paridade de armas³², o autor possibilitou que doutrina especializada³³, em sua trilha, desenvolvesse uma mudança de paradigmas no processo penal. O giro pode ser verificado nas três esferas que compõem o Direito Processual Penal: processo, jurisdição e ação, as quais adiante serão mais pormenorizadamente analisadas.

O conceito de processo era até então fortemente vinculado à ideia de uma contraposição de interesses, na conformação de uma lide identificada pela pretensão resistida. Fundamentado na teoria da relação jurídica processual, a qual detém de forte matiz pandectista, esse conceito se enfraquece quando Fazzalari desloca a natureza do processo para a estrutura dialética do procedimento. Especificamente na seara processual penal, verifica-se o deslocamento no sentido do desenvolvimento protetivo do procedimento em favor do acusado, titular de direitos humanos que impõem limitações ao poder repressivo do Estado³⁴.

A Jurisdição ainda hoje costuma ser definida como a atividade do juiz de aplicar a lei, ou seja, um conceito voltado para a atribuição da função

32. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. par. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.121.

33. LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015, BARROS, F. M.. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. *Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 01-29, 2003 e PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

34. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. par. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.121.

jurisdicional ao juiz. A partir da teoria fazzalariana o conceito não mais a isso se limitaria, voltando-se também para a estrutura procedimental marcada pelo contraditório, a qual fundamentaria e legitimaria o provimento final. Há Jurisdição quando é possibilitado o contraditório em simétrica paridade de armas para os afetados pelo provimento, os quais são, *a priori*, desiguais no processo penal³⁵. Essa desigualdade constante na base do processo penal fundamenta a conformação neste processo de uma ótica própria para a construção dos fatos, estruturando-se como um sistema protetivo. Assim, a jurisdição penal é estritamente vinculada à legalidade e limitada pelos direitos humanos do acusado. Em um Estado Democrático de Direitos Humanos o processo penal opera como um instrumento de limitação ao poder repressivo do Estado, poder este invasivo e estigmatizante.

Por fim, o conceito de ação em processo penal não mais pode ser concebido com bases nas formulações clássicas de matriz processual civil: seja como um direito subjetivo de provocar a atividade do órgão jurisdicional, seja como um direito a um julgamento de mérito, ou ainda como direito público subjetivo³⁶. No processo penal, afastadas as teorias pandectistas, tem-se um conceito de ação relacionado não a um pedido ou uma demanda, mas sim a um conceito de legitimação. Tem-se uma situação subjetiva composta, compreendida por uma série de poderes deveres e faculdades.

Essa nova conceituação da ação, impõe que sejam superados os conceitos clássicos de partes, cunhados no processo civil e posteriormente transplantados ao processo penal, os quais se mantêm fortemente ligados às tradicionais doutrinas pandectistas e à teoria da relação jurídica processual. A exemplo pode ser apresentado o conceito elaborado por Francesco Carnelutti, fundado na lide processual, o qual prevaleceu por muitos anos no processo. Segundo o autor, partes seriam os sujeitos titulares dos interesses em conflito na lide, a pretensão de um sujeito, qualificada pela resistência do outro³⁷.

Com o crescente questionamento acerca da existência de uma lide no processo penal, o próprio jurista italiano reconhece um equívoco em seu pensamento. Afirma então em seu trabalho *Lecciones sobre el Proceso Penal*

35. FAZZALARI. Op. cit., p.119. Segundo o autor, o processo civil é composto por iguais e somente no caso concreto é que se percebem desigualdades entre as partes. Diferentemente, o processo penal se desenvolve entre desiguais. Tem-se o Estado com toda a sua força e o indivíduo.

36. TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*, v.3, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.128.

37. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*, trad. par. Santiago Sentis Malendo, v.I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, Bosch y Cia, 1950 (tradução de Lezioni sul Processo Penale, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946), p.156, tradução livre.

de 1946 que, enquanto a ilicitude civil demanda um processo contencioso, não há contenciosidade quando se trabalha a ilicitude criminal. Não haveria contraposição de interesses sobre este objeto e, portanto, não haveria lide. No entanto, para o autor, não há como se distinguir e separa ambas naturezas do ilícito. O ilícito seria uno, possuindo conteúdo civil e penal. No entanto, o autor segue entendendo que o processo sempre trabalhará com ambos os conteúdos – penal e civil – do ilícito, acreditando não ser possível separar cada aspecto de forma única³⁸.

Com o pensamento fazzalariano, altera-se o próprio conceito de partes, passando a identificá-las como aqueles que serão afetados pelo provimento final, ou seja, aqueles “em cuja esfera jurídica o ato é destinado a desenvolver eficácia, em contraditório entre eles”³⁹. Esse conceito é que caracterizaria as situações legitimante e legitimada à ação processual penal⁴⁰.

Nesse sentido, transpondo-se o raciocínio ao processo penal, tem-se que somente o acusado é parte legitimada para agir no processo penal, dotada de poderes, deveres e faculdades. Essa legitimação se fundamenta no fato de ser o único sujeito no processo titular de direitos humanos, como o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência.

O Juiz – e também o Ministério Público, acrescente-se – não é parte no processo penal, não é legitimado pois não sofrerá os efeitos do provimento. Ambos juiz e promotor não atuam no processo legitimados por direitos humanos como o contraditório e a ampla defesa, mas atuam sim pela legalidade, exercendo função que a Constituição lhes atribui. Cumprem deveres, e não gozam de faculdades ou direitos.

Nesse sentido, o Ministério Público pede em juízo porque tem o dever, imposto pela ordem jurídica por via do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, de fazê-lo⁴¹. Sua atuação como representante da sociedade e

38. Destaca-se o seguinte excerto da obra carnelluttiana: “*La verdad es, sin embargo, que el contenido penal y el contenido no penal del proceso penal están tan íntimamente unidos que no es posible entre ellos una escisión, precisamente porque las consecuencias civiles del delito son inseparables de las consecuencias penales, y sobre las unas y sobre las otras el juez penal estatuye inseparablemente. En consideración de esto, al proceso penal se le debe reconocer no tanto un carácter intermedio entre lo contencioso y lo no contencioso cuanto un carácter mixto del uno y del otro; el mismo es verdaderamente la fusión de un proceso contencioso con un proceso voluntario*”. CARNELUTTI. Op. cit., p.157.

39. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. par. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.32.

40. Nota-se que, para Elio Fazzalari, estar em uma situação, ou posição subjetiva legitimada significa ser titular de uma série de poderes, deveres e faculdades atribuídas à parte ao longo do processo. FAZZALARI, Elio. Op. cit., p.119.

41. No sistema brasileiro onde governa o princípio da obrigatoriedade seria absurdo falar em direito à ação para o Ministério Público. Da mesma forma causa estranheza lhe conferir a titularidade do direito ao contraditório. O Ministério Público participa no processo por que assim deve fazer, porque lhe foi

defensor da ordem jurídica e do regime democrático é regida pela legalidade. Dessa forma, não pode atuar para além dos limites legais, uma vez que isso representaria uma atuação destoante da vontade legitimamente exarada pela sociedade. O Ministério Público não possui ação, mas sim função no processo. Não atua pela legitimação lastreada em direitos humanos, mas sim pela legalidade. Nesse sentido a definição de Hélio Tornaghi:

O Ministério Público é parte como **órgão** (e não representante) do Estado. O aspecto ritual do processo a tanto leva, porque, além de o Ministério Público ser fiscal da aplicação da lei, ele exerce a **função** de acusar. Esta última é sua **atribuição** precípua, uma vez que o processo está organizado de forma contraditória⁴².

Quando se tem em vista a inserção da parte civil no processo penal é nesse plano que exsurge o problema central: Seria ainda o processo penal um processo de desiguais? Pode essa parte atuar legitimada pelos direitos humanos? São os questionamentos a serem analisados a seguir.

4.1. A ILEGITIMIDADE DA PARTE CIVIL ATRAVÉS DOS DIREITOS HUMANOS EM UM MODELO DE PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

A primeira dificuldade à inserção de uma parte civil no direito processual brasileiro se apresenta na tentativa de se conciliar a introdução de um sujeito processual cuja posição no processo seria, *a priori*, de igualdade em relação ao acusado, a um modelo protetivo, pensado para uma realidade de processo entre desiguais. Isto porque são distintas as óticas adotadas na construção dos fatos em cada um desses modelos processuais.

O processo civil se desenvolve entre iguais, sendo admitidas algumas flexibilizações procedimentais e mesmo negócios jurídicos processuais⁴³. Ambas as partes são titulares de iguais direitos no processo, ambas possuem, por exemplo, direito ao contraditório e à ampla defesa.

Diferentemente, no processo penal, apenas o acusado é titular de direitos humanos como o contraditório, a ampla defesa, a presunção da inocência

imposto um dever, uma função, enquanto representante da sociedade, da ordem jurídica e do regime democrático.

42. TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*, v.3, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.136, grifo nosso.

43. Vale destacar em nota o disposto no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

e o *in dubio pro reo*. Nessa seara, o autor da ação, o Ministério Público, não atua pela situação legitimante como contraditor, titular de direitos, mas somente pela legalidade, exercendo função.

Essa atuação do acusado, legitimada pelos direitos humanos, permite que este seja projetado para além da legalidade estrita. A título de exemplo, sempre que sua ampla defesa puder ser vulnerada deverão ser-lhe assegurados amplos e eficazes meios para que possa assegurá-la. Enquanto o Ministério Público jamais poderá fundamentar sua acusação em uma prova obtida por meios ilícitos, no entanto, não se pode impedir que tais provas, quando essenciais à ampla defesa do acusado, sejam apresentadas por sua defesa.

Nesse modelo, admitir a participação da vítima e a integração de jurisdições representaria uma completa subversão da lógica a ele inerente. Enquanto no modelo de separação o réu é o único detentor de direitos humanos, na integração de jurisdição se insere no processo outra parte também dotada destes mesmos direitos.

Afinal, é inegável que a vítima possui um interesse legítimo. Este interesse, contudo, é destoante daquele que fundamenta o processo penal, o interesse da sociedade. Por ser estritamente privado, o interesse da vítima não possui espaço de efetivação na via do processo penal. Isto porque sua legitimidade, ao atuar no processo penal, conquanto se embasasse tão somente em seu interesse patrimonial, permitiria o manejo de uma estrutura que visa como resultado último a punição do infrator e a satisfação dos interesses da coletividade. Inserida neste modelo, a vítima estaria atuando através de um direito humano para além da legalidade, em prejuízo às garantias do acusado, valor constitucionalmente superior que deve ser assegurado.

5. DEMAIS PROBLEMAS ENVOLVENDO A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA EM UM MODELO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL

No tópico anterior foi apresentada a incompatibilidade formal da participação da vítima no processo penal, o qual envolve a própria natureza do processo, razão pela qual consiste no mais grave problema da questão. Para além dessa questão vale ainda apresentar mais alguns graves problemas em se reconhecer a parte civil no processo penal, a saber: o problema da instrumentalização liberal mercadológica do processo penal e o problema probatório envolvendo a palavra da vítima.

5.1. IMPOSSIBILIDADE IDEOLÓGICA: A INSTRUMENTALIZAÇÃO LIBERAL MERCADOLÓGICA DO PROCESSO PENAL

Um dos problemas enfrentados com a expansão dos espaços de participação da vítima no processo penal é o risco da instrumentalização deste para a busca de interesses privados. Como o próprio Ribeiro de Faria aponta, o uso da maior força coercitiva do direito penal para tornar mais eficiente e rápida a demanda patrimonial. Subverte-se o processo penal, potencializando uma estrutura estatal segregadora, utilizada então como instrumento coercitivo para a realização de transações privadas em uma lógica mercadológica essencialmente liberal.

Não é a primeira vez que ganham relevo teorias que procuram substituir o direito penal por um direito reparatório. Nesse sentido, vale a análise das teorias neoliberais da Escola de Chicago, em especial vale brevemente lançar o olhar sobre os estudos de Gary Becker e de Richard Posner⁴⁴.

Gary Becker, em 1974, ao pensar o sistema punitivo, elabora o chamado sistema de compensação. A partir de uma lógica econômica de mercado, fortemente apoiado na ideia de escolhas racionais dos autores, percebe o crime como uma externalidade não-mercadológica (*“external harm”* ou *“diseconomies”*)⁴⁵. Diante dessa conduta desviante daquelas consideradas conformes ao mercado, impõe-se um sistema de multas e danos, considerados preços. O pagamento desses preços representaria o retorno do equilíbrio dos fluxos do mercado, reduziria riscos e significaria mesmo a reinserção do sujeito à lógica do mercado⁴⁶.

44. Nesse ponto, nota-se que as teorias neoliberais do direito penal são complexas e variam muito em suas formas. No entanto, a brevidade do presente artigo nos obriga à um recorte do tema pelas características que mais comumente e reiteradamente podem ser observadas nas teorias neoliberais, talvez pecando pela simplicidade que o curto espaço nos obriga. Vale em nota destacar alguns dos elementos apresentados por Pat O'Malley em seu trabalho, em geral comuns a estas correntes e que são relevantes para o trabalho: a) punição economicamente racionalizada; b) foco da justiça no consumidor, no público; c) elaboração de procedimentos visando a consumerização da justiça (nesse sentido a ampliação da participação da vítima no processo penal); d) ampliação do punitivismo. Para maior aprofundamento crítico ver: O'MALLEY, Pat. Rethinking Neoliberal Penalty. In: *Legal Studies Research Paper*, Sydney Law School, nº15/67, Sidney: ago. 2015, pp.2-3.

45. BECKER, Gary. S. Crime and Punishment: An economic approach. In: BECKER, G. S., LANDES, W. M. (eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Nova York: Columbia University Press, 1974, p.36.

46. O autor desenvolve sua teoria pela elaboração de um diagrama matemático que coloca em questão os supostos ganhos do agente pelo cometimento do crime, os danos para a sociedade, para então calcular uma otimização do sistema punitivo. Um método que reduz os danos da sociedade e os ganhos dos agentes criminosos para que se controlem os fluxos do crime preventivamente, pela análise dos riscos. Nesse sistema a lógica dos preços faz sentido, uma vez que sua colocação na lógica formular do diagrama leva ao seu equilíbrio ótimo. Para maior aprofundamento ver: BECKER, Gary. S. Crime and Punishment: An economic approach. In: BECKER, G. S., LANDES, W. M. (eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Nova York: Columbia University Press, 1974.

Nesse sistema, a prisão seria uma alternativa residual, aplicada apenas àqueles que não podiam pagar, os quais, portanto, permaneceriam fora do mercado, ou nas hipóteses e de crimes realmente muito graves ou perigosos.

O autor não trabalha *in concreto*, não lida com indivíduos, mas observa abstratamente o fluxo das coisas visando assegurar a segurança em um modelo de diagrama voltado para a análise de risco e compensação. O objetivo não é extirpar o crime, mas sim equilibrar os custos da criminalidade e os custos da justiça.

A análise dos trabalhos do autor leva a entender que seu objetivo era tornar a prisão instrumento punitivo excepcional, resolvendo-se os conflitos pela compensação, pelos preços. No entanto, o resultado de um sistema neoliberal de sistema foi completamente diferente, conforme identifica Richard Posner,

Alguns anos depois, Richard Posner faz um diagnóstico do sistema punitivo neoliberal para identificar uma realidade de encarceramento em massa como forma de prevenção aos riscos – “*Mass imprisonment as prevention*”. Conforme aponta o autor, há um grande setor da população que historicamente vive marginalizado, uma classe excluída do mercado. Nos Estados Unidos essa população foi identificada pelo autor como a classe negra e latina, marginalizada e empobrecida no país. A lógica de penalizar aqueles que possuem condutas não mercadológicas incide exatamente sobre essa classe, levada então, em massa, ao encarceramento. Trata-se da penalização das “*underclass*”.

Nesse sentido, resta claro que a solução dos problemas do sistema punitivo pela via da substituição da pena privativa de liberdade por soluções privatísticas voltadas para a indenização, reparação, levam ao encarceramento em massa e intensificam a seletividade penal.

O diagnóstico de Posner pode ser facilmente transposto para o Brasil, o qual apresenta a quarta maior população prisional no ranking mundial divulgado pelo CNJ. No Brasil, a técnica punitiva tem levado ao encarceramento maciço de uma parcela da população marcadamente negra e pobre, cuja natureza dos crimes que os leva à prisão é, em sua maioria, tráfico de drogas ou crimes contra o patrimônio⁴⁷.

Curiosamente, não obstante o diagnóstico da falha na adoção de um

47. Segundo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN de dezembro de 2014, a população penitenciária do Brasil chegou a 622.202 presos. Segundo os dados do INFOPEN, a grande maioria dos detentos respondia ou fora condenada pelos seguintes crimes: tráfico de drogas (28%); roubo (25%); furto (13%) e homicídio (10%).

programa de privatização do sistema punitivo, verifica-se uma nova tendência neoliberal reformista do processo penal. Destaca-se por exemplo a expressa manifestação nesse sentido de Alberto Bovino: “*Se trata de abandonar un modelo de justicia punitiva para adoptar un modelo de justicia reparatoria*”⁴⁸

Ao trabalhar as reformas processuais na América Latina o autor defende, embora partindo de um argumento de humanismo sobre a vítima, um sistema econômico liberal de sistema punitivo⁴⁹. Chega mesmo a afirmar a completa autonomia da vítima em acordar com o acusado o que deseja como reparação, ainda que não seja compatível com um cálculo objetivo de danos causados. Se houve acordo, está extinta ação penal, não cabendo ao Estado interferir sobre o que a vítima considera ser justo, desde que o réu aceite.

Lançam sombras sobre o grave risco de se instrumentalizar o aparato estatal, de expandir os limites *do ius puniendi*, de comprometer garantias da pessoa, para a efetivação de interesses particulares e patrimoniais, em nome de uma maior eficiência da justiça e de um suposto empoderamento da vítima.

Embora se apoiem em argumentos de viés supostamente humanitário as correntes doutrinárias para que se admita a participação da vítima no processo penal, em algum momento, acabam por demonstrar a face liberal até então oculta da proposta.

5.2. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL: PROBLEMAS DE CUNHO PROBATÓRIO

Outro grave problema se encontra na força probatória da palavra da vítima no processo. Isto porque, no modelo atual, a vítima é fonte de prova, um objeto do processo. Uma vez que assuma um papel de parte civil, atuando como juridicamente interessada no provimento final do processo, sua declaração perde valor. Como destaca Gustavo Badaró, há uma incompatibilidade ontológica entre o papel de sujeito processual e fonte de provas, entre parte e testemunha⁵⁰.

48. BOVINO, Alberto. *Los principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p.111.

49. Vale notar o seguinte excerto: “*El modelo de justicia reparatoria, en cambio, se caracteriza por construir la infracción penal como la producción de un daño, es decir, como la afectación de los intereses de una persona determinada. La persecución permanece en manos -o depende- del individuo que ha sufrido el daño y el Estado no interviene coactivamente en el conflicto -que permanece definido como conflicto interindividual- y, cuando lo hace, es porque la víctima lo solicita expresamente. La consecuencia principal para el autor del hecho en este modelo consiste. En general, en la posibilidad de poder recurrir a algún mecanismo de composición que, genéricamente, permite el restablecimiento, fático o simbólico, de la situación a su estado anterior*” (BOVINO. *Op. cit.*, p.111).

50. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Proceso penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012., p.211.

Este problema não é uma novidade ou mera ilação sobre um processo penal do futuro, mas pode ser identificado mesmo no atual processo penal brasileiro a partir da alteração do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008, que incluiu no artigo 387, inciso IV⁵¹ o dever do juiz de arbitrar danos mínimos à vítima do crime, mitigando, portanto, o sistema de separação de jurisdição até então adotado no país. São expressivos os casos na jurisprudência pátria em que a palavra da vítima é usada como principal e mesmo como única prova do suposto crime, tendo por base a sua clandestinidade, ao mesmo tempo em que, a pedido da vítima, foram arbitrados os danos mínimos pela autoridade judicante.

A título de exemplo menciona-se a decisão de 30/08/2017 pela 7ª Câmara Criminal referente à Apelação Criminal 1.0388.16.002203-3/001. Destaca-se o excerto: “[a] palavra da vítima é de grande relevância nos delitos patrimoniais, geralmente praticados na clandestinidade, sem a presença de testemunhas” e então “[t]endo havido o requerimento de condenação do apelado no pagamento de indenização em favor da vítima, a título de reparação dos danos causados, mister se faz a fixação em valor justo e razoável”⁵².

Outro incisivo exemplo é a decisão de 26/07/2017 também pela 7ª Câmara Criminal referente à Apelação Criminal 1.0024.13.125414-6/001, na qual se afirma que “[p]rova-se a autoria do crime quando a vítima é firme em dizer ter sido agredida pelo acusado, sendo as suas declarações corroboradas pelo Auto de Corpo de Delito juntado ao feito e pelas provas testemunhais”⁵³ e em seguida fixa-se indenização demandada pela vítima.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ADEQUAÇÃO DO CONCEITO DE PARTES AO MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO PENAL

Diante de todo o exposto, percebe-se a inadequação do instituto da parte civil e da integração da jurisdição civil e penal em um modelo democrático de processo penal.

São diferentes e incompatíveis os modelos cognitivos de ambos os

51. Código de Processo Penal brasileiro de 1941, “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008) (...) IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”
52. Apelação Criminal 1.0388.16.002203-3/001, Relator(a) Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 30/08/2017, Data da publicação da súmula: 08/09/2017
53. Apelação Criminal 1.0024.13.125414-6/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 26/07/2017, Data da publicação da súmula: 04/08/2017

processos, um, a princípio, que se dá entre iguais – processo civil – e outro entre desiguais – processo penal. Essa conformação *a priori* demanda uma construção protetiva de sua estrutura, baseada em direitos humanos. A admissão da legitimação da parte civil pelos direitos humanos para movimentar uma estrutura punitiva de *ultima ratio* consistira em completa subversão do modelo constitucional de processo penal.

Esse entendimento não significa deixar as vítimas em sua atual posição de esquecimento e invisibilidade. Há diversas medidas que podem ser adotadas para o fortalecimento da vítima de crimes, tais como o reforço dos Centros de Assistência às Vítimas, a criação de fundos estatais de indenização, o fornecimento de amparo psicológico, a promoção de políticas de prevenção, dentre outras.

Entende-se que a admissão da proposta de inserção da parte civil acarretaria também uma instrumentalização indesejada do processo penal para a realização de interesses particulares. Fenômeno este que poderia levar a uma ampliação do número de processos criminais, intensificação da seletividade do sistema punitivo e do encarceramento em massa.

Ademais, sob o pretenso argumento de que o processo penal seria capaz de satisfazer e compensar os interesses da vítima, estar-se-ia legitimando a expansão da estrutura repressiva estatal, a qual, por sua própria natureza, revitimiza e torna objeto o ofendido. Afinal, como afirma Eugenio Zaffaroni, “o dia quando o poder punitivo restituir com seriedade à vítima, passará a ser outro modelo de solução de conflitos, deixará de ser poder punitivo porque perderá seu caráter estrutural, que é o de confiscação à vítima”⁵⁴.

Conclui-se, portanto, pela melhor adequação ao processo penal constitucional do sistema da separação, assegurando-se as garantias do réu sem que se impeça a satisfação da vítima, a qual pode demandar seus interesses no âmbito cível.

REFERÊNCIAS

- ESPAÑA, Ley de Enjuiciamiento Criminal, «BOE» núm. 260 (Referencia: BOE-A-1882-6036), de 17 de septiembre de 1882, última modificación: 6 de octubre de 2015.
54. Tradução nossa do original: “El día cuando el poder punitivo restituya en serio a la víctima, pasará a ser otro modelo de solución de conflictos, dejará de ser poder punitivo porque perderá su carácter estructural que es la confiscación de la víctima” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila, SALGADO, Judith, VALLADARES, Lola (coord.). *El género en el derecho*. Ensayos críticos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 321, Quito: V&M Gráficas, dezembro de 2009, p.324).

- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 5ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.
- BARROS, F. M.. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. Virtua Jus. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 01-29, 2003.
- BECKER, Gary. S. Crime and Punishment: An economic approach. In: BECKER, G. S., LANDES, W. M. (eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Nova York: Columbia University Press, 1974.
- BOVINO, Alberto. *Los principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. par. Santiago Sentís Malendo, v.I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia, 1950 (tradução de Lezioni sul Processo Penale, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946).
- CASARA, Rubens R. R.. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, tomo I, Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000.
- DOMINIONI, Oreste. *La testimonianza della parte civile*. (Série II, Studi di diritto processuale penale, nº4, a cura di G. D. Pisapia) Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, p.IV-152.
- ESER, Albin; HIRSCH, Joachim, ROXIN, Claus; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. *De Los Delitos y de Las Victimias*. Argentina: Ad-Hoc, 1992
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, trad. Par. Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2005.
- FILIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*, trad. Par. Patricia S. Ziffer, 2ª impressão, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. par. Regina Greve. Coordenado e supervisionado por Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SANZ HERMIDA, Ágata Mª. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- JALIL, Mauricio Schaun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- JORGE, Alline Pedra. *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vitima Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- JUAN SÁNCHEZ. Ricardo. *La Responsabilidad Civil en el proceso penal (actualizado a la ley de juicios rápidos)*. Madrid: La Ley, 2004.
- LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- O'MALLEY, Pat. Rethinking Neoliberal Penalty. In: *Legal Studies Research Paper*, Sydney Law School, nº15/67, Sidney: ago. 2015.

- PATENTE, Antônio Francisco. *O Assistente de Acusação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- PRADO, Geraldo, CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Processo penal e garantias*. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal – o chamado processo de adesão*. Coimbra: Almedina, 1978.
- SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. Las víctimas del delito em los tempos del olvido: una reflexión desde la victimología em torno a la reforma al sistema penal en Colombia. *Vniversitas*, nº109. Comlombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp.95-127.
- SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. Los Derechos Humanos de las víctimas: apuntes para la reformulación del sistema penal, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº12, Comlombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp.353-372.
- SANZ HERMIDA, Ágata Mª. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*, v.3, Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila, SALGADO, Judith, VALLADARES, Lola (coord.). *El género en el derecho*. Ensayos críticos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 321, Quito: V&M Gráficas, dezembro de 2009.

ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA FINANCEIRO

Fabio Kupfermann Rodarte¹

João Victor Freitas²

RESUMO: Enquanto se discute o futuro da delação premiada no Brasil, a mais recente novidade é a aprovação da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, que reestruturou o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (“BC”) e permitiu a assinatura de acordos em troca de redução ou exclusão de penas. Porém, para que esses novos mecanismos possam fortalecer a detecção e punição de ilícitos e se consolidar no campo financeiro, ainda é preciso superar alguns desafios, em especial no que toca à interação entre as investigações administrativas e criminais. O presente estudo procura expor quais são os principais desafios e as críticas aos novos acordos sob a Lei nº 13.506/17, além de oferecer sugestões para o aprimoramento desses institutos.

PALAVRAS-CHAVE: Delação Premiada; Sistema Financeiro; Banco Central do Brasil; Ministério Público; Lei nº 13.506/17.

1. INTRODUÇÃO

Os modelos normativos que permitem confessar ilícitos e cooperar com investigações em troca de extinção ou redução de penas não são mais uma novidade para os brasileiros. Institutos que asseguram benefícios a troco de colaboração efetiva e espontânea serão denominados neste estudo pelo termo “delação premiada”, gênero do qual o acordo de leniência e outros tipos de acordos com autoridades são espécie.³

O acordo de leniência é utilizado no contexto da repressão aos cartéis desde o ano de 2003,⁴ e até setembro de 2017 já haviam sido firmados 94

1. Advogado no escritório Levy & Salomão Advogados. Graduado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
2. Advogado no escritório Levy & Salomão Advogados. Graduado em direito na Universidade Federal do Maranhão. Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
3. MARTINEZ, Ana Paula, Parâmetros de Negociação de Acordo de Leniência com o MPF à Luz da Experiência do CADE, in: Colaboração premiada. Coordenação: Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Thereza de Assis. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 33, no prelo.
4. 2003 é o ano de assinatura do primeiro acordo de leniência pela autoridade antitruste brasileira: Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10. Acordo de Leniência celebrado em 08.10.2003. SDE e Vigilância Antares Ltda., entre outros. D.J. 21.09.2007.

acordos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Para entender a importância desse instituto é preciso perceber a função do acordo de leniência sobre o combate a colusões. Participantes de cartéis⁵ são capazes de diversas estratégias para esconder a conduta praticada e exigem métodos elaborados de investigação.⁶ O CADE pode recorrer à obtenção de provas a partir de buscas e apreensão e escutas telefônicas,⁷ mas o papel dos Acordos de Leniência tem sido prática investigativa ainda mais importante.

O acordo de leniência consta da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “LDC”) e permite a imunidade total ou parcial em relação às penas administrativas e criminais aplicáveis em troca de confissão das condutas e colaboração com as investigações. O propósito do acordo é desestabilizar cartéis existentes e detectar condutas que de outra maneira não seriam percebidas pelas autoridades.⁸ A falta de confiança existente entre os membros de um cartel tende a tornar esses acordos efetivos meios de desestabilizar grupos colusivos.⁹ Outro acordo previsto pela LDC é o Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”), por meio do qual os beneficiários devem cessar imediatamente a conduta sob investigação e pagar uma contribuição pecuniária determinada.

Esses institutos têm ganhado relevância também no sistema financeiro. É o que mostra a investigação iniciada pelo CADE em 2015 sobre manipulação de taxas¹⁰ no mercado de câmbio envolvendo moedas estrangeiras (em

5. Em resumo, o cartel é o acordo explícito ou implícito entre concorrentes que tem como principais objetivos a fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercado. Basicamente, a ação coordenada entre agentes que deveriam competir entre si pode levar à eliminação da concorrência, aumento de preços e redução do bem-estar do consumidor. O prejuízo aos consumidores reflete-se no aumento de preços, na restrição da oferta de bens ou serviços, além do comprometimento da inovação tecnológica. (CADE. Nota Técnica nº 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE referente ao Procedimento Administrativo nº 08700.004633/2015-04. Representante: Cade *ex officio*. Representados: Banco Standard de Investimentos S.A. e outros. 2015. Subtítulo II.1).
6. PEREIRA NETO, Caio Mario S.; CASAGRANDE, P. L. Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 124.
7. ARAUJO, Mariana Tavares, CHEDE, Marcio Benvença. Repressão a Cartéis em Múltiplas Jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Coord.). Temas atuais de Direito da Concorrência, São Paulo: Singular, 2012, p.226.
8. CADE. Nota Técnica nº 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE referente ao Procedimento Administrativo nº 08700.004633/2015-04. Representante: Cade *ex officio*. Representados: Banco Standard de Investimentos S.A. e outros. 2015. Item 18.
9. “On the other side, antitrust enforcers have a great interest in both detecting and de-stabilizing cartels. Cartel “amnesty” or “leniency” programs have been created to reward cartel members for snitching on the cartel to the Justice Department in exchange for more lenient treatment for themselves. Such programs can be very effective cartel destabilizers, given that cartel members are inherently inclined not to trust one another.” (HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice, 5 ed, West Academic Publishing, St. Paul, Minn.: 2016, p.202)
10. Taxa de câmbio é o preço de uma moeda estrangeira medido em unidades ou frações (centavos) da moeda nacional. A taxa de câmbio reflete o custo de uma moeda em relação à outra. Taxas de câmbio são livremente pactuadas entre as partes contratantes, ou seja, entre o comprador ou vendedor da moeda estrangeira e o agente autorizado pelo Banco Central a operar no mercado de câmbio. (Banco Central

especial no mercado de câmbio à vista) e no mercado de câmbio envolvendo a moeda brasileira. Também são investigados ilícitos consistentes na manipulação de índices de referência de mercado de câmbio, como os do BC ou Banco Central Europeu.¹¹

Outro exemplo, este estrangeiro, é o chamado “Escândalo Libor”, que ganhou destaque nos fins de 2013. O episódio consistiu na formação de cartel entre oito grandes instituições financeiras na Europa para influenciar artificialmente o índice Libor em função das necessidades de seus negócios¹² e custou cerca de 1,7 bilhão de euros aos envolvidos.¹³ Libor (*London Interbank Offered Rate*) é uma referência da taxa de juros interbancária no mercado londrino, utilizada mundialmente e que pode abranger períodos e moedas diversos.¹⁴

As investigações sobre a manipulação das taxas de câmbio e o “Escândalo Libor” evidenciam a importância dos acordos de delação premiada na perseguição de condutas colusivas no sistema financeiro. Isso porque as investigações sobre a colusão no mercado de câmbio resultaram de acordo de leniência firmado com o CADE, enquanto a detecção do “Escândalo Libor” teve como causa determinante a delação premiada firmada entre o Banco Barclays e a Comissão Europeia. Tais acordos foram seguidos de outras delações envolvendo outras instituições financeiras investigadas.¹⁵

- do Brasil. Taxa de Câmbio. 2014. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?TAXCAMFAQ>. Acesso em: 28/11/2017).
11. CADE. Nota Técnica nº 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE referente ao Procedimento Administrativo nº 08700.004633/2015-04. Representante: Cade *ex officio*. Representados: Banco Standard de Investimentos S.A. e outros. 2015. Itens 1 – 6 e 22.
12. O índice que deveria refletir a média das taxas de juros pagas no mercado de curto prazo e servir como termômetro da saúde ou liquidez do sistema financeiro foi influenciado por instituições financeiras em função das necessidades de seus negócios, visando aumentar o lucro ou afastar especulações sobre problemas de liquidez enfrentados. Sobre o tema, recomenda-se: SECTION, F. Agreement. Section. U. S. D. o. J. C. D. F., Washington, 2012 e JUNQUEIRA, Thais Guimarães. O “Escândalo da Libor”: indícios de ruptura ou continuidade da comunidade financeira transnacional? Universidade de São Paulo/ Instituto de Relações Internacionais (IRI). IV Seminário Discente da Pós-Graduação IRI/USP. Disponível em: <http://www.usp.br/iri/documentos/seminariopos/JUNQUEIRAEsc%C3%A2ndaloLIBOR.pdf>. Acesso em: 28.11.2017, p. 7.
13. MENDES, Schertel Francisco; FERNANDES, Oliveira Victor. Observatório da Legislação – Controle de condutas anticompetitivas no Sistema Financeiro Nacional. Jota, 2015. Disponível em: <https://jota.info/artigos/observatorio-da-legislacao-controle-de-condutas-anticompetitivas-no-sistema-financeiro-nacional-01092015>. Acesso em 28.11.2017.
14. FRONTI, Javier Garcia; SPILA, Javier Castro. Governance, risk and financial system: the scandal of the LIBOR. Isegoria, n. 48, pp. 197-212, 2013. Disponível em: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewFile/818/817>. Acesso em: 28.11.2017, p. 206.
15. European Commission. Press release. Bruxelas. 2013. Antitrust: Commission fines banks € 1.49 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm. Acesso em: 28.11.2017. E: CADE. Cade celebra cinco acordos em investigação de cartel no mercado de câmbio no exterior e abre nova investigação de cartel no mercado de câmbio do Brasil. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-cinco-acordos-em-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-no-exterior-e-abre-nova-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-do-brasil>. Acesso em: 28.11.2017.

Nesse sentido, o CADE afirmou quando das investigações sobre a ocorrência de manipulação de taxas de câmbio: “O presente caso é um exemplo concreto da importância do Acordo de Leniência para a política de combate a cartéis e dos benefícios do uso conjunto das ferramentas instrutórias à disposição da Administração”.¹⁶ As investigações iniciadas pela autoridade antitruste também resultaram em consequências no campo criminal. No dia 19 de julho de 2017, o Ministério Público Federal (MPF)¹⁷ denunciou ex-funcionários de cinco bancos por suspeita de formação de cartel no mercado de câmbio. As condutas apontadas envolvem a fixação de preços relacionados a “spread” cambial de modo artificial e a criação de barreiras ilegais à atuação de operadores não participantes do arranjo.¹⁸

A proeminência dos acordos sob a LDC não passou despercebida e motivou a extensão dos institutos de delação premiada a outras áreas do direito. É o que mostra a adoção do mecanismo pela Lei Anticorrupção e pela Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, que será abordada a seguir.

2. ACORDO DE LENIÊNCIA E TERMO DE COMPROMISSO NA LEI Nº 13.506/17

A Lei nº 13.506/17 substituiu a Medida Provisória nº 784, de 7 de junho de 2017 (“MP nº 784/17”), que teve sua eficácia perdida por não ter sido votada e convertida em lei dentro do prazo exigido pela Constituição Federal.¹⁹ Além de alterar diversas regras dos sistemas financeiro e de pagamentos, a MP nº 784/17 abriu a possibilidade de realização de acordos de leniência e de termos de compromisso com o BC.²⁰ Essas ferramentas de colaboração foram mantidas pela Lei nº 13.506/17.

Segundo a nova lei, o BC poderá celebrar “acordo administrativo em

16. CADE. Nota Técnica nº 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE referente ao Procedimento Administrativo nº 08700.004633/2015-04. Representante: Cade *ex officio*. Representados: Banco Standard de Investimentos S.A. e outros. 2015. Item 20.
17. MPF. Denúncia nº 58435/2017. Procedimento Investigatório Criminal nº 1.34.001.003438/2015-91. 19.07.2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/sp_denuncia_cartel_spread_cambial.pdf/. Acesso em: 28.11.2017.
18. *Spread* é a “diferença entre taxas de juros de aplicação e de captação, compreendendo o lucro e o risco relativos às operações de crédito. Representa também a diferença entre o preço de compra e de venda de título ou moeda. Especifica o prêmio adicional que deve ser pago por um devedor em relação a uma taxa de referência.” (Banco Central do Brasil. Glossário. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pt-br/#1/c/GLOSSARIO>. Acesso em: 27.11.2017).
19. Senado Federal. Parecer (SF) Comissão de Assuntos Econômicos do Senado nº 108, de 25.10.2017. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7243060&disposition=inline>. Acesso em: 27.11.2017.
20. A Lei nº 13.506/17 também altera normas sobre o processo administrativo no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, mas que não serão objeto deste estudo.

processo de supervisão” com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infrações administrativas de competência da autarquia. O acordo extinguirá a ação administrativa contra aquele que o firmou, ou reduzirá de um a dois terços a penalidade aplicável. O “acordo administrativo em processo de supervisão” é denominação dada ao acordo de leniência sob a nova lei. Esse termo decorre de entendimentos conjuntos entre autoridades regulatórias e criminais para reforçar o fato de que os benefícios obtidos por intermédio de tais pactos estão restritos ao âmbito do processo administrativo sancionador.

Para conseguir esses benefícios, é necessário oferecer utilidade ao processo, a partir de colaboração “plena e permanente” com a autoridade regulatória. Isso significa, por exemplo, identificar os demais envolvidos na prática da infração (quando houver). A assinatura do acordo administrativo poderá ocorrer se o BC não dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação, devendo o proponente cessar envolvimento na conduta noticiada e confessar a participação no ilícito. Sendo o proponente uma pessoa jurídica, a extinção da pena só será oferecida à primeira instituição a se qualificar. As demais sociedades poderão celebrar acordos posteriores, mas nesse caso só poderão obter a redução de um terço da penalidade aplicável.

O BC não perdeu tempo e, no dia 14 de novembro de 2017, emitiu a Circular nº 3.857, que regulamenta os acordos com o BC e outras questões relativas ao processo administrativo sancionador, como as penalidades aplicáveis. Em complemento à nova lei, a Circular trouxe mais um estímulo a que o administrado busque as autoridades o mais rápido possível. Isso porque a redução de dois terços das penas ou a extinção da ação punitiva só será decretada ao primeiro a se qualificar quando a proposta de acordo for apresentada por ele antes que o BC tenha conhecimento da infração noticiada. Caso contrário, o proponente só poderá obter uma redução de um terço a três quintos das penas (art. 90 da Circular nº 3.857/17).

Outra forma de afastar eventuais punições do BC é a assinatura de um “termo de compromisso”. Por meio dele, a instauração de processos administrativos destinados a apurar infrações da alçada do BC poderá ser impedida. Mesmo se já houver processo instaurado, o termo de compromisso poderá suspendê-lo, desde que a proposta seja apresentada antes da prolação da decisão de primeira instância (art. 11 da Lei nº 13.506/17 e art. 61 da Circular BC nº 3.857/17). Trata-se de benefício importante quando a autoridade monetária já possui conhecimento da conduta e o administrado não tiver tanto

a acrescentar em termos de novas informações.

Conforme o art. 11 da Lei 13.506/17, o investigado que assinar termo de compromisso obriga-se a: cessar a prática sob investigação ou seus efeitos lesivos; corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos; e cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, com imposição obrigatória de contribuição pecuniária. Além disso, o termo de compromisso poderá incluir cláusula penal para o caso de inadimplemento de suas obrigações, mora ou mesmo para oferecer especial garantia a uma cláusula específica.

Cabe salientar que o termo de compromisso não é aceito em casos que envolvam apuração de infrações graves, que foram definidas de forma ampla pela Lei nº 13.506/17.²¹ Elas incluem, por exemplo, aquelas condutas que contribuam ou possam contribuir para a indisciplina no mercado financeiro ou possam afetar a estabilidade ou funcionamento regular do SFN, Sistema de Consórcios, Sistema de Pagamentos Brasileiro ou do mercado de capitais.

O art. 61,§3º da Circular BC nº 3.857/17 determina que o BC não firmará termo de compromisso se verificadas infrações graves “quanto ao cumprimento das obrigações de que trata a Lei nº 9.613, de 1998” (que dispõe sobre crimes de “lavagem” ou ocultação, dentre outros temas). Entretanto, infrações graves que não aquelas relativas ao cumprimento da Lei nº 9.613/98 também não poderão se beneficiar da assinatura de termos de compromisso, uma vez que a Lei nº 13.506/17 não faz qualquer distinção nesse sentido.

Em contrapartida à possibilidade de assinatura de termos de compromisso e acordos administrativos em processo de supervisão, a Lei nº 13.506/17 tornou as multas aplicáveis pelo BC mais severas. Antes sujeitas ao teto de R\$ 250 mil²² (ou 300% da operação, no caso de infrações cambiais),²³ as novas

21. Lei nº 13.506/17. Art. 4º Constituem infrações graves aquelas infrações que produzam ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos: I – causar dano à liquidez, à solvência ou à higidez ou assumir risco incompatível com a estrutura patrimonial de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei; II – contribuir para gerar indisciplina no mercado financeiro ou para afetar a estabilidade ou o funcionamento regular do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios, do Sistema de Pagamentos Brasileiro ou do mercado de capitais; III – dificultar o conhecimento da real situação patrimonial ou financeira de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei; IV – afetar severamente a finalidade e a continuidade das atividades ou das operações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro.

22. O artigo 44,§2º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, sujeitava as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes ou gerentes a multa até duzentas vezes o maior salário-mínimo vigente no país. Em decorrência dos artigos 67 da Lei 9.069, de 29 de junho de 1995, em conjunto com o artigo 3º da Medida Provisória 2.224, de 4 de setembro de 2001, o limite das multas aplicadas pelo Banco Central às instituições financeiras, às demais entidades por ele autorizadas a funcionar e aos administradores dessas instituições passou a ser de R\$ 250.000.000.

23. Conforme determinado pelo texto anterior do art. 23,§2º da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962 (alterado pela Lei nº 13.506/17).

multas poderão alcançar o valor de até R\$ 2 bilhões ou 0,5% da receita de serviços e produtos financeiros apurada no ano anterior ao da infração, de ambos o maior. Porém, a aplicação de multas superiores a R\$ 50 milhões será submetida a reexame por órgão colegiado do BC.

O BC também poderá arbitrar multa diária em caso de descumprimento de medidas coercitivas ou acautelatórias impostas em um caso concreto. Essas multas estão limitadas ao maior valor entre R\$ 100 mil ou um milésimo da receita de serviços e de produtos financeiros da entidade violadora no ano anterior ao da infração (art. 18 da Lei nº 13.506/17).

3. CRÍTICAS AOS ACORDOS SOB A LEI Nº 13.506/17

Os modelos de delação premiada trazidos pela Lei nº 13.506/17 têm potencial para modernizar o processo administrativo sancionador do BC. Entretanto, eles não estão imunes a críticas. Por se tratar de novo tema na matéria financeira, a implementação gradual de melhoramentos é natural e necessária.

Entre essas críticas, a primeira preocupação é quanto a ausência de determinação legal sobre quais órgãos ou departamentos do BC serão os responsáveis pelas negociações e pela celebração dos acordos administrativos e termos de compromisso. A LDC, por exemplo, determina competência da Superintendência-Geral para a assinatura dos acordos, mas a Lei 13.506/17 não faz delimitação semelhante. Ao se calar, a norma acaba deixando a divisão de tarefas para o próprio BC, que lidará com a questão por meio da emissão de normas internas.

Por um lado, isso impede a construção de um modelo engessado e distante da realidade do BC. O problema é que também abre espaço para ingerências políticas sobre as negociações, uma vez que eventuais mudanças no comando do BC poderão levar à redistribuição de funções sobre investigações em andamento, bastando para isso a alteração de normas internas. Mesmo a Circular BC nº 3.857/17, que regulamenta os acordos sob a nova lei, não determinou as atribuições internas de negociação e assinatura dos acordos. Melhor seria se a estrutura a ser montada pelo BC para a condução desses acordos fosse posteriormente incorporada ao texto legal, evitando uma maleabilidade prejudicial a casos em andamento.

Outra crítica é quanto à inobservância da nova lei sobre as diferenças funcionais existentes entre os acordos de leniência e os termos de compromisso.

O acordo de leniência, antes de uma forma de resolução antecipada de processos, é um instrumento de investigação. A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (“5ª CCR”) chegou a afirmar que: “O Acordo de Leniência é, antes de mais nada, instrumento de investigação”.²⁴ O mesmo vale para o campo concorrencial, onde, como visto, o principal propósito desse instrumento é o aumento do grau de dissuasão a partir da desestabilização de cartéis e detecção de condutas que de outro modo não seriam percebidas pelas autoridades.²⁵

Por isso mesmo, a extinção da punibilidade só alcança o primeiro agente a se qualificar para o acordo leniência, que será o responsável pela exposição da conduta à autoridade. No caso de infrações administrativas praticadas por um só agente, como é frequente em matéria financeira, evidente que não haverá desestabilização de uma colusão. Nesses casos, o uso de termos de compromisso é mais adequado, já que sua função primordial é cessar desde logo as condutas lesivas ao mercado e à sociedade, além de simplificar e encurtar investigações ou processos administrativos, tornando-os menos onerosos aos cofres públicos, e mais efetivos.²⁶

Mesmo nas condutas com participação de mais de um agente, o acordo de leniência deveria ser oferecido somente ao primeiro a se qualificar perante as autoridades, uma vez que ele será o responsável por desestabilizar o grupo e descortinar o ilícito. Nesses casos, restaria aos demais participantes a assinatura de termos de compromisso, para encurtar investigações já iniciadas e proporcionar a cessação rápida dos ilícitos. As contribuições pecuniárias impostas aos compromissários “retardatários” deveriam receber contornos claros, com gradação e parâmetros que variem a depender da utilidade das informações oferecidas e do momento em que elas foram disponibilizadas ao BC.

24. MPF. 5ª Câmara de Coordenação da República (5ª CCR). Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42. Voto nº 9212/2016. Proferido em 01.09.2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf, p. 2, Acesso em: 26.11.2017). A 5ª. CCR é composta por três membros do MPF que são responsáveis por coordenar e dar diretrizes para investigações de corrupção no Brasil. Em 24 de agosto de 2017, a 5ª. CCR publicou a Orientação nº 7, sobre a negociação e a celebração de acordos de leniência com pessoas jurídicas em troca de cooperação em investigações de corrupção.

25. “O acordo de leniência é mais abrangente, já que exige que o delator ofereça provas da conduta ilícita de outros agentes econômicos, o que não se verifica no termo de cessação, no qual o infrator simplesmente compromete-se em cessar a sua prática infrativa, não exigindo dele qualquer comprovação de práticas a terceiros. O compromisso de cessação por si só não dispõe de elementos suficientes para a descoberta e desmantelamento de cartéis.” (SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? Revista do IBRAC, São Paulo, v.8, n. 2, p. 141, 2001.)

26. Sobre o tema, vide a distinção traçada entre “leniency” e “settlements” com base no modelo de acordos da Comissão Europeia em: GUTTUSO, Laura. From ‘Mono’ to ‘Stereo’: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies. Disponível em https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/from_mono_to_stereo_fine-tuning_leniency_and_settlement_policies_laura_guttuso.pdf. Acesso em: 25.11.2017.

Nesse sentido, para melhor delimitar os benefícios dos TCCs, o CADE adotou a Resolução nº 5, de 6 de março de 2013, que trouxe procedimentos específicos de negociação desses termos. A norma também diferencia os patamares de contribuições pecuniárias que podem ser exigidos pela autoridade regulatória de acordo com a amplitude e utilidade da colaboração e com o momento de apresentação da proposta.

4. FORTALECIMENTO DOS ACORDOS COM O BC

Além das anotações feitas acima, a implementação dos acordos trazidos pela Lei nº 13.506/17 dependerá do oferecimento de segurança jurídica ao proponente. Para que esses institutos alcancem a aderência pretendida, é preciso garantir um grau mínimo de previsibilidade aos administrados ao longo do processo de negociação, e mesmo depois de firmados os acordos.

Sob essa ótica, alguns pontos devem ser analisados mais detidamente: (i) a interação entre a autoridade regulatória e a criminal na condução dos acordos; (ii) o sigilo nas negociações de acordos; (iii) a proteção contra represálias a empregados; e (iv) as regras em caso de fracasso das negociações ou não homologação dos acordos.

(i) Interação BC e Ministério Público

Entre as críticas aos acordos trazidos pela Lei nº 13.506/17, uma merece especial atenção: a falta de segurança ao proponente em razão da restrição dos benefícios à esfera administrativa. A interação entre Ministério Público, BC e CVM ao longo da tramitação da MP 784/17 e da Lei nº 13.506/17 ajuda a compreender o porquê dessa limitação.

O texto original da MP nº 784/17 não fazia qualquer referência à participação do Ministério Público na negociação dos acordos de leniência e termos de compromisso firmados com o BC. Como os acordos só abrangiam ilícitos administrativos, mas não crimes, a norma restringia-se a explicar como seria feita condução desses acordos pelo BC.

Porém, o MPF fez duras críticas à MP nº 784/17, em especial por entender que ela não assegurava a participação de procuradores nas negociações quando houvesse indícios de crimes e pela falta de garantia de que o BC informaria indícios descobertos em conversas preliminares com as instituições financeiras.²⁷

27. MPF. 5ª CCR. Nota Técnica nº 4/2017. 04.07.2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/docu->

Isso motivou o início de negociações entre as autoridades administrativas (BC e CVM) e o MPF. Esse diálogo resultou na elaboração conjunta de propostas de emendas à MP nº 784/17,²⁸ as quais foram mantidas e incorporadas pelo Projeto de Lei da Câmara nº 129/17, que originou a Lei 13.506/17.²⁹

Com base em dispositivo da Lei do Sigilo Bancário (Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001),³⁰ a Lei nº 13.506/17 passou a exigir que indícios de crimes percebidos pelo BC sejam comunicados ao Ministério Público e aos órgãos públicos competentes “tão logo recebida a proposta de acordo administrativo em processo de supervisão”.³¹

Logo, caso uma mesma conduta configure ilícito administrativo e crime, o administrado estará obrigado a conduzir negociações com o Ministério Público antes ou simultaneamente àquelas com o BC. Do contrário, ficará exposto no campo criminal justamente por ter cooperado com a autoridade regulatória.³²

Ao comunicar indícios de práticas criminosas ao Ministério Público, o BC ajudará a impedir que crimes passem despercebidos e que seus responsáveis deixem de ser condenados. Porém, nem sempre será possível negociar acordos com o Ministério Público, já que a colaboração premiada é restrita

mentos/Nota_Tecnica_4_2017_Analisa_MP_784.pdf. Acesso em: 26.11.2017. Vide também: Jota. Leniência por MP opõe BC e bancos ao Ministério Público. Iuri Dantas e Bruno H. de Moura. 21.08.2017. Disponível em: <https://jota.info/justica/leniencia-por-mp-opoe-bc-e-bancos-ao-ministerio-publico-21082017>. Acesso em: 26.11.2017. O Estado de São Paulo. Ministério Público Federal ataca MP que possibilita acordo de leniência para bancos. Fabrício de Castro. 06.07.2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-publico-federal-ataca-mp-que-possibilita-acordo-de-leniencia-para-bancos,70001880096>. Acesso em: 26.11.2017.

28. Banco Central do Brasil. Banco Central do Brasil (BCB) e Comissão de Valores Mobiliários (CVM) chegam a consenso com o Ministério Público Federal (MPF) sobre pontos importantes da Medida Provisória (MP) nº 784, de 7 de junho de 2017. 31.08.2017. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/notas/16257>. Acesso em: 28.11.2017.

29. É o que mostra o Parecer Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal nº 108/17: “O texto já traz o resultado do amadurecimento da matéria no âmbito da Comissão Mista da MPV nº 784, de 2017, que contou com a participação direta do Banco Central, CVM e Ministério Público.” Senado Federal. Parecer (SF) Comissão de Assuntos Econômicos do Senado nº 108, de 25.10.2017. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7243060&disposition=inline>. Acesso em: 27.11.2017.

30. Lei do Sigilo Bancário. Art. 9º Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos.

31. Lei nº 13.506/17. Art. 31. O acordo administrativo em processo de supervisão será publicado, de forma clara e suficiente para compreensão de suas cláusulas, no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, no prazo de 5 (cinco) dias, contado de sua assinatura. § 1º Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem em reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo administrativo em processo de supervisão rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação. § 2º O disposto no § 1º do art. 30 desta Lei não prejudica o dever legal de o Banco Central do Brasil realizar comunicação aos órgãos públicos competentes, nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, tão logo recebida a proposta de acordo administrativo em processo de supervisão. (...)

32. Levy & Salomão. Sancionada lei sobre processo administrativo no sistema financeiro. Fabio Kupfermann Rodarte. 17.11.2017. Disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/sancionada-lei-sobre-processo-administrativo-no-sistema-financeiro>. Acesso em: 26.11.2017.

a organizações criminosas e a outros casos dificilmente aplicáveis à matéria financeira (como o tráfico de drogas, por exemplo).³³ Para certas condutas praticadas por um só agente, sem organização criminosa, como muitas vezes ocorre na matéria financeira, o reporte ao BC poderá expor o proponente, já que as informações prestadas deverão ser repassadas ao Ministério Público sem que sejam possíveis acordos de colaboração premiada no âmbito criminal. Nesses casos, obter um acordo com o BC para depois encarar um possível processo penal pode não ser uma boa opção. Até porque esse processo pode resultar em penas severas, como a privação de liberdade.

Pior ainda, é possível que o proponente fique exposto no âmbito criminal mesmo que não consiga concluir o acordo com o BC. Isso ocorrerá se as informações do proponente forem repassadas ao Ministério Público “tão logo recebida a proposta de acordo administrativo em processo de supervisão”, mas as negociações com o BC fracassarem posteriormente.

Além de envolver as autoridades criminais nas negociações, a nova lei também deveria possibilitar a obtenção de benefícios dos acordos concluídos no campo penal. A solução, além de reforçar a interação entre órgão administrativo e criminal, também oferece maior segurança ao proponente. Essa saída não era viável no momento da edição da MP nº 784/17, uma vez que medidas provisórias não podem dispor sobre matéria penal (art. 62 da Constituição Federal), mas isso passou a ser possível no momento em que o tema foi disciplinado por meio de projeto de lei. Alterações nesse sentido seriam bem-vindas, sempre priorizando o intercâmbio de informações entre as autoridades competentes.

(ii) Sigilo das Negociações

Segundo a Lei nº 13.506/17, a proposta de termo de compromisso e de acordo administrativo em processo de supervisão será sigilosa. Por outro lado, o acordo ou termo firmado deverá ser publicado no sítio eletrônico do BC em até cinco dias após sua assinatura.

Apesar de tornar as propostas sigilosas, a norma não limita quais servidores da autoridade regulatória terão acesso às informações fornecidas pelos

33. Além disso, a Lei nº 9.613/98 permite a colaboração espontânea em casos de crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos ou valores: “art.1º,§5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

administrados ao longo das negociações. Isso pode aumentar os riscos de vazamentos de informações, devendo a autoridade regulatória ser diligente e restritiva quanto ao número de funcionários e departamentos que poderão receber as informações. A título de exemplo, o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 (que regulamenta a Lei Anticorrupção) determina:

Art. 31. § 1º “A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União.”

Tendo em vista a importância do sigilo nas negociações, ao tratar de acordos de leniência conduzidos pelo MPF, Ana Paula Martinez alerta que o órgão deve adotar uma postura harmônica com um ambiente negocial, e não adversarial, diferente do *modus operandi* exigido nos demais tipos de procedimento. Isso não significa, é claro, margem para o descumprimento de preceitos legais ou regimentais.³⁴

Essa questão é de extrema importância no sistema financeiro, onde o descuido e o vazamento de informações podem gerar rumores entre os depositantes e desencadear riscos de liquidez aos bancos e, em última instância, corridas bancárias. Mesmo informações ainda não confirmadas ou incompletas obtidas em meio a negociações em andamento podem causar grande alvoroço. Afinal, trata-se de setor em que a percepção de bem-estar pode ser tão importante quanto a verdadeira saúde financeira dos bancos.³⁵

Outro ponto que merece destaque é que as propostas de acordo administrativo em processo de supervisão e termo de compromisso devem ser apresentadas por escrito ao BC (artigos 62 e 80 da Circular BC nº 3.857/17). Em caso de proposta submetida por meio físico (ao invés de eletrônico), a petição será lacrada e identificada com os termos: “proposta de acordo administrativo em processo de supervisão” e “acesso restrito” (art. 80, parágrafo único da mesma circular).³⁶

34. MARTINEZ, Ana Paula, Parâmetros de Negociação de Acordo de Leniência com o MPF à Luz da Experiência do CADE, in: Colaboração premiada. Coordenação: Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Thereza de Assis. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, pp. 45 – 46, no prelo.

35. PINTO, Gustavo Mathias Alves. Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro. São Paulo: Almedina, 2015, p. 61 e KAUFMAN, George G. Bank failures, systemic risk, and bank regulation. *Cato Journal*, v. 16, n.1, 1996, p.25.

36. Esse método consta também do art. 243, I do Regimento Interno do CADE, segundo o qual: “A proposta escrita observará o seguinte procedimento: I. o proponente deverá submeter a proposta ao Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral em um envelope lacrado e claramente identificado com os termos ‘Proposta de Acordo de Leniência’ e ‘Acesso Restrito’”.

Tal exigência de encaminhamento de propostas por escrito diverge da Lei Anticorrupção e da LDC, uma vez que estas também permitem a apresentação de proposta oralmente.³⁷ Ao tratar do acordo de leniência sob a Lei Anticorrupção, há quem diga que a apresentação de propostas oralmente é inadequada, pois a formalização de todos os atos é essencial para assegurar o cumprimento da publicidade e evitar a volatilidade dos fatos narrados.³⁸ Ocorre que assegurar a publicidade das propostas não deve ser uma prioridade. Pelo contrário, a Lei nº 12.529/11 determina que as propostas serão sigilosas, ao contrário do acordo posteriormente firmado. Este sim será publicado no sítio eletrônico do BC. Para impedir inconsistências, nada impede que a autoridade faça o controle das informações recebidas.³⁹

A autorização de propostas apresentadas oralmente poderia ser uma alternativa viável para fortalecer o sigilo das informações transmitidas ao BC. Essa solução é corroborada pela experiência da autoridade antitruste, que, como observado por Ana Paula Martinez, tem sido cuidadosa ao tratar as informações recebidas no âmbito de negociações de acordos e vivenciado poucos episódios de vazamento ou suspeita de vazamento da negociação ou da assinatura de acordos.⁴⁰

(iii) Proteção contra Represálias a Empregados

A regulação bancária e a fiscalização de sua observância podem ser fortes aliados dos acordos com o BC quando capazes de desestabilizar infrações

37. Decreto nº 8.420/15. Art. 31. “A proposta de celebração de acordo de leniência poderá ser feita de forma oral ou escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e solicitações da Controladoria-Geral da União durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta.”

Regimento Interno do CADE. Art. 241. “A proposta de celebração de acordo de leniência pode ser feita oralmente ou por escrito. §1º A proposta receberá tratamento sigiloso e acesso somente às pessoas autorizadas pelo Superintendente-Geral. §2º Nos casos de proposta escrita, esta será autuada como sigilosa e nenhum de seus dados constará do sistema de gerenciamento de documentos do Cade.”

38. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Victor Alexandre El Khoury M. Pereira. R. Bras. de Infraestrutura (RBIINF), Belo Horizonte, ano 5, n. 9, pp. 79 – 113, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorruptao.pdf> Acesso em: 26.11.2017.

39. Nesse sentido, verifica-se a prática estadunidense que permite a apresentação de acordos oralmente ao mesmo tempo em que autoriza a autoridade a tomar suas próprias notas. Essa interação com as autoridades tende a ser precedida de acordos sobre o uso e tratamento das informações recebidas, os chamados “queen for a day agreements”. Para uma análise mais detida das cautelas necessárias antes da assinatura desse tipo de contratos, recomenda-se: MORIARTY, Jane Campbell; MAIN, Marisa E. ‘Waiving’ Goodbye to Rights: Plea Bargaining and the Defense Dilemma of Competent Representation. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 38, nº 4, 2011, Duquesne University School of Law Research Paper No. 2012-23. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1815385>. Acesso em: 29/11/2017.

40. MARTINEZ, Ana Paula, Parâmetros de Negociação de Acordo de Leniência com o MPF à Luz da Experiência do CADE, in: Colaboração premiada. Coordenação: Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Thereza de Assis. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 47, no prelo.

administrativas. Isso porque a eficiência de um programa de leniência depende da percepção dos administrados de que ilícitos podem ser detectados e de que sanções severas podem ser impostas a essas condutas.

O art. 2º da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 4.567, de 27 de abril de 2017, por exemplo, exige que as instituições autorizadas a funcionar pelo BC disponibilizem “canal de comunicação por meio do qual funcionários, colaboradores, clientes, usuários, parceiros ou fornecedores possam reportar, sem a necessidade de se identificarem, situações com indícios de ilicitude de qualquer natureza, relacionadas às atividades da instituição”.

Informações sobre os reportes recebidos serão relatadas e mantidas à disposição do BC. O canal de denúncia anônima, além de reforçar a obediência às normas legais e regulamentares dentro das entidades reguladas, impede a percepção de que certas condutas não serão detectadas pelas autoridades.

Mesmo assim, a existência de um canal interno de denúncias deve somar-se a um mecanismo de proteção em caso de revelações feitas pelos empregados diretamente às autoridades regulatórias. Seria interessante que, como fazem outras jurisdições, o Brasil incorporasse novos mecanismos de proteção contra represálias aos empregados que denunciarem infrações ocorridas no ambiente de trabalho. A título de exemplo, o *Public Interest Disclosure Act 1998*, protege empregados em caso de demissão motivada pela delação de ilícitos praticados pelas empresas em que trabalham (“demissão injusta”).⁴¹

(iv) Acordos Não Alcançados

Conforme o art. 31, §1º da Lei 13.506/17,⁴² a proposta de acordo administrativo em processo de supervisão rejeitada não importará confissão quanto à matéria de fato e dela não se fará qualquer divulgação (com exceção da comunicação de crimes ou indícios de crimes ao Ministério Público e aos órgãos públicos competentes).

Em complemento, o art. 85 da Circular nº 3.857/17 determina que “caso o acordo não seja alcançado, todos os documentos serão devolvidos ao proponente, se apresentados em meio físico, ou descartados, se apresentados em meio eletrônico” e que esses documentos não podem ser utilizados

41. Public Interest Disclosure Act 1998. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents>. Acesso em: 26.11.2017. Alterado pelo: Enterprise and Regulatory Reform Act 2013. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/contents/enacted>. Acesso em: 26.11.2017.

42. O referido artigo é uma reprodução do art. 86, §10º da LDC, o que reforça a influência da LDC e de seus institutos de delação premiada sobre a Lei nº 13.506/17.

para responsabilizar o proponente, “exceto se a administração pública federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo.” Além disso, a abertura de processo administrativo para apurar os mesmos fatos relativos à proposta fracassada dependerá de fundamentação por indícios e provas autônomos (art. 85, §2º).

Esse conjunto de dispositivos legais e regulatórios é fruto da experiência da autoridade antitruste brasileira na condução de negociações de acordos de leniência.⁴³ Ele é fundamental para garantir que não haja violação do direito fundamental de não auto-incriminação do proponente que não conseguiu obter benefícios junto à autoridade administrativa. Isso também previne a publicação de decisões de não homologação de acordos, como já ocorreu no campo criminal, quando o MPF emitiu nota à imprensa e disponibilizou os votos contrários à homologação de acordo de leniência relacionado a atos de improbidade administrativa.⁴⁴

Entretanto, seria importante associar as regras em caso de fracasso ou não homologação de acordos aos mecanismos internos de *Chinese Walls*, já utilizados pela autoridade antitruste brasileira. Isto é, dividir as unidades de negociação dos acordos daquelas responsáveis por investigar infrações.

Na esfera concorrencial, o acesso à informação sobre a negociação é restrito ao Superintendente-Geral, ao Superintendente Adjunto, ao Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral e aos servidores da Chefia de Gabinete da Superintendência-Geral, responsáveis pela condução da negociação do acordo de leniência. Os documentos apresentados para análise da Superintendência-Geral durante a negociação são guardados em sala-cofre e são acessados apenas por servidores da Chefia de Gabinete da Superintendência-Geral.⁴⁵ Assim, os dados sobre a proposta só serão vistos por pessoas de uma unidade específica destinada a negociar acordos de leniência, sem envolvimento de funcionários responsáveis pelas investigações conduzidas no órgão antitruste.

43. Nesse sentido, vide item 41 do Guia de Programa de Leniência Antitruste do CADE (atualizado em 09.2017), que é precursor dos mecanismos incorporados pela Circular nº 3.857/17: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf. Acesso em: 26.11.2017.

44. Votos contrários à homologação de acordo de leniência: MPF. 5ª CCR. Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42. Voto nº 9212/2016. Proferido em 01.09.2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf. Acesso em: 26.11.2017. Nota sobre não homologação de acordo de leniência: MPF não homologa acordo de leniência com a SBM Offshore. 01.09.2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-nao-homologa-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>. Acesso em: 26.11.2017.

45. Guia de Programa de Leniência Antitruste do CADE (atualizado em 09.2017), Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf, pp. 38 – 39. Acesso em: 26.11.2017.

Uma vez concluído o acordo de leniência, a unidade de negociação transferirá o caso para a unidade de investigação da Superintendência-Geral do CADE. Porém, caso o acordo fracasse, todos os documentos serão devolvidos ao proponente, sem que fique nenhuma cópia na Superintendência-Geral do CADE e sem que as informações obtidas sejam utilizadas para quaisquer fins pelas autoridades que a elas tiveram acesso (246, §2º e §3º do Regimento Interno do CADE). Essas regras de compartimentalização e descarte são fundamentais, pois impedem que as informações alcancem outras unidades da autoridade administrativa e contaminem futuras investigações.⁴⁶

5. CONCLUSÃO

A introdução dos acordos de delação premiada na esfera de atuação do BC é importante para a modernização do processo administrativo sancionador, uma vez que esses instrumentos têm se mostrado eficientes ferramentas de investigação e cessação de condutas, com relevante impacto sobre a punição e detecção de ilícitos anticompetitivos principalmente.

Mesmo assim, a consolidação dos acordos no sistema financeiro exige aprimoramentos, o que é natural tendo em vista a tão recente implantação desses mecanismos no setor e a complexidade do tema. Nesse caminho, espera-se que o alinhamento com a esfera penal não fique em segundo plano e traga maior segurança aos proponentes.

É importante observar que uma cultura de perseguição baseada unicamente em acordos de leniência e termos de compromisso é insuficiente e até mesmo perigosa. Esses mecanismos introduzem caráter negocial na sanção de ilícitos e podem trazer inconvenientes. Por exemplo, é possível que, diante da pressão para construir um histórico que atenda às expectativas das autoridades, uma parte noticie ilícitos falsos ou dos quais não tem conhecimento, mas cuja prova em contrário é difícil.

Por mais relevantes que sejam os institutos de delação premiada, eles devem ser sempre auxiliares às investigações, e não substitutos a elas. A própria

46. O mesmo ocorre na negociação de acordos de leniência com o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) e com a Advocacia-Geral da União (AGU). Nesses casos, a Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016, prevê uma comissão composta por, no mínimo, dois servidores públicos efetivos e estáveis da CGU, além de membros indicados pela AGU. Conforme destaca Ana Paula Martinez, mesmo não havendo proibição na norma, na prática os servidores da referida comissão não são aqueles responsáveis pelo processo administrativo de sancionador. (MARTINEZ, Ana Paula, Parâmetros de Negociação de Acordo de Leniência com o MPF à Luz da Experiência do CADE, in: Colaboração premiada. Coordenação: Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Thereza de Assis. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 37, no prelo).

credibilidade dos acordos de leniência depende da compreensão de que eles são ferramentas complementares, e de que as autoridades precisam de independência para conseguir construir investigações sólidas por meios próprios.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Mariana Tavares, CHEDE, Marcio Benvença. Repressão a Cartéis em Múltiplas Jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Coord.). Temas atuais de Direito da Concorrência, São Paulo: Singular, 2012.
- Banco Central do Brasil. Banco Central do Brasil (BCB) e Comissão de Valores Mobiliários (CVM) chegam a consenso com o Ministério Público Federal (MPF) sobre pontos importantes da Medida Provisória (MP) nº 784, de 7 de junho de 2017. 31.08.2017. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/notas/16257>. Acesso em: 28.11.2017.
- CADE. Cade celebra cinco acordos em investigação de cartel no mercado de câmbio no exterior e abre nova investigação de cartel no mercado de câmbio do Brasil. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-cinco-acordos-em-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-no-exterior-e-abre-nova-investigacao-de-cartel-no-mercado-de-cambio-do-brasil>. Acesso em: 28.11.2017.
- CADE. Nota Técnica nº 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE referente ao Procedimento Administrativo nº 08700.004633/2015-04. Representante: Cade *ex officio*. Representados: Banco Standard de Investimentos S.A. e outros. 2015.
- European Commission. Press release. Bruxelas. 2013. Antitrust: Commission fines banks € 1.49 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm. Acesso em: 28.11.2017.
- FRONTI, Javier García; SPILA, Javier Castro. Governance, risk and financial system: the scandal of the LIBOR. Isegoria, n. 48, pp. 197-212, 2013. Disponível em: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewFile/818/817>. Acesso em: 28.11.2017.
- Guia de Programa de Leniência Antitruste do CADE (atualizado em 09.2017). Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf. Acesso em: 26.11.2017.
- GUTTUSO, Laura. From 'Mono' to 'Stereo': Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies. Disponível em https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/from_mono_to_stereo_fine-tuning_leniency_and_settlement_policies_laura_guttuso.pdf. Acesso em: 25.11.2017.
- HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice. 5 ed. West Academic Publishing. St. Paul, Minn.: 2016.
- Jota. DANTAS, Iuri e MOURA, Bruno H. Leniência por MP opõe BC e bancos ao Ministério Público. 21.08.2017. Disponível em: <https://jota.info/justica/leniencia-por-mp-opoe-bc-e-bancos-ao-ministerio-publico-21082017>. Acesso em: 26.11.2017.
- Jota. MENDES, Schertel Francisco; FERNANDES, Oliveira Victor. Observatório da Legislação – Controle de condutas anticompetitivas no Sistema Financeiro Nacional. 2015. Disponível em: <https://jota.info/artigos/observatorio-da-legislacao-controle-de-condutas-anticompetitivas-no-sistema-financeiro-nacional-01092015>. Acesso em 28.11.2017.
- JUNQUEIRA, Thais Guimarães. O “Escândalo da Libor”: indícios de ruptura ou continuidade da comunidade financeira transnacional? Universidade de São Paulo/ Instituto de Relações Internacionais (IRI). IV Seminário Discente da Pós-Graduação IRI/USP. Disponível em: <http://www.usp.br/iri/documentos/seminariopos/JUNQUEIRAEsc%C3%A2ndaloLIBOR.pdf>. Acesso em: 28.11.2017.
- KAUFMAN, George G. Bank failures, systemic risk, and bank regulation. Cato Journal, v. 16, n.1, 1996.

MARTINEZ, Ana Paula, Parâmetros de Negociação de Acordo de Leniência com o MPF à Luz da Experiência do CADE, in: Colaboração premiada. Coordenação: Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Thereza de Assis. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, no prelo.

MORIARTY, Jane Campbell; MAIN, Marisa E. 'Waiving' Goodbye to Rights: Plea Bargaining and the Defense Dilemma of Competent Representation. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 38, nº 4, 2011, Duquesne University School of Law Research Paper No. 2012-23. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1815385>. Acesso em: 29/11/2017.

MPF não homologa acordo de leniência com a SBM Offshore. 01.09.2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgp/noticias-pgr/mpf-nao-homologa-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>. Acesso em: 26.11.2017.

MPF. 5ª CCR. Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42. Voto nº 9212/2016. Proferido em 01.09.2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf. Acesso em: 26.11.2017.

MPF. 5ª CCR. Nota Técnica nº 4/2017. 04.07.2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/Nota_Tecnica_4_2017_Analisa_MP_784.pdf. Acesso em: 26.11.2017.

MPF. Denúncia n.º 58435/2017. Procedimento Investigatório Criminal n.º 1.34.001.003438/2015-91. 19.07.2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/sp_denuncia_car_tel_spread_cambial.pdf/. Acesso em: 28.11.2017.

O Estado de São Paulo. CASTRO, Fabrício. Ministério Público Federal ataca MP que possibilita acordo de leniência para bancos. 06.07.2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,-ministerio-publico-federal-ataca-mp-que-possibilita-acordo-de-leniencia-para-bancos,70001880096>. Acesso em: 26.11.2017.

PEREIRA NETO, Caio Mario S.; CASAGRANDE, P. L. Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 124.

PINTO, Gustavo Mathias Alves. Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro. São Paulo: Almedina, 2015, p. 61

SECTION, F. Agreement. Section, U. S. D. o. J. C. D. E., Washington, 2012.

Senado Federal. Parecer (SF) Comissão de Assuntos Econômicos do Senado nº 108, de 25.10.2017. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7243060&disposition=inline>. Acesso em: 27.11.2017.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? Revista do IBRAC, v.8, n. 2. São Paulo: 2001, p. 141.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A (I) LÓGICA ESTATAL

Luana Aristimunho Vargas Paes Leme¹

RESUMO: Este artigo visa à discussão da problemática em torno da audiência de custódia que, apesar de ter como finalidade evitar o contato e permanência no cárcere, quando houver requisitos autorizadores para a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, tem se mostrado inócua por diversas razões, dentre elas, a falta de efetivo policial e plantão judicial para a observância do prazo de 24 (vinte e quatro) horas em que, obrigatoriamente, o preso em flagrante deve ser ouvido. Para elaborar o presente artigo partiu-se do método descritivo, pautando-se em revisões bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia; Prazos; Tribunais.

RESUMEN: Este artículo científico visa a la discusión de la problemática en torno de la audiencia de custodia que, a pesar de tener como finalidad evitar el contacto y permanencia en la cárcel, cuando hubiera requisitos autorizadores para la aplicación de medidas cautelares diversas de la prisión, tiene se mostrado inocua por diversas razones, entre ellas, la falta de efectivo policial y plantón judicial para la observancia del plazo de 24 (veinte y cuatro) horas en que, obligatoriamente, el preso en flagrante debe ser oído. Para elaborar el presente artículo se ha partido del método descriptivo, pautándose en revisiones bibliográficas.

PALABRAS-CLAVE: Audiencia de custodia; Plazos; Tribunales.

1. INTRODUÇÃO

A problemática em torno da audiência de custódia que, apesar de ter como finalidade evitar o contato e permanência no cárcere, quando houver requisitos autorizadores para a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, tem se mostrado inócua por diversos motivos, dentre eles, a falta de efetivo policial e de juízes para a observância do prazo de 24 (vinte e quatro) horas em que, obrigatoriamente, o preso em flagrante deve ser ouvido.

Seja pelo fato de não ter quem o conduza até a autoridade judicial ou por não haver plantão judiciário durante os finais de semana e feriados, em grande parte das comarcas do interior do país, o que faz com que o prazo estenda-se para muito além do que a Resolução nº 213 do Conselho

1. Bacharel em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu (Unifoz). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especializanda em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Assis Gurgacz (FAG). Advogada.

Nacional de Justiça prevê.

Em razão da ausência de infraestrutura para a realização das audiências de custódia, observou-se que os tribunais, em especial, os estaduais, fizeram adaptações [flexibilizações] ao prazo estabelecido pelo CNJ, de acordo com suas capacidades estruturais. Alguns têm utilizado ‘dias úteis’, outros têm se valido da videoconferência e, há, também, os que simplesmente não realizam as audiências de custódia, em total afronta aos Tratados Internacionais e, conseqüentemente, aos princípios constitucionais da presunção de inocência, direito à liberdade, integridade física e dignidade desses cidadãos.

2. A PRISÃO EM FLAGRANTE A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Em um primeiro momento é importante esgotar a prisão em flagrante, tendo em vista que, em análise aos tratados e legislação que tratam da audiência de custódia não se fala a respeito de seu cabimento, especificamente, apenas quanto a essa espécie de prisão, mas em sua aplicação para toda e qualquer prisão, assegurada a toda pessoa presa ou detida, ou seja, em qualquer caso em que haja a privação de liberdade de um indivíduo.

A prisão em flagrante sempre foi muito criticada devido à sua característica administrativa e, até mesmo, pela falta de regulamentação, pois o Código de Processo Penal, antes da alteração legislativa advinda da Lei 12.403/2011, mencionava apenas que o flagrante seria comunicado ao juiz competente, deixando completamente ilimitada a referida prisão no contexto temporal.

Por se tratar de medida precauteladora, dispensa a formalidade documental de apresentação do mandado de prisão (ordem escrita e assinada)², expedido pela autoridade judiciária competente, pois seu exercício está estritamente ligado ao momento em que o crime é praticado ou, logo após sua realização, antecedendo a manifestação prévia da autoridade judicial, daí ser um ato administrativo³.

Mesmo que de forma tardia, a prisão em flagrante passou a receber tratamento adequado ao seu significado, no âmbito de aplicação e duração, ou seja, é utilizada no momento da flagrância delitiva, seguida da ‘imediateza’

2. CRFB, 1988: “Art. 5º [...] LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

3. CPP, 1941: “Art. 301 – Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

judicialização do ato administrativo prisional, eis que a restrição da liberdade do preso em flagrante passa a submeter-se aos ditames processuais.

Porém, é essencial entender que não existe prisão em flagrante que perca no tempo, ou seja, concluída a etapa de formalização do ato prisional, o flagrante acaba, esgota-se. Assim deveria ser.

A prisão em flagrante fundamenta-se em duas finalidades claras e inequívocas, as quais, por si só, configuram motivos razoáveis da dispensa do mandado judicial: **1)** de um lado, evitar [ao menos tentar] a consumação delitiva ou o aprofundamento dos efeitos danosos do delito; **2)** de outro, a prisão do possível autor do delito, bem como da conservação dos indícios caracterizadores da materialidade e autoria do crime.

Dessa forma, influi sobre a certeza, ou não, das evidências da prática criminosa e assegura a atuação estatal em face do ato praticado pelo suposto infrator, sendo certo, ainda, que devido à sua precautelabilidade, deverá ser submetida ao crivo do juiz para a conversão ou não em medida cautelar.

Pois bem, conforme a Resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça⁴, a partir do dia 1º de fevereiro de 2016, toda pessoa presa em flagrante delito deve, obrigatoriamente, ser apresentada à autoridade judicial competente **em até 24 horas** da comunicação do flagrante, independentemente da motivação ou natureza do ato, para realização de audiência de custódia.

Momento em que será analisada a legalidade do ato prisional, eventual prática de tortura, a necessidade ou não da manutenção do cárcere e, se for o caso, a decretação da prisão preventiva (artigos 312 e 313 do CPP), no entanto, se essa for considerada desnecessária [possível, formalmente cabível, porém, desnecessária] abre-se a possibilidade para a imposição de medidas cautelares, de forma substitutiva, diversas da prisão (art. 319 do CPP).

Necessário, esclarecer que, desde então, a prisão em flagrante delito passou a ser composta de 03 (três) atos essenciais: **1. Captura** – é o ato de efetivamente prender o indivíduo que está praticando uma infração penal, ou seja, é a constrição física com possível imobilização daquele que está sendo preso; **2. Formalização** – é a certificação formal de que todos os direitos inerentes ao indivíduo foram e estão sendo respeitados, com a efetiva elaboração do denominado Auto de Prisão em Flagrante (A.P.F.); **3. Audiência de Custódia** – em caso de impossibilidade de fixação de fiança por parte da

4. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

autoridade policial, esse deve efetuar o encaminhamento do preso à presença da autoridade judicial, para a conseqüente audiência de custódia, que deverá manifestar-se quanto aos seguintes institutos: *Relaxamento da Prisão ou Concessão de Liberdade Provisória, Decretação da Prisão Preventiva ou Imposição de Medidas Cautelares Substitutivas*.

3. FINALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Conforme prevê a Resolução nº 213 do CNJ, a principal finalidade da Audiência de Custódia é:

Ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, no que se refere ao exercício do poder estatal. Pouca ou nenhuma importância teria o Direito Internacional dos Direitos Humanos se cada país dispusesse de uma margem de apreciação a respeito da utilidade dos direitos e garantias veiculados nos Tratados [...] (MINAGÉ, 2017, p. 591).

Ou seja, a audiência de custódia, tem como finalidade a aplicação integral de todos os direitos assegurados nos Tratados, em especial, a proteção da liberdade, dignidade e integridade física do preso, que será apresentado ao juiz, logo após a sua prisão em flagrante, para que esse verifique as causas de sua prisão; se houve tortura por parte dos agentes de polícia e, inclusive, a sua condição social e de saúde: se possui filhos menores, doença grave, transtorno mental ou dependência química (artigo 8º, inciso X).

É neste momento – quando levado frente à autoridade judicial, pessoalmente e sem a presença de policiais –, que o preso terá seus direitos humanos minimamente assegurados, tendo a oportunidade de falar e ser ouvido, daí a importância de que as audiências não sejam realizadas por videoconferência e que o prazo de até 24 horas seja respeitado o máximo possível, porque nada se equipará a esse contato direto. “Substituir a apresentação pessoal por uma oitiva por videoconferência é coisificar o preso e inseri-lo no regime asséptico, artificial e distanciado do online, matando ainda a possibilidade de controle de eventuais abusos praticados no momento da prisão ou da lavratura do ato” (LOPES JR; DA ROSA, 2015, p. 24).

Por isso, também, imprescindível é que o juiz responsável por realizar a audiência de custódia seja da área criminal, inclusive, o plantonista, pois, apenas quem lida constantemente com casos de prisões tem a sensibilidade [ou pelo menos deveria ter] de analisar e reconhecer se o que está sendo falado [e até calado] pelo preso é verossímil, quando se está a falar de possíveis casos de tortura, posto que, não há análise do mérito da prisão

nesse ato, apenas a sua regularidade e possibilidade de substituição por medida cautelar diversa. Dessa forma:

A audiência de custódia acaba com o conforto da decisão imaginada pelo flagrante, exige contato humano, com o impacto que proporciona, fazendo com que se possa prender melhor, a partir das razões que forem apresentadas.

[...]

A potencialização do caráter antropológico do ritual judiciário é um valor inestimável da audiência de custódia, pois fortalece o contato pessoal, o olho no olho, a responsabilidade pela palavra dada, seja por parte do imputado (que ali assume um compromisso com o juiz pela liberdade concedida), seja por parte do juiz. É ainda um ato ético, alinhado com a ética da alteridade. Na dimensão processual, fortalecemos a estrutura dialética, pela presença do Ministério Público (que pedirá ou não a prisão preventiva, acabando com a absurda ‘conversão do flagrante em preventiva sem pedido’), e também da defesa (permitindo o real contraditório neste ato tão importante). Tudo em contraditório (e salve Fazzalari), com oralidade e contato direto e pessoal com o juiz. Isso é democracia processual diria Bettiol⁵.

Outro papel de extrema importância no procedimento da audiência de custódia, sem o qual essa não pode ocorrer é a do advogado constituído e, na ausência deste, a Defensoria Pública, pois:

Com o imediato contato estabelecido entre Defensor Público e a pessoa privada de liberdade, muito embora não seja esse o objetivo da audiência de custódia, se mostrará possível coletar dados mínimos para a elaboração de uma defesa técnica que não se mostre exclusivamente formal. Valendo-se de outros termos: **é por meio da audiência de custódia que a paridade de armas poderá se fazer presente em um processo penal**. O rol de testemunhas não necessitará ser composto por nomes fictícios e provas técnicas poderão ser requeridas sem que representem algum risco para a figura do defendido (NEWTON, 2015, p. 133). [grifo nosso]

Ou seja, qualquer condução da audiência de custódia que fuja a essa lógica procedimental, pautada no contraditório pessoal e na oralidade é de nítida nulidade.

4. A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRAZO PARA A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Levando-se em consideração uma das motivações da Resolução do CNJ,

5. Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

como hipótese de solução “ao contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente”⁶, cabe uma análise, mesmo que superficial, quanto à observação, ou não, do prazo de “em até 24 horas da comunicação do flagrante”, por alguns tribunais federais e estaduais, priorizando-se os pertencentes ao sul e sudeste do país, de acordo com suas respectivas resoluções e instruções normativas.

Com relação ao **Tribunal Regional Federal da 2ª Região** (RJ e ES):

RESOLUÇÃO 31/2015, TRF 2, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2015

Dispõe sobre a realização de audiência de custódia no âmbito da jurisdição da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e da Seção Judiciária do Espírito Santo

Art. 1. As audiências de custódia serão realizadas, sempre que possível, no prazo de 24 horas após a prisão em flagrante.

Parágrafo único. Nos dias de expediente forense normal, as audiências de custódia serão realizadas no horário das 12 às 17 horas.

[...]

Plantões Judiciários

Art. 14. Nas **Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo**, as audiências de custódia serão realizadas pelo Juízo de Plantão quando não houver expediente forense normal.

§ 1º No regime de plantão dos dias sem expediente forense, conforme definido na Consolidação de Normas da Corregedoria-Regional da Justiça Federal da 2ª Região, as audiências de custódia serão realizadas no horário das 12 às 17 horas.

§ 2º Não havendo tempo hábil para a realização da audiência de custódia no mesmo dia em que ocorrer a prisão, o juiz competente, justificada a hipótese, poderá designá-la para o *dia seguinte*, observado o horário delimitado no parágrafo anterior.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região (PR, SC, RS):

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 1, TRF 4, DE 13 DE ABRIL DE 2016

Art. 1º. A realização da audiência de custódia no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região, nos termos da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, dar-se-á mediante a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, em até 24 (vinte e quatro) horas da comunicação do flagrante à autoridade judicial competente.

§ 1º Considera-se ciente o juiz da prisão em flagrante a partir do recebimento do respectivo expediente através do sistema de processo eletrônico (Eproc).

6. Diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015.

§ 2º No caso de inoperância do sistema Eproc, a comunicação ao juízo da prisão em flagrante poderá, excepcionalmente, ser realizada pela autoridade policial por meio de ofício em meio físico, contando-se as 24 (vinte e quatro) horas previstas no caput de seu recebimento formal.

§ 3º As audiências de custódia que excederem o período de 24 (vinte e quatro) horas da cientificação do Juízo deverão ser justificadas e comunicadas à Corregedoria Regional em até 2 (dois) dias úteis, a contar também da ciência do magistrado acerca da autuação em flagrante.

Art. 2º. As audiências serão realizadas, ordinariamente, das 11 às 18 horas, inclusive durante o recesso forense do Judiciário Federal, compreendido entre 19 de dezembro e 6 de janeiro.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

RESOLUÇÃO Nº 29/2015

[...] Art. 2º Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora, ao juiz competente, a fim de realizar se audiência de custódia.

Parágrafo único. Por decisão judicial, devidamente fundamentada, será dispensada a apresentação do preso quando forem reconhecidas circunstâncias pessoais que a inviabilizem.

Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

RESOLUÇÃO Nº 13 /2015

[...]Artigo 2º – O Serviço de Plantão de Flagrantes realizará as audiências de custódia, nos termos das recomendações do Conselho Nacional de Justiça, em consonância com a realidade local.

[...] Art. 4º [...] Parágrafo único – As audiências de custódia serão realizadas no período de 08:00 às 18:00 horas e haverá, no mínimo, um juiz designado para cada dia, sem prejuízo do funcionamento regular da respectiva unidade judiciária, para a qual a Presidência poderá designar um Juiz colaborador.

[...]

Art. 9º – O serviço de plantão de flagrantes funcionará de forma ininterrupta, sendo que nos dias de fim de semana e feriados, haverá a designação de um Juiz Plantonista com competência criminal apenas para atuar na realização de audiências de custódia.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3/2016

[...] Art. 4º Nos termos do artigo 14 da Resolução 213/2015 do CNJ e levando em consideração à realidade local, na impossibilidade de efetuar o deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência de custódia nos finais de semana e feriados, conforme previsão do artigo 2º da Resolução 213/2015 do CNJ, não sendo possível a realização nesse período,

as referidas audiências serão efetivadas no *primeiro dia útil seguinte*, devendo para tanto o magistrado adequar sua pauta.

Art. 5º Os autos de prisões em flagrante que tenham a comunicação efetuada nos finais de semana e feriados, cuja audiência não possa ser realizada nesta ocasião, serão encaminhados pela autoridade policial ao juiz de plantão que justificando a impossibilidade de realizá-la, decidirá nos termos do art. 310 do CPP e determinará a distribuição à vara competente após encerrado o plantão judiciário para concretização dos demais termos da audiência de custódia.

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

RESOLUÇÃO CM N. 1 DE 20 DE ABRIL DE 2016

[...]

Art. 3º Na comarca da Capital, onde já se realiza a audiência de custódia em dias úteis, a implantação integral, incluídas todas as competências, terá início em 21 de abril de 2016 e, nas demais comarcas mencionadas no art. 1º desta resolução, em 1º de maio de 2016. [...]

Art. 4º Nos dias úteis, a audiência de custódia será realizada na comarca onde ocorreu a prisão, a partir das 13 (treze) horas, pelo juiz com competência criminal.

Art. 5º Quando não houver expediente forense, a audiência de custódia será realizada na sede da circunscrição judiciária, a partir das 10 (horas), pelo juiz plantonista.

[...]

Art. 6º Em caso de prisão ocorrida depois do horário previsto nos arts. 4º e 5º desta resolução, a audiência de custódia será realizada no dia seguinte, salvo se o magistrado autorizar apresentação na mesma data.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

RESOLUÇÃO Nº 1087/2015-COMAG

[...]

Art. 2º A audiência de custódia será realizada diariamente, inclusive nos dias não úteis, a partir das 14 horas, incluindo-se em pauta os autos de prisão em flagrante protocolados no período de plantão que se encerrou às 9 horas do mesmo dia.

Parágrafo único. Nos casos excepcionais, não sendo possível a realização da audiência de custódia no dia indicado no caput, a sua realização não excederá o prazo de 48 horas contados da efetiva prisão do flagrado, ressalvada a hipótese de força maior.

E, em relação a São Paulo, o estado com a maior população carcerária do país e, também, o que mais fez audiências de custódia, desde 2015⁷, assim

7. AM supera PE e lidera ranking de superlotação em presídios; Brasil tem 270 mil presos acima da

dispõe, o **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:**

RESOLUÇÃO Nº 740/2016

[...] Art. 3º

§ 1º. As audiências deverão ser realizadas entre as 9h e 13h.

§ 2º. A pessoa detida deverá ser apresentada em juízo até às 10h, distribuindo-se o respectivo flagrante.

[...]

Art. 5º. Serão realizadas as apresentações e audiências de custódia, nos dias úteis [...]

Art. 6º. Nos casos dos artigos 4º e 5º, as distribuições no sistema informatizado oficial – SAJ-PG deverão ser realizadas de forma livre, no próprio Foro.

§ 1º. A pessoa detida deverá ser apresentada em juízo até às 12h.

§ 2º. As audiências deverão ser realizadas até às 14h.

É necessário ressaltar que, as previsões legais dos Tribunais não traduzem a realidade verificada em cada cidade e estado, uma vez que, apesar de prever a realização das audiências “inclusive nos dias não úteis”, o Rio Grande do Sul tem sido o melhor [ou pior] exemplo quanto ao desrespeito à obrigatoriedade da audiência de custódia prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois, simplesmente não as têm realizado⁸. Uma atitude completamente arbitrária e contraditória frente à superlotação de suas delegacias e inexistência de vagas nos seus presídios, além disso, das audiências realizadas [em setembro desse ano chegou a 79% de não realizadas⁹], quando o preso é apresentado [em 25% é frustrada sua apresentação]¹⁰, lidera o ranking das que mais culminaram em prisões.

Segundo o CNJ, das 5.078 (cinco mil e setenta e oito) audiências feitas entre julho de 2015 e dezembro de 2016, no estado do Rio Grande do Sul¹¹, 4.319 (quatro mil, trezentos e dezenove) resultaram em prisão preventiva, um

capacidade. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/am-supera-pe-e-lidera-ranking-de-superlotação-em-presídios-brasil-tem-270-mil-presos-acima-da-capacidade.ghml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1>. Acesso em: 10 out. 2017.

8. Justiça e governo do RS são acusados de não fazerem audiência de custódia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-10/defensoria-rs-afirma-estado-nao-faz-audiencias-custodia>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

9. Idem.

10. Implementação das Audiências de Custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

11. Audiências de custódia prendem mais do que soltam em 2/3 dos estados. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-do-que-soltam-em-23-dos-estados.ghml>>. Acesso em: 10 out. 2017.

percentual de 85%. E, apenas, 15,17%, em liberdade provisória.

Outro estado em situação alarmante é o Rio de Janeiro que tentou, de forma manifestamente arbitrária, limitar a abrangência da audiência de custódia, através do Aviso 80/2015, em “que determinou ser desnecessária a presença de preso em flagrante por violência doméstica contra a mulher à autoridade judiciária em 24 horas”¹². Em Reclamação feita pela Defensoria Pública do Estado, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a APDF nº 347, obrigou a realização de audiência de custódia para todos os casos, sem exceção, exigindo, ainda, que fossem feitas em finais de semana, feriados e recesso forense.

E quanto ao “sem demora”, constante na Resolução 29/2015 do TJRJ, o que seria, para quem seria?

Parece não haver qualquer preocupação com a resposta, eis que, o prazo previsto na Resolução nº 213 não tem sido cumprido, tampouco, as exigências do STF¹³, pois o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afirmou que “não existe lei alguma que o obrigue a realizar essa prática, em que pese haver decisão do STF determinando que os Tribunais de Justiça dos Estados implementem a prática em todas as comarcas”¹⁴, assim, vem realizando deliberadamente as audiências semanas após as prisões em flagrante.

Em relação à Resolução nº 740, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a preocupação está em delimitar os horários para a apresentação dos presos e a realização das audiências de custódia, com base no expediente forense, apenas. Sendo assim, quem for detido após as 10 horas (§2º) nas circunstâncias previstas no artigo 3º, seria apresentado à autoridade judiciária apenas no dia seguinte, útil?

Observa-se que, em relação aos Tribunais Federais, há uma preocupação maior em respeitar o prazo de 24 horas previsto na Resolução, seja pela organização [em escalas] ou pela disponibilização de plantão judiciário aos finais de semana e feriados, bem como durante o recesso forense.

Porém, o mesmo não ocorre quanto aos Tribunais de Justiça dos Estados

12. Audiência de custódia também vale para Lei Maria da Penha, decide ministro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-24/audiencia-custodia-tambem-vale-crimes-lei-maria-penha>>. Acesso em: 25 set. 2017.

13. O fim das audiências de custódia é realidade no Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/02/o-fim-das-audiencias-de-custodia-e-realidade-no-rio-de-janeiro/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

14. TJRJ descumpra realização de audiências de custódia e terá que responder ao STF. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/tjrj-descumpra-realizacao-de-audiencias-de-custodia-e-tera-que-responder-ao-stf/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

do Rio de Janeiro e Paraná, os quais se utilizam [intencionalmente] de expressões dilatantes do prazo, como: “sem demora”, “primeiro dia útil seguinte”, respectivamente.

Exemplificando a previsão do Tribunal do Estado do Paraná, de acordo com a Instrução Normativa nº 3, se houver prisão em flagrante de um indivíduo na ‘sexta-feira santa/paixão de Cristo’, feriado nacional, e não houver na comarca juiz de plantão, a prisão em flagrante, inevitavelmente, durará 3 (três) dias, sexta, sábado e domingo, sendo a autoridade judicial informada sobre a prisão apenas na segunda-feira. Tanto é que, hoje, o Paraná é o estado que mais possui presos em delegacias¹⁵, cerca de 9 (nove) mil, grande parte corresponde a presos provisórios, inclusive, os que aguardam a realização da audiência de custódia.

Dentre os tribunais estaduais aqui analisados, o que mais se aproxima, em tese, do prazo idealizado e previsto pelos Tribunais Regionais Federais já demonstrados, é o Tribunal do Estado do Espírito Santo, que prevê a realização ininterrupta, inclusive, em finais de semana e feriados.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que mesmo tendo por fundamento e norte diversos documentos internacionais de cunho totalmente humanista, a idealizada audiência de custódia não conseguiu alcançar, de forma eficaz, o resultado pretendido, qual seja, a garantia dos direitos individuais inerentes ao preso, em especial, sua liberdade e integridade física, a partir do contraditório público, oral e pessoal.

Ou seja, mesmo a Resolução nº 213 do CNJ, tendo como norteadores: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; os relatórios produzidos pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU e pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU; o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos; o diagnóstico de pessoas presas (anos 2014 e 2015) apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, recheada de discursos visando à promoção de direitos humanos, mais uma vez comprova-se que a simples edição de atos

15. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/t/videos/v/estado-do-parana-tem-a-maior-quantidade-de-presos-em-delegacias-do-brasil/6295910/>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

legislativos, por si só, não é capaz de dar efetividade à audiência de custódia, é necessário todo um contexto a ser implantado para o seu real alcance¹⁶.

Seria a realidade diferente disso ou um pouco pior? Sabemos que, na prática, há cidades do interior em que um delegado de polícia cumula 4 (quatro), 5 (cinco) cidades, sendo um investigador e/ou escrivão o real responsável pela delegacia. É ele quem acompanha a apresentação do preso; ouve; lavra o termo e, por fim, o recolhe ao cárcere. Cumpre-se a formalidade e aguarda-se a chegada da autoridade policial, para que, somente então, sejam analisadas as condições da prisão o que, muitas vezes, nem ocorre, ficando o delegado de polícia adstrito à mera assinatura do APF, que dirá a existência de um plantão judiciário para a realização da tão idealizada audiência de custódia.

Faltam condições, falta efetivo, faltou sensibilidade, é duro assumir, mas a audiência de custódia é natimorta, é ilógica.

A gana em prender para demonstrar poder e responder aos anseios da mídia e do clamor público fez do cárcere a regra a que todos se submetem e pela qual todos esperam, prova disso é que até 2014, a população prisional brasileira era de 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e uma), ocupando o 4º lugar¹⁷, atrás dos Estados Unidos, China e Rússia, porém, segundo dados correspondentes a julho de 2017, do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil ultrapassou a Rússia, ao atingir o número aproximado de 726.712 (setecentos e vinte e seis mil e setecentas e doze) pessoas presas, em junho de 2016, estando agora no 3º lugar¹⁸ no ranking dos países globais mais encarceradores. Sendo que, em média, 40% desses presos são provisórios, não têm condenação¹⁹.

As intenções, como na grande maioria das leis, são boas, visam à inocência, integridade física e psicológica do sujeito, a possibilidade de se evitar o seu contato com o cárcere, no entanto, o problema está na vontade [ou falta de] em resolver a raiz do problema e, para isso, requer-se, sobretudo, uma nova mentalidade.

16. MINAGÉ, Thiago M. *Prisões e Medidas Cautelares à luz da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 193.

17. Diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015.

18. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/12/08/infopen-2017-o-processo-penal-de-excecao-em-numeros/>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

19. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/12/1941685-brasil-ultrapassa-russia-e-agora-tem-3-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Resolução nº 213, de 15/12/2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

DA ROSA, Alexandre Morais; LOPES JR., Aury. **Processo Penal no Limite**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Trad. Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

MINAGÉ, Thiago Miranda. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NEWTON, Eduardo Januário. **A defesa intransitiva de direitos: ácidos inconformismos de um Defensor Público**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RELATÓRIO INFOPEN. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. [Orgs.]. **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

COMENTÁRIOS AO PACOTE ANTICORRUPÇÃO E O DEBATE SOBRE SUA CONSTITUCIONALIDADE

COMMENTS ON THE ANTICORRUPTION PACKAGE AND THE DEBATE ON ITS CONSTITUTIONALITY

Maria Carolina S. P. da Cunha¹

RESUMO: Este trabalho expõe comentários relativos às dez medidas contra a corrupção e seus efeitos para o sistema penal e processual, bem como os argumentos prós e contras na doutrina jurídica sobre o tema. As dez medidas surgiram como resposta aos problemas trazidos pela corrupção no país. São alternativas que originaram o projeto de lei 4.850/2016, o qual inclui propostas com alterações legislativas, além de conscientização populacional, com divulgação em ampla escala, contando com mais de dois milhões de assinaturas do povo colhidas por membros do Ministério Público Federal (MPF) para a aprovação do referido projeto de lei de iniciativa popular, o que causou polêmica entre os profissionais do ramo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção; Dez Medidas; Ministério Público Federal.

ABSTRACT: This paper exposes comments concerning the ten anti-corruption measures and their effects on the criminal and procedural system, as well as the pros and cons arguments in legal doctrine on the subject. The ten measures came as a response to the problems brought about by corruption in the country. They are alternatives that originated law project 4.850 / 2016, which includes proposals with legislative changes, in addition to population awareness, with wide-scale dissemination, counting on more than two million signatures of the population collected by members of the Federal Prosecutor's Public Service for the approval of said bill of popular initiative, which caused controversy among legal professionals.

KEYWORDS: Corruption; Ten Measures; Federal Prosecution Public Service.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma exposição dos problemas decorrentes das dez

1. Laureada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestranda em Filosofia na PUCRS, bolsista integral CAPES. Orientador: Professor Doutor Nythamar de Oliveira. Pós-Graduada em Direito Público na Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ). Advogada. Foi bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), orientanda do Professor Doutor Fabio Roberto D'Avila. Investigadora atuante nas áreas de: Direito Penal, Criminologia e Filosofia do Direito. Participante de diversos grupos de pesquisa. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia (GEP crim), sob coordenação do Professor Doutor Alvaro Filipe Oxley da Rocha. Possui Curso de Argumentação Jurídica (2015); Curso Superior de Complementação de Estudos em Linguagem e Comunicação para a Área Jurídica (2013); Extensão Universitária em Filosofia e Direito (2013); Extensão Universitária em Violência: Aspectos Psicológicos, Biológicos e Sociais (2012).

medidas contra a corrupção, elaboradas pelo Ministério Público Federal, por meio de seus membros, documento que originou o Projeto de Lei 4.850/2016. O projeto surgiu como alternativa com o fito de amenizar a corrupção brasileira e sofisticar o sistema de justiça criminal, com soluções importadas pelo Direito Comparado, advindos do sistema norte-americano da *common law*.

A importância do tema se dá pela atualidade do momento jurídico-político que o país vivencia. A legislação não tem sido efetiva para combater a corrupção nem mesmo impedir o pagamento de propinas para agentes políticos. A corrupção em si envolve demais áreas interdisciplinares além do Direito. Entretanto, este trabalho oferece uma amostra do material produzido pelos membros do Ministério Público Federal (MPF) engajados na causa. Cabe, portanto, avaliar por mais de um viés tal proposta. Por isso, serão expostos argumentos de advogados criminalistas além de outros profissionais da área.

2. PRODUÇÃO BIBLIOGRÁFICA RELATIVA AO TEMA

A corrupção no país afeta gravemente os brasileiros, ultrapassando o âmbito nacional. A crise política do Estado brasileiro é um tema atual e relevante, tendo em vista que há décadas vem crescendo o descontentamento da população e a incredulidade generalizada em relação a políticos, ou detentores de mandato eletivo. Nesse contexto, há críticas de que o Ministério Público Federal, na tentativa de encontrar uma solução, teria se precipitado ao propor medidas urgentes, de cunho mais ideológico do que jurídico, ferindo garantias individuais constitucionais.²

Sobre as dez medidas, em um plano geral, seguem comentários dos autores:

Streck (2016, b) reflete sobre o ofício de promotor de justiça: “a partir da Constituição de 1988, todos os membros do MP deveriam atuar como guardiões da Constituição”, e comenta que a figura do promotor é vista como a de acusador, justiceiro, dentre outros epítetos sugestivos, enquanto esse agente público deveria ter sua atuação pautada pela legalidade constitucional e zelo pela aplicação da lei. Segundo Streck (2016, b), eis o papel do membro do Ministério Público no Estado Democrático. O contrário ocorre

2. Ocorre que o “projeto fundamenta-se em equivocada noção de ser o Direito Penal capaz de prevenir e impedir delitos, promessa essa que nunca se confirmou empiricamente” (...). Temos, portanto, mais um exemplo de tentativa de correção de problemas sociais através do direito penal, no melhor exemplo do uso do discurso do medo para governar através do crime (RIBOLI, 2015, p.58).

em regime ditatorial, como antes de 1988. O autor (2016, b) indaga se é de todos o conhecimento do novo paradigma, e que a noção constitucional do papel do MP tem perdido seu significado, no que denomina tempos de “guerra contra a corrupção”, e descreve que procuradores e promotores justiceiros, no intuito de combater a corrupção, corrompem a Constituição, em nome de uma “boa causa”. Segundo ele (2016, b), nesse paradigma, “alguns agentes do Ministério Público Federal estão apresentando uma solução facilitadora para o grave problema da corrupção”. Com a proposta das dez medidas anticorrupção “os autores estão jogando a criança fora junto com a água suja. Querem fragilizar direitos que foram conquistados a duras penas neste país tristemente marcado por ditaduras ao longo de sua história”. E acrescenta (2016, b) que “demoramos tanto tempo para conquistar uma Constituição democrática e agora estamos tomando um rumo perigoso, capaz de colocar em risco os avanços”.

Segundo Coutinho (2015, p.2), ninguém é ou pode ser a favor da corrupção. Ocorre que “ninguém está autorizado a passar por cima da Constituição da República e demais leis e, antes, pelos seus fundamentos, seja lá por que for; e em nome de quem for, por mais nobre que possa parecer o motivo e ainda que seja ele o combate à corrupção.” A corrupção combate-se com os democráticos disponíveis; e nunca fora deles. Souza (2016, p.116) comenta o desempenho ministerial, exemplificando com a hipótese da não realização de concursos a fim de provimento dos cargos incumbidos implementar ações opostas a agentes públicos suspeitos de delitos contra a administração pública; ou não destinação a “recursos humanos e materiais necessários para investigações especializadas, de forma a compensar os recursos que a defesa de imputados de delitos econômicos e associados à corrupção costumam ter disponíveis”.

Riboli (2015, p.58), em *O discurso do medo e a sua incidência na política brasileira*, relata a descrença nas instituições públicas no Brasil, e que não se respeita o sistema penal:

A sociedade, atemorizada e desconfiante da capacidade das instituições penais brasileiras em conterem o crime, acaba pressionando-as para que obtenham resultados concretos. Essa pressão popular é extremamente gravosa para o sistema penal brasileiro, porque as autoridades responsáveis pela prevenção e mitigação do crime e persecução penal dos delinquentes acabam desrespeitando preceitos básicos do direito penal para acalmar os ânimos da população. Um exemplo recente disso foram os “pacotes anticorrupção”

propostos pelo governo federal e pelo Ministério Público Federal. Nas medidas apresentadas pelo governo, estão a regulamentação da Lei Anticorrupção, Lei n.12.846/2013, a tipificação do crime de “Caixa 2” e a edição de um projeto de lei de “Ficha Limpa”, que visa criar um conjunto de regras e penas contra a corrupção de servidores públicos dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Já o pacote apresentado pelo Ministério Público Federal traz medidas extremamente gravosas para o processo penal brasileiro, entre elas a possibilidade de utilização de provas ilícitas nos processos criminais, sob a justificativa de uma análise de custo e benefício para segurança social (...).

Machado (MACHADO, 2016) afirma que “a proliferação de tipos penais leva a um gigantesco arcabouço de condutas criminalizadas que, não fosse pela seletividade do sistema penal e pela insuficiência da burocracia estatal, levaria praticamente todos ao banco dos réus”. Nesse sentido, Coutinho (2015, p.2) enquadra todos os atos de prospecção que se tem praticado a fim de verificar se os cidadãos estão cometendo crimes, ainda que desconhecidos, ou se há alguma predisposição para que isso ocorra. “Ora, se se grampear o telefone de qualquer pessoa [...] por um bom tempo, por certo se conseguirá ligar conversas e frases soltas que apontem em alguma direção e se possa tomar como criminosa” – o que é imoral e ilegal. “Antes, é criminoso; e deveria ser perseguido.” Deve-se refletir no que o discurso “carrega em suas entranhas, o gozo individual, mormente quando apresentado como sintoma pela vaidade.” Nesse ínterim, o autor afirma que resta lutar pela democracia que se inicia a partir do respeito às leis, e à Constituição da República.

A proteção do patrimônio público, embora de extrema relevância, não justifica o atropelamento das cláusulas pétreas constitucionais, especialmente as garantias do art.5º, e em especial, a presunção de inocência. Ademais, nesses casos, e como vivemos em um sistema de governo democrático, a sociedade tem necessariamente de ser ouvida, a partir do esclarecimento público do tema, e suas consequências jurídicas e sociais. A sociedade deveria ser esclarecida sobre o que realmente significam tais medidas.

Em dezembro de 2015, o Boletim do IBCCrim lançou uma revista de matérias sobre as propostas do MPF do pacote anticorrupção. O IBCCrim promoveu debate entre Lenio Streck e Sérgio Moro. Sobre isso, Santos (2016) afirma que há sanha punitivista e autoritarismo. E que no dia do debate feito com Lenio Streck e Sergio Moro, o juiz passou incólume pelo IBCCrim, com ausência de confronto:

Num momento em que os movimentos de direitos humanos estão

defendendo a repressão e a severidade do sistema punitivo; e em que o sistema de justiça criminal viola a Constituição Federal para satisfazer a sociedade, esperava-se que o IBCCRIM assumisse o protagonismo para mostrar a saída das trevas. Por fim, o dia em que o Sérgio Moro passou pelo IBCCRIM, a meu ver, não foi um dia em que ele sofreu um constrangimento epistêmico. Mas, foi o dia em que ele não sambou na cara dos advogados, com o apoio da plateia, por causa do Lenio.

Roger Machado (2016) afirma que há uma busca por soluções mágicas no problema da criminalidade, banalizado pela expansão do que chama de direito penal midiático, “com atores popularescos (atores individuais e institucionais) de natureza novelesca. Arautos da justiça legitimam-se para defenderem suas posições extremadas” de onda punitivista, com alterações legislativas no pacote anticorrupção “arrogado na espetacular operação Lava Jato, momento de oportunidade política”, de estímulo ao crime, com consequências de criação de crimes, com aumento das penas dos já existentes, são alterações cirúrgicas no processo penal.

Streck (2016) aponta que os brasileiros estão fartos da corrupção, mas que não se viola a Constituição por tal motivo.³

Em relação à produção e publicação de artigos jurídicos pelos Procuradores do Ministério Público Federal, iniciamos com Cláudio Smirne Diniz, com o artigo intitulado *Ministério Público: a proteção eficiente na área do controle do patrimônio público*, no livro *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*, o qual aborda o tema nos seguintes termos:

Diniz (2016, p.17) observa que a corrupção é ameaça que afeta “governos, cidadãos, entidades públicas e empresas privadas”, que desencadeia concorrência desleal, elevação de custos e fuga de investimentos. A história da Administração Pública brasileira é marcada pela cultura de corrupção e sustenta-se num mecanismo deturpado de apropriação privada do que é público. Com isso, o autor (DINIZ, 2016, p.18) sustenta que perduram distorções,

3. Nesse sentido, Streck comenta: despiendo dizer que estamos todos de saco cheio da corrupção, do proxenetismo com o dinheiro público etc. (...) para isso não precisamos romper com o pacto constituinte. Se um deputado apresentasse esse pacote, diríamos que “esse edil não conhece a Constituição”. Mas o Ministério Público apresentar um projeto em que se relativiza provas obtidas por meio ilícito e outros quetais? Não pega bem. Aliás, se o parlamento aprovasse um projeto nos moldes desse apresentado pelo MPF, a primeira coisa que eu esperaria é: o Procurador-Geral da República ingressará com Ação Direta de Inconstitucionalidade. Só que, neste caso, ele é quem propôs a inconstitucionalidade. (...) Depois de vinte e oito anos de Ministério Público, em que, diuturnamente, procurei zelar pela Constituição. Já no primeiro dia depois de sua entrada em vigor, fiz a primeira filtagem hermenêutico-constitucional. (...) Preocupa-me que, passados tantos anos, que a própria Instituição venha a propor coisas como a relativização da prova obtida por meios ilegais. (...) Pode até haver coisas interessantes no pacote. Mas o saldo não me parece bom, pela simples questão que vem contaminado pela “questão da relativização da prova ilícita”.

especialmente no sistema eleitoral, “o qual se vale de dinheiro de empresas privadas para financiamento de campanhas políticas e induz à corrupção. Chefes do Poder Executivo, necessitando de fidelidade de aliados, em troca de apoio, repassam recursos e distribuem cargos públicos”.

Medeiros (2016), em seu artigo *Preservação do sigilo da fonte em casos de corrupção: medida necessária, constitucional e correta*, apresenta uma pesquisa de opinião realizada pelo Instituto Datafolha, entre os dias 25 e 26 de novembro de 2015, a corrupção é tida como o principal adversidade a afligir o Brasil, apreensão popular motivada, dada a preocupação de estudiosos e organizações com os custos e efeitos da corrupção para o país. No ranking de percepção da corrupção, concebido pela ONG Transparência Internacional, com divulgação em dezembro de 2014, “de 175 países, o Brasil ocupa a 69ª posição. Estamos atrás de nações como Gana, Namíbia e Jordânia. Estudo da Fiesp, realizado em 2010”, com valores de 2008, “estimou que se o controle da corrupção fosse mais rigoroso, todos os recursos nela empregados e liberados para atividades produtivas acarretaria R\$ 69,1 bilhões anuais, ou 2,3% do nosso PIB”.

Refere-se uma cultura de impunidade, que o país não toleraria mais. Entretanto, os esforços envidados não seriam adequados, causando prejuízos sociais à população mais vulnerável e carente, numa estimativa de 40 bilhões de dólares segundo a ONU, com desvio de recursos.⁴ Segundo Durigon,⁵ há uma metafórica patologia social,

a qual incluiria o uso indevido do dinheiro público e escândalos na política, contrariando a ética pública. Obtenção de vantagem ilícita sobre finanças públicas (corrupção) limita o desenvolvimento do país. Tem-se que a sociedade contemporânea, tendencialmente garantista e autoritária tem buscado importações de institutos estrangeiros, de modo precipitado. Estaria correta a maneira pela qual se pretende enfrentar a corrupção? Representaria um retrocesso legal? Propomos investigar as possibilidades de a atuação ministerial contribuir para o aperfeiçoamento do regime democrático e do combate à corrupção, sem deixar de analisar, em contrapontos, a proteção de liberdades e garantias constitucionais, além de observar os objetivos do Estado Democrático de Direito.

4. Sobre esse tema desenvolve o presidente do Conselho Federal de Medicina, Carlos Vital Tavares Corrêa Lima, em seu artigo “contra a cultura da impunidade”. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25783:contra-a-cultura-da-impunidade&catid=46:artigos&Itemid=18. Acesso em: 19 set. 2016.
5. Sob o ícone do “combate”, notadamente, do *terrorismo* e da *corrupção*. Esses dois temas têm sido a bandeira das políticas criminais repressivas que menosprezam (para ser sutil) a Constituição Federal (DURIGON, 2015).

Diniz (2016, p.22) afirma que a Constituição de 1988 “instrumentalizou o combate à corrupção, por meio de variados mecanismos de controle, visando à prevenção de ilícitos, à revisão dos atos administrativos, à recomposição dos danos e à responsabilização dos agentes”. Guaragni (2016, p.1-2) aponta para características, entre o Direito Penal e o conteúdo da Lei de Improbidade Administrativa, com caráter público-sancionador, traçando aspectos sociológicos e sua aplicação, destacando consequências – perigosas para o combate à corrupção no Brasil – dessa proximidade.⁶ Desse modo, a corrupção passa de fragmentada no corrupto ao corruptor. A iniciativa privada, detentora do poder, tem facilidade para a incolumidade na percepção pública, enquanto está mais visado o agente estatal, enfraquecido de poder. A devassa predomina na vida do político em detrimento da empreiteira corruptora, que não sofre censura pública (GUARAGNI, 2016, p.5-6).

Sem exonerar o agente público, há uma falha, um descompasso entre a estrutura e consequente atividade dos agentes da vida econômica. Nesse diapasão, o Direito Penal auxilia o Direito Administrativo, devido ao aumento da corporação industrial, para ter controle. Daí decorre a importância de a Lei de Improbidade Administrativa atingir, além do funcionário público, também a agência privada corruptora. Após mais de duas décadas de vigência dessa lei, surge a Lei 12.846/13, a Lei Anticorrupção, com foco na pessoa jurídica privada corruptora. Ambas as leis citadas surgem em um microsistema diagnosticado. Um novo contexto mostra a mudança da ética do dever kantiano do século XIX trocado pelo prazer hedonista, com o individualismo exaltado, do século XXI, lastreada no contrato social coexistindo sob uma lei universal: a ética do dever rendia “um sentido de honradez do funcionário público, membro *corpora*, tal como um *corpus* funcional, da Administração Pública a qual o fazia sentir honrado e orgulhoso devido ao seu pertencimento.” Em contrapartida, “a lei de improbidade administrativa atua num ambiente em que reforça-se a tentação de privatizar a coisa

6. Nesse sentido, GUARAGNI (2016, p.4-5) contextualiza que: A improbidade administrativa se ambienta no final do século XX e início do séc.XXI, com deslocamento de eixo do poder, o qual era hegemônico, foi substituído pela corporação industrial. Tal fato se deu, entre outros motivos, pela derrocada do discurso político ideológico em prol da informação técnica (GUARAGNI, 2016, p.3). O novo poder se dá pela pesquisa científica, desenvolvida pelo mundo corporativo-industrial. Daí mudou a corrupção o que, por conseguinte, relaciona-se com a improbidade administrativa. A corrupção era uma barreira: quem não pagasse propina estaria impedido de participar de determinada atividade econômica. Preponderava o funcionário corrupto estatal. Enquanto que atualmente, a corrupção é alimentada pelo corruptor – agente econômico privado, que corrompe e participa da vida econômica, sendo parte do negócio e tendo garantia de que ganhará mais do que ganharia. Tal contexto é válido tanto para a corrupção elencada nos artigos 333 e 317 do CP, tida como *stricto sensu*, quanto um superfaturamento em licitação, tida como *lato sensu*.

pública” (GUARAGNI, 2016, p.10).

A modernidade se caracteriza pelo desaparecimento dos discursos ideológicos pela sociedade (GUARAGNI, 2016, p.11). O autor cita Bauman (BAUMAN, 2007) e afirma que “não há mais solidez nos papéis sociais, mas uma ausência de referências coletivas”. Guaragni (2016, p.16) tece um ponto em comum da Lei de Improbidade com o Direito Penal que, no lugar do direito administrativo, baseado no poder de polícia e auto-executoriedade, a LIA tem sua aplicação pelo Poder Judiciário. O autor (GUARAGNI, 2016, p.19) afirma que o experimento de apreensão da lei de improbidade pelo Direito Penal, mais abrangente, “levaria a consequência nefasta com sugestão de incremento da corrupção, sendo um “convite” à improbidade, instalando-a.” Devido às contenções ao poder punitivo penal, incluindo princípios de vedações de excessos perante o réu “engessaria a atividade persecutória da improbidade, evidenciado no engessamento do Direito Penal no combate aos crimes contra a administração pública, parcela ínfima nas execuções penais.”

Castro (2016, p.48), na publicação *A Lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da Administração Pública: semelhanças e distinções entre o Direito Administrativo e o Direito Penal*, apresenta o tema da má gestão do parlamentar, afirmando ser banal que parlamentares, no desempenho de suas atividades legislativas tenham comportamentos causadores de lesão ao erário, gerando enriquecimento ilícito ou violando princípios regentes da Administração Pública “em detrimento dos interesses das pessoas jurídicas para as quais prestam função pública: União, Estados e Municípios, além daquelas que entregam a Administração indireta.” Neste panorama, “surge uma aparente tensão constitucional: de um lado, assegura-se ao parlamentar o livre e independente exercício da atividade legislativa; de outro, este exercício, como qualquer atividade estatal, não é ilimitado”, em virtude de estar “vinculado ao cumprimento do regime jurídico administrativo de probidade e responsabilidade na administração da coisa pública” (CASTRO, 2016, p.48).⁷

7. Sobre o mesmo tema, conclui Guaragni (2016, p.75): O parlamentar, ao desempenhar função pública, regida pelas regras de Direito Público, submete-se ao regime jurídico administrativo a ele inerente. Portanto, a imunidade material prevista na Constituição Federal, deve ser interpretada de forma sistemática e coerente, com o regime de responsabilidade albergado no texto constitucional. É plenamente possível que o parlamentar, no exercício de sua função normativa, geral e abstrata, receba vantagens indevidas ou mesmo aceite a percepção destas vantagens ilícitas, para motivá-lo a se pronunciar, contra ou a favor, à aprovação de determinado ato normativo geral e abstrato (ou mesmo abster-se de votar), objeto de sua atuação funcional. Assim, esse ato normativo, embora formalmente perfeito (exteriormente), é ilícito, já que decorre do fato antecedente, delituoso. Nesta quadra, referido parlamentar pratica, na espécie, ato de Improbidade Administrativa que gera enriquecimento ilícito, ao receber vantagem indevida para votar contra, a favor ou se abster de votar, já que estão presentes seus elementos constitutivos: enriquecimento ilícito do agente público;nexo funcional, estabelecido entre o enriquecimento indevido do agente e o exercício funcional (atividade legislativa); vantagem indevida (ilícita).

Mauro Sérgio Rocha,⁸ na publicação *Evolução patrimonial incompatível*, apresenta o tema do enriquecimento ilícito: o artigo 9º da Lei 8.429/92 revela a hipótese de enriquecimento ilícito, cujo inciso VII “elencas como ímproba a aquisição de bens cujo valor seja desproporcional à evolução patrimonial ou à renda daquele que exerce mandato, cargo, emprego ou função pública”. Segundo o autor (ROCHA, 2016, p.165), “a evolução patrimonial incompatível deve ser lida em harmonia com o art.9º, *caput*, da lei 8429/92, [...] sobre práticas ímprobas que importam em enriquecimento ilícito”. Tal preceito não “reivindica prova” da ação ou omissão “ensejadora da vantagem patrimonial indevida do agente público”. Diante da demonstração da “evolução patrimonial incompatível” a prova incumbe ao autor e presume a vantagem indevida do agente público. A presunção legal não se trata de inversão de ônus da prova, mas “hipótese especial de distribuição do ônus probatório” e incumbe ao agente público a prova de licitude dessas aquisições.

Sobre o mesmo tema, Schirmer (2016, p.169), no artigo *Dano indireto para fins do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992*, afirma que “diminuição patrimonial sem contraprestação caracteriza prejuízo, na medida em que se vislumbra um desequilíbrio econômico-financeiro”.⁹

Para Schirmer (2016, p.171), se os agentes públicos podem fazer apenas o que for legalmente autorizado e do modo estabelecido pela lei, “as despesas efetuadas por órgãos públicos em desconformidade com a legislação são gastos sem calço jurídico válido, e, portanto não podem ser efetuados pela Administração Pública”. Afirma o autor (SCHIRMER, 2016, p.188) que “a teoria do enriquecimento sem causa não é fundamento válido para afastar a caracterização de lesão ao erário do pagamento de despesas geradas de atos ou contratos administrativos nulos”, e que a legislação brasileira “reconhece a lesão ao erário decorrente de pagamentos de atos ou contratos administrativos nulos, ainda que não exista um desequilíbrio econômico-financeiro – dano indireto” (SCHIRMER, 2016, p.192).

Panoeiro (2016, p.5) questiona a necessidade de criminalizar o

8. Disposição de acordo com o disposto na Convenção Interamericana contra a Corrupção (art.IX), de 29/03/96; com previsão na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art.20), de 31/10/03; diplomas promulgados no Brasil pelos Decretos 4.410, de 07/10/02; e 5.687, de 31/06/06, respectivamente. ROCHA, Mauro sérgio. Evolução patrimonial incompatível. In: DINIZ; ROCHA; CASTRO, 2016, p.143.

9. Nesse contexto, para o autor (SCHIRMER, 2016, p.170), enquanto para os particulares o princípio da legalidade funciona como uma garantia, permitindo fazer tudo que não está proibido em lei, para os agentes públicos é um dever, pois só lhes possibilita fazer o que a legislação autoriza e da forma que determina. Por isso, é qualificado como princípio da estrita legalidade.

enriquecimento ilícito de funcionários públicos para que haja um efetivo combate à corrupção, se é legítimo. “Qual o bem jurídico que se pretende proteger? Qual a estrutura típica adequada a tais indagações?” Esse tema, objeto de inúmeros estudos e trabalhos que não se esgotam enquanto elemento de investigação, permitem que o intérprete visualize melhor os fatos. O autor (PANOEIRO, 2016, p.4) aborda pontos para discutir eventual proposta de criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos: “registrou-se em pesquisa recente¹⁰ que a corrupção ocupava o primeiro lugar entre os maiores problemas do país. O levantamento, como toda coleta de dados, sofre o corte temporal de um determinado momento.” Para Panoeiro (2016, p.4), o momento é propício debater o conceito de corrupção e como enfrentá-la de modo a reduzir o problema sem comprometer o interesse público. Afirma que a corrupção tornou-se foco de preocupação internacional e motivado o surgimento de diversas convenções sobre o tema.¹¹

Moreira (2016, p.293), na publicação *Lei Anticorrupção: principais aspectos e primeiras impressões*, explica o tema da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que “representa um marco no direito brasileiro, ao inverter a lógica do combate à corrupção nas pessoas físicas, por responsabilizar pessoas jurídicas”. Tal lei visa não punir, mas “instalar mecanismos que as empresas evitem cometer ilícitos, orientada pela função social” (MOREIRA, 2016, p.294). Conclui (MOREIRA, 2016, p.317), que a “Lei Anticorrupção pretende estimular as pessoas jurídicas a instalar, coordenar e renovar procedimentos que procurem inibir a prática de atos de corrupção”.

Zelada (2011, p.746) explica a diferença entre os sistemas inquisitorial e acusatório: o inquisitorial tem as funções de acusação e de julgamento “reunidas em um só órgão de acusação e o órgão de julgamento”. Por isso, há sustentação doutrinária da impossibilidade de “decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado, na fase de investigação, conquanto haja previsão expressa neste sentido, nos termos do artigo 311 do Código de Processo Penal. O juiz decretar de ofício não teria sido recepcionado pela CF/88”.

Coelho (2011, p.751), na publicação *O projeto do novo código de processo penal: breves anotações ligadas ao Ministério Público*, comenta que o atual

10. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/11/1712972-corrupcao-lidera-pela-primeira-vez-pauta-de-problemas-do-pais.shtml>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

11. Conforme PANOEIRO, 2016, p.5: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006), Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto nº 4.410/2002), a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção.

CPP brasileiro (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941) está para completar sete décadas, criado em um ambiente fascista e autoritário, período “conhecido como *Estado Novo*, no qual o país estava sob um regime ditatorial comandado por Getúlio Vargas, após um exitoso golpe de Estado realizado sob a argumentação de conter movimentos comunistas”. Em sua exposição: “urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social” (COELHO, 2011, p.752). Sobre a atividade da magistratura e o movimento de combate à corrupção, Coelho (2011, p.755) afirma que a atividade do juiz se resumirá em esclarecimento de dúvida relacionada à prova já produzida, ainda que “sua intuição, ou sua experiência, como forma de melhor reconstruir o processo histórico do que realmente ocorreu”. O autor (COELHO, 2011, p.755) relata que associações e órgãos representativos da magistratura “já se manifestaram expressamente contrários às referidas mudanças” do mesmo modo que o “Grupo Jurídico conhecido pela sigla ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro), movimento formado por representantes e órgãos de fiscalização, controle e inteligência do Executivo, Judiciário e Ministério Público”, salientou em uma Nota Técnica no que tange às alterações propostas que: “há risco de transformar o processo em era disputa entre Acusação e Defesa, com a vitória do melhor profissional e com possíveis prejuízos à descoberta da verdade e à correta aplicação da lei penal”.

Coelho (2011, p.775-776) afirma que a colaboração premiada é discutida devido a existência de uma lacuna legislativa sobre os procedimentos a serem adotados para que o instituto seja válido, e que tem sido “utilizada como instrumento de investigação no combate ao crime organizado, diferente da cooperação dos auxiliares da justiça por partir de que está envolvido com o fato investigado, sendo mais abrangente que a confissão”. Recebe em troca benefícios como prêmio pela delação dos demais agentes. O autor (COELHO, 2011, p.777) aponta que o MPF tem papel importante na construção da identidade e formação do instituto. Coelho (2011, p.782) defende a participação obrigatória do MP na realização do acordo de colaboração premiada. Importante verificar antes de firmar o acordo a existência de elementos mínimos de credibilidade dos fatos narrados pelo colaborador para convicção do Procurador, que poderá requisitar diligências a autoridade policial para confirmar o depoimento.

Os pontos acima expostos resumem, muito sinteticamente, o material

encontrado, dadas todas as contradições e problemas decorrentes da divulgação das propostas do Ministério Público Federal, e do teor do PL 4.850/2016. Essa foi a revisão bibliográfica, com os principais textos encontrados. Evidentemente que a pesquisa não está esgotada.

3. CONCLUSÃO

Expostos os comentários sobre o pacote ministerial anticorrupção, percebe-se que há preocupação dos doutrinadores, concernente a determinados tópicos na proposta legislativa, principalmente no que tange à violação de direitos constitucionais. Há alegações de que há oportunidades de estímulo ao crime, inclusive, embutidas nas propostas legislativas, de cunho punitivista nas alterações do processo penal. As consequências trazidas pela apropriação da coisa pública em benefício de particulares, afeta o país integralmente com deslealdade na concorrência, o que gera elevação de custos prejudicando governo e cidadãos, entidades públicas e privadas.

Há discussão sobre a colaboração premiada, instrumento para combater o crime organizado, em que o envolvido com o fato investigado recebe benefícios em troca, por delatar demais agentes. A obrigatoriedade da presença do MP no acordo, observa existência de elementos de credibilidade dos fatos narrados ao Procurador, que poderá requerer, para confirmação do depoimento, diligências à autoridade policial.

Os argumentos de relativização da prova ilícita e a corrupção histórica no Brasil apontam que há deturpações de apropriação do público pelo privado, mormente no sistema eleitoral, o qual utiliza em suas campanhas recursos financiados por empresas privadas, uma indução à corrupção. O agente corruptor de empresa privada detém o poder sobre o agente estatal, e a censura pública se mantém no órgão estatal em detrimento da iniciativa privada.

Por sua vez, a lei de improbidade administrativa atinge ambos os agentes: público e privado. Essa lei auxilia o Direito Penal com o Administrativo nas sanções, por atos praticados contra a Administração Pública. Dentre eles o enriquecimento ilícito, demonstrado por evolução patrimonial incompatível com presunção de vantagem indevida. A medida seria uma distribuição de ônus probatório. A Lei Anticorrupção foi um marco ao responsabilizar as pessoas jurídicas, visando mecanismos preventivos, por meio da função social, a fim de evitar os ilícitos para que as próprias empresas inibam práticas de corrupção em vez de punir.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. A vida fragmentada – ensaios sobre a moral pós-moderna. Lidboa: Relógio d'água editores, 2007.
- CASTRO, Renato de Lima. Improbidade administrativa e ato legislativo: responsabilidade do parlamentar na Lei de Improbidade Administrativa. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (org). *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Vol. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- COÊLHO, Marcial Duarte. O projeto do novo código de processo penal: breves anotações ligadas ao Ministério Público. In: VITORELLI, Edison (org.). *Temas aprofundados do Ministério Público*. Bahia: Juspodium, 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas? Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 23, nº 277, 2015.
- DINIZ, Cláudio Smirne. Ministério Público: a proteção eficiente na área do controle do patrimônio público. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (org). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016.
- DURIGON, Luís Gustavo. *Novas dimensões constitutivas do devido contraditório no processo penal contemporâneo*. Porto Alegre, 2015. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, PUCRS. Orientador: Prof. Dr. Giovanni Agostini Saavedra.
- GUARAGNI, Fábio André. A Lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da Administração Pública: semelhanças e distinções entre o Direito Administrativo e o Direito Penal. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (org). *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Vol. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.1-2.
- MACHADO, Roger. O pacote anticorrupção da PGR: quem nos protege da bondade dos bons? *Empório do direito*. Disponível em: <http://emporioidireito.com.br/o-pacote-anticorruptao-da-pgr-quem-nos-protege-da-bondade-dos-bons-por-roger-machado/>. Acesso em: 26 out. 2016.
- MEDEIROS, Mário Alves. *Preservação do sigilo da fonte em casos de corrupção: medida necessária, constitucional e correta*. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/sigilo-da-fonte-mario-alves-medeiros.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Lei Anticorrupção: principais aspectos e primeiras impressões. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (org). *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Vol. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- RIBOLI, Eduardo Bolsoni. *O discurso do medo e a sua incidência na política brasileira*. Porto Alegre: UFRGS, 2015. Monografia de especialização.
- ROCHA, Mauro Sérgio. Evolução patrimonial incompatível. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (org). *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Vol. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *Sérgio Moro vs Lenio Streck: quem ganhou o debate no IBCCRIM?* Disponível em: <http://justificando.com/2015/08/31/sergio-moro-vs-lenio-streck-quem-ganhou-o-debate-no-ibccrim/>. Acesso em: 19 set. 2016.
- SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque. Dano indireto para fins do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (org). *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Vol. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- SOUZA, Luciano Machado de. *Abdicação de accountability para arquivamento de inquérito ou peças de informação de infração penal pelo procurador-geral da república: afetação das dimensões democrática e repu-*

blicana do estado democrático de direito. Tese. Curitiba: UFPR, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando o Ministério Público quer violar a Constituição? *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-22/lenio-streck-quando-mp-violar-constituicao>. Acesso em: 19 set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator Minority Report. Senso incomum. *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>. Acesso em: 19 set. 2016.

ZELADA, Fernando. *A importância do Ministério Público diante da extrema provisoriedade da prisão em flagrante*. In: VITORELLI, Edilson (org.). Temas aprofundados do Ministério Público. Bahia: Juspodium, 2011.

CONSEQUÊNCIAS DA PRISÃO PREVENTIVA ANTES DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Jéssica Santos de Carvalho¹

Alexandre Cardoso Feitosa²

RESUMO: O presente trabalho tem por tema ‘Consequências da prisão preventiva antes da sentença penal condenatória a luz da Constituição Federal de 1988’ e partiu do problema ‘Quais as principais consequências negativas do uso indistinto da prisão preventiva pelos tribunais nacionais?’. A necessidade do estudo do tema proposto é percebido diante dos números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com relação a quantidade de presos preventivos no Brasil, buscando por meio deste estudo disseminar a reflexão acerca das consequências e o uso adequado dessa medida cautelar restritiva de liberdade. A metodologia utilizada foi o método indutivo, com uma abordagem qualitativa e realizada através de livros acadêmicos, periódicos, internet e jurisprudências, sendo Aury Lopes Junior, Paulo Rangel Rômulo de Andrade Moreira e José Afonso da Silva alguns dos principais doutrinadores. Este trabalho teve por objetivo geral o estudo da realidade carcerária nacional sob o enfoque da prisão preventiva e sua natureza de acordo com o preceituado na Constituição Federal de 1988 e como objetivos específicos estudar qual a natureza e finalidade da prisão preventiva no ordenamento jurídico interno e analisar os dados numéricos disponibilizados pelo CNJ e outros Órgãos e/ou Organizações não Governamentais (ONGs) da realidade nacional em termos de números de presos provisórios, sem que com isso se esgote o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal, Direito Constitucional, Prisão preventiva, Requisitos legais da prisão preventiva.

1. A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL COM BASE NAS LEIS PROCESSUAIS EM VIGOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes de tudo, cabe expor que o estudo acerca da prisão preventiva no Brasil será feito tendo como pontos de partida as determinações legais vigentes e sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

1. Graduada em Direito pela UNIRB/Campus Alagoinhas-BA e pós-graduanda em Ciências Criminais pela Faculdade Guanambi-BA.
2. Graduado em direito pela UNIT-SE, pós-graduado em Ciências Criminais pela UFBA e pós-graduando em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi-BA.

Neste aspecto, e no que tange ao determinado pelo Código de Processo Penal de 1941, cumpre trazer à baila que, em seu nascedouro, tratou desta medida cautelar em seu Capítulo III, artigo 311, estabelecendo:

Art. 311- Em qualquer fase do Inquérito Policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência d crime e indícios suficientes da autoria (BRASIL, 1941).

Contudo sua redação foi modificada pela Lei 5.349 de 03.11.1967 e passou a ser assim delimitada:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial (BRASIL, 1967b).

E com o advento da Lei 12.403/2011 passou a ter a seguinte redação:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL, 2011a).

As mudanças do texto legal possibilitaram que a prisão preventiva pudesse tomar contornos que refletissem o sistema acusatório, bem como os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 (notadamente, promulgada anos após a publicação do Código de Processo Penal).

Para expor acerca da finalidade dessa modalidade de prisão necessário se faz um breve estudo fora do âmbito puramente nacional e legislativo, ante as várias modificações sofridas.

A autora do artigo científico intitulado de ‘Evolução histórica da prisão preventiva e prisão em flagrante no Brasil’, Michelle Cristina Farias, informa que “tal medida cautelar sofreu muitas mudanças quanto a sua finalidade e dividiu por períodos, tais como a Antiguidade e a Idade Média” (FARIAS, 2014)

Na primeira, Antiguidade, essa modalidade de prisão era verificada como forma garantidora da execução da pena (pena corporal e não restritiva de liberdade), contudo, havia a excepcionalidade do uso de tal medida.

Na Idade Média também possuía o objetivo resguardar a aplicação da pena, acrescentando-se a finalidade de colocar o indiciado a disposição da autoridade competente com o fito realizar atos previstos em lei. Ademais,

nessa época foi utilizada de modo mais costumeiro e principalmente, não mais possuía o caráter de excepcionalidade.

[...] Portanto na Antiguidade a prisão era utilizada tão somente em caráter acautelatório, visando ou garantir a execução da pena, ou a execução da dívida [...] (FARIAS, 2014).

E mais:

[...] Já na Idade Média, período que prevaleceu o sistema inquisitorial como sistema processual penal, a prisão passou a ser empregada com maior frequência e sem os critérios de excepcionalidade e substituição anteriores, e tinha o propósito de permitir ao inquisidor ter o acusado à sua disposição para os fins determinados pelo sistema. A cautelaridade deixou de ser observada e a prisão denominada preventiva tinha de fato o caráter aflagitivo, como meio de tortura e obtenção de confissões forjadas (FARIAS, 2014).

Mozart Linhares da Silva, na obra Michel Foucault e a Genealogia da Exclusão/Inclusão: O Caso da Prisão Na Modernidade, às fls. 53 expôs que:

[...] A prisão, se exclui o indivíduo desviante do corpo social, é, na realidade, para incluir sua conduta na normalidade. Trata-se, de uma exclusão social para promover uma inclusão cultural. Segundo FOUCAULT, “trata-se de uma inclusão por exclusão.” (SILVA, 2005, p. 53).

Para o autor a prisão de um indivíduo que atuou fora dos padrões da normalidade servirá como meio para reconduzir este indivíduo a uma atuação dentro da normalidade social, seria assim, um mal necessário.

De sorte que retira o agente do convívio social diante de sua conduta inadequada/ lesiva (mal necessário) para levá-lo a uma inclusão cultura (bem almejado), uma espécie de ressocialização.

E com o mesmo entendimento, na obra “Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas” o autor Rogério Schiatti Machado Cruz assinala que:

[...] Desse modo, no período medieval deixou a prisão de ter um rosto cautelar, passando a servir como meio para, mantendo preso o acusado, submetê-lo a torturas, voltadas para alcançar a confissão. Além disso, servia a prisão, na jurisdição canônica, como meio aflagitivo, uma condição necessária para que o réu pudesse, no isolamento do cárcere, julgar-se a si mesmo, arrepender-se do delito e livrar-se da culpa por haver violado a ordem divina (PISAPIA, 1979, p. 245 apud CRUZ, 2011^a).

Ambos autores ainda asseveram que apenas poderia lançar mão da prisão preventiva em casos graves e que sua duração não fosse extensa:

[...] Em meados do século seguinte, principalmente por vezes elevadas como

a de CARRARA (1978, p. 226), passou-se a admitir que a prisão cautelar tinha finalidades voltadas à salvaguarda da justiça (para impedir a fuga do acusado), da verdade (para impedir que se percam ou se danifiquem as provas) e da defesa pública (para impedir que certos acusados continuem seus ataques ao direito alheio). Ainda assim, enfatizava o mestre italiano a necessidade de que a prisão cautelar somente fosse usada para crimes graves, de forma brevíssima, proclamando mesmo ser o encarceramento preventivo uma “injustiça necessária” (apud CRUZ, 2011b).

Assim, a prisão preventiva que antes era utilizada para resguardar o acusado até uma decisão final e uma possível aplicação da pena (penas corpóreas como a de morte), passou a ser utilizada como forma de assegurar a justiça, principalmente por passar a prisão a ter caráter de pena e não apenas um meio de assegurar sua aplicação (da pena).

A pena de prisão, até então subutilizada, passa a ocupar lugar central na prática penal em meados do século XIX. Tal mudança nada mais é do que reflexo de alterações substanciais ocorridas na sociedade europeia do século dezenove, quando passou a existir, no cenário judicial, um interesse cada vez maior pelo indivíduo criminoso em detrimento de fatos concretos por ele praticados. Mencionem-se, como exemplo, as reformas da legislação penal na França e demais países europeus entre 1825 e 1850/60, que implementaram as circunstâncias atenuantes, permitindo ao juiz ou ao júri a mitigação do rigor legal de acordo como indivíduo em julgamento (FOUCAULT, 2002, p.84 apud SILVA, 2009, p. 112 e 114).

E diante do caráter da prisão como pena e, ainda tendo em vista que a prisão preventiva se adotada sem critérios pode deturpar-se a ponto de se travestir de pena antecipada, analisando ainda o direito do cidadão de não ser tratado como se culpado fosse antes de haver um *égide* condenatório transitado em julgado em desfavor, Beccaria assinalou que:

Um homem não pode ser chamado de *culpado* antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que confere ao juiz o poder de aplicar um pena a um cidadão, enquanto perdure a dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? (BECCARIA, 1764, p. 69 apud BECCARIA 2005).

Desse modo, resta claro que ao logo da história a prisão preventiva sofreu muitas mudanças, não apenas no que tange ao seu cabimento (Constituições e legislações), mas também na sua função, que teve suas concepções evoluindo juntamente com as sociedades.

2. OS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal de 1941 que teve como fonte maior a Carta Política de 1824 – Constituição Imperial – estabelecia a prisão preventiva como exceção, sendo admitida apenas quando houvesse prova da existência do crime; indícios de autoria delitiva; nos crimes em que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos; poderia ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal quando observados os casos dos incisos I, II e III; exigia-se ainda a fundamentação do despacho que decretasse ou denegasse a prisão preventiva e admitia a revogação da prisão (Artigos 311, 312, 313, 315 e 316 do Decreto Lei 3.689 de 1941).

Com o advento da Lei nº 5.349 de 03.11.1967, o art. 311 do Código de Processo Penal de 1941 foi reformado passando a constar no art. 312 do mesmo diploma os seus requisitos.

A possibilidade de decretação da prisão preventiva como forma de garantir a ordem econômica foi incluída pela lei nº 8.884 de 1994 (BRASIL, 1994).

A lei nº 12.403/11 manteve o art. 312, porém modificou o tempo em que será possível a decretação da prisão preventiva para “investigação policial ou do processo penal”, adicionando também a possibilidade da decretação a requerimento da autoridade policial.

Referida Lei ainda modificou a redação dos artigos que tratam das prisões, adicionando um leque de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) assim como, modificou artigos da Disposição Geral do Capítulo I do CPP, procedeu a inclusão de artigos, parágrafos e incisos.

De modo que a nova Lei (12.403/11) aproximou o Código de Processo Penal, ao menos que concerne à Prisão, medida cautelar e liberdade provisória, da Constituição Federal de 1988 e dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos adotados pelo Brasil.

Declaração Universal dos Direitos do Homem- 1948, Paris- arts. 3º, 9º, 11§1º e 13. Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos- 1969, São José da Costa Rica – art.7º, §1º ao 4º e art. 8º, §2º (LITRENTO, 1978, p. 229 e 300/ 309 e 310).

Ainda em decorrência da Lei 12.403/11, a Legislação processual penal em vigência estabelece que a prisão preventiva apenas poderá ser decretada

quando nenhuma outra medida cautelar se mostrar suficiente e/ou adequada (Art. 282, §6º do CPP).

E no que tange a conceituação de medida cautelar no Processo Penal Pátrio, Paulo Rangel *mui* sabiamente assegura que:

A medida cautelar tutela o processo e não o direito material discutido neste processo. O direito material é o objeto do processo de conhecimento. A medida cautelar é objeto do processo cautelar. Portanto, a medida cautelar serve de instrumento para se atingir o fim colimado pelo processo de conhecimento, qual seja; a solução do caso penal (RANGEL, 2007, p.583).

Diante do fato de que a medida cautelar tutela o processo, outro não poderia ser o entendimento quanto a prisão preventiva, assim, o que se almeja é a proteção do processo, não possuindo qualquer finalidade quanto a antecipação de pena contra aquele que estiver ou vier a ser encarcerado preventivamente. Posicionamento adotado também pelo STF.

Como se sabe, a prisão cautelar- ***que não se confunde*** com a prisão penal (“*carcer ad poenam*”) – ***não objetiva infligir punição*** à pessoa ***que sofre*** sua decretação. ***Não traduz*** a prisão cautelar, em face ***da estrita*** finalidade a que se destina, ***qualquer ideia de sanção***. ***Constitui***, ao contrário, ***instrumento*** destinado a atuar “***em benefício da atividade desenvolvida no processo penal***” (BASILEU GARCIA “***Comentários ao Código de Processo Penal***”, vol. III/7, item n.1,1945, Forense), ***tal como esta Suprema Corte tem proclamado***. (Grifos do autor) (BRASIL, 2013a).

Conforme expôs com muita precisão a Ministra Carmen Lúcia na decisão do HC 118580 MC/SP que teve seu trecho acima transcrito, a Suprema Corte do Brasil já assentou entendimento acerca da finalidade da prisão preventiva, sendo esta de garantir o processo, acentuando a imprestabilidade desta prisão como meio de impor ao investigado / acusado o cumprimento de sanção penal.

A diferenciação entre prisão penal e prisão processual é notoriamente visualizada na decisão supra do STF. Permitindo assim impor a prisão preventiva sem ferir o postulado constitucional da presunção de inocência, mas também de resguardar o direito de não ser punido sem o devido processo penal.

Em relação ao momento de sua decretação, o Código de Processo Penal pátrio traz no art. 311 que “em qualquer fase da investigação ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, [...]” (BRASIL, 1941).

O texto de lei é extremamente claro quanto ao momento em que poderá ser decretada a prisão preventiva, sendo eles o curso da investigação policial e/

ou do processo penal, isto exclui a fase de Execução penal.

Neste ponto cabe destacar que, muito embora o Supremo Tribunal Federal, no HC 126292, tenha decidido pela possibilidade do início da Execução Penal após decisão da segunda Instância ainda que pendente de /os recursos as instâncias extraordinárias, tal decisão não modificou o conceito e cabimento da prisão preventiva.

Cabendo assim expor que, as discursões e análises de todos os aspectos relacionados a referida decisão, precisam e merecem serem feitas em trabalho próprio e oportuno diante de sua complexidade. Assegurando ainda que até mesmo os debates acerca da própria natureza desta prisão (após o julgamento de recurso pela Segunda instância, sem que os autos tenham alcançado seu trânsito em julgado) exigem trabalho específico para suas exposições, não sendo este o enfoque do presente artigo.

A segunda parte do art. 311 do CPP expressa como poderá ser decretada a prisão preventiva se de ofício e/ou a requerimento e, quem poderá requerer, *in verbis*:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação ou do processo penal, ***caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial***. (Grifos nossos) (BRASIL, 1941).

Ocorre que, muito embora não seja possível a decretação da prisão preventiva pelo magistrado de ofício antes da ação penal, há que se observar a exceção consistente no art. 310 do CPP, quando traz os possíveis atos a ser praticados pelo juiz no momento da análise da prisão em flagrante. Já quanto aos legitimados para a requerer, este é um rol taxativo, observando-se sempre a classificação da Ação Penal, para assim aferir qual a legitimidade para promovê-la.

Diante da excepcionalidade da prisão preventiva, bem como de sua natureza (prisão processual) sua decretação precede a presença de dois requisitos, qual seja o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, (prova da materialidade do delito e o perigo que o indivíduo representa em liberdade naquele momento da investigação ou do processo, respectivamente).

Como a prisão provisória tem natureza jurídica de medida cautelar restritiva de liberdade, impende demonstrar que os requisitos de cautelaridade- *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*- devem estar sempre presentes, de modo a fundamentar a restrição excepcional de liberdade. Sim, excepcional, pois

a regra é a liberdade, e não o encarceramento. (SANTIAGO, 2008, p. 182)

Ambos requisitos são impostos pelo art. 312 do CPP e extraídos a partir da análise das provas expostas nos autos processuais ou nos elementos de convicção produzidos nas investigações.

Aury Lopes Junior com muita propriedade leciona sobre os supramencionados requisitos conceituando-os:

O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto (LOPES JR., 2013, p. 88/89).

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis* (LOPES JR., 2013, p. 96).

Observada a presença de tais requisitos, passar-se- a analisar se no caso em concreto caberá a decretação da prisão preventiva, mas agora sob o olhar da sua fundamentação.

Quanto a fundamentação do decreto da prisão preventiva o artigo 312 do CPP os listou, resalte-se, rol taxativo e não exemplificativo, e são eles: Garantia da Ordem Pública; Garantia da Ordem econômica; por conveniência da instrução penal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Dentre os fundamentos, o que desperta maior controvérsia acerca de sua aplicação, extensão e utilidade é a Garantia da Ordem Pública. A ausência de um conceito tanto na doutrina, como na lei e jurisprudência permite o crescimento de tal divergência.

Para Rômulo de Andrade Moreira essa fundamentação é imprópria para a decretação da prisão preventiva, vejamos:

Lamentavelmente continuamos a ter como um dos requisitos para a decretação da prisão preventiva a “garantia da ordem pública”, conceito por demais genérico e exatamente por isso, impróprio para autorizar uma custódia que, como se sabe, somente se justifica no processo penal como um provimento de natureza cautelar (presentes o **fumus commissi delicti** e o **periculum libertatis**) [...] (MOREIRA, 2011, p. 160).

O entendimento do autor Rômulo Andrade Moreira é pela impropriedade dessa fundamentação justamente pela vagueza que ele (fundamento da

garantia da ordem pública) comporta.

Tourinho Filho *in* Manual de Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 614-615, munido com toda maestria leciona acerca de ordem pública.

Ordem pública é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, à luz da Constituição, prisão provisória. ‘Comoção social’, ‘periculosidade do réu’, ‘crime perverso’, ‘insensibilidade moral’, ‘os espalhafatos da mídia’, ‘reiteradas divulgações pela rádio e pela televisão’, ‘credibilidade da justiça’, ‘idiosincrasia do juiz por este ou aquele crime’, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se a expressão genérica ‘ordem pública’. E como sabe o juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode concretizar a ‘perturbação à ordem pública’, sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiro ‘sismógrafo’, mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de garantir a ordem pública, sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade (FILHO, 2006, p. 614 e 615).

A utilização deste fundamento torna-se mais fácil, nitidamente, por sua indeterminação. A ausência de um conceito, justamente, em uma área na qual o Estado age diretamente no direito de ir e vir do cidadão sem dúvidas permite tamanhas críticas.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir no HC 96.212 RJ expôs a compreensão da Suprema Corte acerca da garantia da ordem pública.

HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NECESSIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO PREVENTIVA EMBASADA NA CONTEXTURA FACTUAL DOS AUTOS. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO NA PRÁTICA DELITUOSA. ACAUTELAMENTO DO MEIO SOCIAL. ORDEM DENEGADA. 1. O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de

tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem da cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não é incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. (...) 5. Em suma, sempre que a maneira da perpetração do delito revelar de pronto a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto prisional a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública. Precedentes: HCs 93.012 e 90.413, da relatoria dos ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, respectivamente. (...) (BRASIL, 2010)

Da decisão supra, vemos que para o STF a Ordem Pública é um bem jurídico e que diante de sua violação caberá sim a decretação da prisão preventiva. Contudo esclareceu que essa “violação” é caracterizada pela incomum gravidade do *modus operandi* da prática do delito e não da gravidade do delito em apuração.

Nesse contexto, como a natureza da prisão preventiva é de acautelar o processo e, sendo a ordem pública de interesse de cunho coletivo, estariam desassociadas.

Passando adiante no estudo, estão os artigos 313 e 314 do Código de Processo Penal.

O artigo 313 cuida das possibilidades de admissão ao decreto preventivo, havendo uma legal necessidade de cumulação entre os requisitos do art. 312 do CPP com os requisitos taxativos deste (art.313 do CPP), não sendo suficiente a observância apenas de parte deles.

O Inciso I do art. 313 do CPP estabelece dois requisitos extremamente importantes e limitadores do uso da prisão preventiva. Tais requisitos são:

Primeiro requisito: Crimes dolosos – de modo que nos delitos que esteja demonstrada a culpa ou que o próprio tipo penal os admite apenas na modalidade culposa (como é o caso da grandiosa maioria dos delitos de trânsito) não poderá ser decretada a preventiva do indiciado/ acusado.

Segundo requisito: Crimes com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro anos) – nos delitos cuja pena seja máxima seja menor ou igual a 04 (quatro) anos não caberá a prisão preventiva:

Não basta, para efeito de decretação da prisão preventiva, a ocorrência dos permissivos que a autorizam e que já foram objeto de comentários (art. 312). Há de se verificar também a ocorrência dos requisitos alinhados no comando normativo que está sendo alvo de considerações doutrinárias. Pelos dizeres normativos do precitado regramento legal, será admitida a imposição dessa medida cautelar que restringe a liberdade física do indivíduo “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos” (MOSSIN, 2012, p. 729).

Cumpra frisar que tais requisitos são cumulativos, ou seja, ambos devem estar presentes no caso concreto para que a prisão preventiva seja decretada, na ausência de algum deles, torna-se inadmissível.

Os incisos II e III, assim como o parágrafo único elencam situações especiais e específicas em que a prisão preventiva também será admitida.

No inciso II o legislador especificou o caso em que o indiciado ou acusado poderá ter sua prisão preventiva decretada se observada a reincidência. Contudo a sentença, necessariamente, precisa ter transitado em julgado e o delito ao qual tenha sido condenado seja doloso.

O inciso III determina que se o -crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência-, nesta primeira parte percebemos que foram listadas não condições relacionadas ao agente a quem se está imputando a autoria do delito, mas sim, características das supostas vítimas, para a admissão do decreto preventivo.

Conforme exposto pelo doutrinador supramencionado, a nova redação do art. 313 do CPP, no seu inciso III estendeu a possibilidade de decretação da prisão preventiva dos crimes de violência familiar contra a mulher, que já era prevista na Lei Maria da Penha, agora também para crianças, idosos, deficientes, adolescentes e/ ou enfermos.

Já o parágrafo único admite a prisão preventiva em casos no qual houver dúvidas acerca da identidade civil do indivíduo ou quando por este não for fornecido elementos suficientes para esclarecê-la.

Isto significa que a prisão preventiva do art. 313, parágrafo único não está relacionada *diretamente* com a presença com a presença dos fundamentos do art. 312 do CPP, vinculando-se apenas *indiretamente* a estes pressupostos, muito especialmente à garantia da ordem pública e à aplicação da lei penal. Por que *indiretamente*? Porque a individualização do agente constitui formalidade essencial na denúncia e da queixa- crime (art. 41 do CPP), importando sua ausência na inépcia da peça e, conseqüentemente, em nulidade

do processo criminal (art. 564, IV, do CPP), que é o instrumento utilizado pelo Estado para realizar o poder dever de punir (ANEVA, 2012, p. 945).

Importante destacar que assim que a identificação civil for esclarecida o preso preventivo será imediatamente posto em liberdade, havendo uma exceção, que será no caso em que for verificada a manutenção do cárcere por outra razão.

Outra situação na qual é admitida a decretação da prisão preventiva está no parágrafo único do art. 312 do CPP que diz:

Art. 312. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º) (BRASIL, 1941).

Assim, em caso de descumprimento de obrigações decorrentes de outras medidas cautelares esta medida cautelar restritiva de liberdade poderá ser decretada. Porém, cabe ressaltar que sua decretação nesta hipótese não é automática.

Enquanto o artigo 313 do CPP tratou das situações e requisitos para a admissibilidade do decreto preventivo, o art. 314 do mesmo diploma legal estabeleceu uma extrema situação na qual de modo algum, essa medida poderá ser decretada.

art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, 2011a).

A exceção prevista neste artigo referiu-se as situações em que o agente pratica o delito, contudo é observado que as circunstâncias do delito expõem que a ação foi realizada sob alguma das excludentes de ilicitude.

3. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA PRISÃO PREVENTIVA

Insta ainda trazer à baila os princípios que direcionam a medida cautelar restritiva de liberdade (Prisão Preventiva).

Conforme outrora exposto, a prisão preventiva é medida cautelar e diante do bem jurídico afastado com a sua decretação, a observância dos princípios constitucionais e processuais penais é impositivo.

Dentre os princípios gerais estão aqueles que podem ser entendidos como específicos da prisão preventiva, e são eles: Princípio da proporcionalidade;

jurisdicionalidade; Princípio da Presunção de Inocência (Não Culpabilidade); Princípio do Devido Processo Legal; Princípio da Excepcionalidade; Princípio da Provisionalidade ou precariedade; Princípio da Provisoriedade, Princípio da Fundamentação das Decisões e da Dignidade da Pessoa Humana.

4. DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do inimigo teve como patriarca o alemão Gunther Jakobs. Esta doutrina estabelece que a lei deverá ser mais rigorosa para certas pessoas, pois que entendidas como inimigas do Estado, de modo a evitar a reiteração delitiva.

No Direito Penal do Inimigo, a pena assume um contorno ainda mais intimidativo, que é retribuição pelo crime praticado pelo autor. Aqui, o que se observa, é a inocuidade do indivíduo, uma série de medidas para torná-lo incapaz de cometer novos crimes. (...) (VALE, 2011, p. 173).

A fim de imobilizar o “inimigo” quanto à reiteração delitiva Jakobs entendia que o Estado poderia adotar uma série de medidas. Entre essas medidas estava a não aplicação de princípios, garantias e direitos a aquele que estiver sofrendo a perseguição penal.

Neste ‘Direito penal do inimigo’, segundo Jakobs, o Estado para lutar eficazmente contra o inimigo passa a impor penas desproporcionais e draconianas, apenas conutas em si mesmas inócuas ou muito aleijadas de ser uma ameaça ou perigo para um bem jurídico e, o que todavia é mais grave, a eliminar ou a reduzir a um mínimo as garantias e direitos do acusado no processo penal (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 463).

Notoriamente o “Direito Penal do Inimigo” retira do agente investigado Direitos e Garantias processuais que são inerentes ao estado democrático de direito, representando um retrocesso ao tempo da barbárie e da desvalorização do ser humano.

Afastando referido preceito, Luigi Ferrajoli (um dos precursores) desenvolveu o princípio do minimalismo penal, o qual defende a Intervenção Mínima do Estado, o qual segundo Costa Advocacia e Consultoria Jurídica em artigo publicado no canal Jusbrasil, aduz:

O princípio da intervenção mínima representa o minimalismo penal, subdividindo-se em dois postulados específicos: fragmentariedade e subsidiariedade. Pela fragmentariedade somente bens jurídicos relevantes merecem a tutela penal, rechaçando-se apenas os ataques realmente intoleráveis. Ao passo que pela subsidiariedade o Direito penal se revela a ultima *ratio*, intervindo apenas

quando outros ramos da ciência jurídica não conseguirem a paz social, fato que levou o legislador a revogar o crime de adultério (COSTA ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA, 2015).

Princípio este que fora adotado pelo ordenamento jurídico interno como regulador da relação Estado-Cidadão no âmbito do poder punitivo estatal, conforme posicionamento do CNJ.

II. Subsidiariedade e intervenção penal mínima: É preciso limitar a intervenção penal ao mínimo e garantir que o uso da prisão seja recurso residual junto ao sistema penal, privilegiando outras respostas aos problemas e conflitos sociais. As intervenções penais devem se ater às mais graves violações aos direitos humanos e se restringir ao mínimo necessário para fazer cessar a violação, considerando os custos sociais envolvidos na aplicação da prisão provisória ou de medidas cautelares que imponham restrições à liberdade (CNJ, 2015).

Dessa forma, a prisão será usada de modo residual, quando nenhuma outra medida se afigurar suficiente e desde que estejam presentes os requisitos legais.

5. DA REALIDADE FÁTICA QUANTO À UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELOS NOSSOS TRIBUNAIS

Muito embora uma das características basilares da prisão preventiva no ordenamento jurídico interno seja a Excepcionalidade atrelada à proporcionalidade da medida ao caso concreto, havendo ainda medidas cautelares diversas da prisão disponibilizada ao magistrado como forma de manter o agente sob os olhares atentos e vigilantes do judiciário sem que para isso precise estar encarcerado (art. 282 e 319 do CPP), há um elevado número de presos provisórios.

Como forma de nacionalizar os números, vejamos alguns dados encontrados na pesquisa feita pelo Departamento Nacional Penitenciário que teve como referência o ano de 2014:

No Brasil, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação. Significa dizer que quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados. A figura 10 mostra que, entre as Unidades da Federação, a variância dessa taxa é ampla: enquanto apenas 16% das pessoas privadas de liberdade em Roraima são presos provisórios, em Sergipe 7 em cada 10 presos encontram-se nessa situação. Além deste estado, outras sete Unidades da Federação têm uma quantidade maior de presos provisórios do que condenados: Maranhão, Bahia, Piauí, Pernambuco, Amazonas, Minas Gerais e Mato Grosso. (DEPEN, 2014, p. 21).

O elevado número de pessoas presas no Brasil é extremamente preocupante, ainda mais quando a população carcerária preventiva se assemelha -em números- a de presos definitivos.

No cenário atual, a prisão continua sendo a principal medida adotada pelo judiciário, expondo a cultura do encarceramento e a não aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, as quais se mostram menos gravosas ao suposto agente e ao próprio sistema penitenciário.

Rotina que, conforme entendimento de Vinicius Gomes de Vasconcelos, precisa ser modificada.

O modelo de penas alternativas não pode reproduzir a cultura encarceradora e inquisitória, não pode simplesmente criar um sistema adicional e apenso, mas sim concretizar medidas que sejam efetivamente alternativas, de modo a acarretar uma real redução do poder punitivo estatal e das taxas de cidadãos aprisionados. Infelizmente, percebe-se que a reforma no Código Penal não cumpriu tal árdua missão. Romper com a cultura do campo criminal é tarefa complexa por requerer a essencial mudança de postura dos atores. (VASCONCELLOS, 2013)

Não obstante o quantitativo de presos provisórios, em pesquisa realizada pelo Instituto Sou da Paz (2015), essa realidade jurídica ganhou contornos ainda mais preocupantes.

Fora exposto que mais de 54% dos presos preventivos do ano de 2013 do Estado do Rio de Janeiro, foram mantidos encarcerados indevidamente, seja por terem obtido sentença penal absolutória, bem como terem seus processos arquivados, realizado acordo judicial, e ainda, quando condenados, impostas penas em regimes mais benéficos (semiaberto ou aberto), ou convertidas as penas restritivas de liberdade em restritivas de direito.

Em 2013 na cidade do rio de janeiro, **7.734 pessoas** foram presas e mantidas na prisão, em media por mais de **101 dias** antes do julgamento.

Essas prisões custaram aproximadamente **R\$45 milhões** ao contribuinte.

Com esse dinheiro, daria pra manter por um ano **9,9mil alunos do ensino básico**, construir **76 postos de saúde** ou construir **873 casas populares**.

QUANDO JULGADOS

4.211 (54,4%) ESTIVERAM PRESOS INDEVIDAMENTE. Absolvidos: 772

Processos arquivados: 294

Acordos com a justiça: 814

Penas alternativas e regime aberto: 1.273 Prisão em regime semi aberto: 1.058

1.437 (18,6%) Condenados ao regime fechado

1.610 (20,8%) AINDA AGUARDAM JULGAMENTO

Aguardam presos: 171 Aguardam em liberdade: 1.439 **476 (6,2%) OUTROS** (Com grifos nossos) (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2015).

Números que nos reafirmam a necessidade de repensar a realidade do cenário carcerário nacional.

6. CONCLUSÃO

Conforme visto neste trabalho, a liberdade é um direito constitucionalmente garantido, tendo como exceção as situações esculpidas no próprio texto constitucional (Art. 5º, LXI da CRFB de 1988).

O legislador infraconstitucional especificou nos arts. 311 à 316 do Código de Processo Penal as diretrizes a serem observadas quando da análise das circunstâncias fáticas para a imposição ou não do decreto preventivo.

Das pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, DEPEN e o Instituto Sou da Paz extrai-se que os números de presos provisórios no Brasil são elevadíssimos, o que demonstra que muito embora um conhecimento teórico quanto aos requisitos e natureza da prisão preventiva, este conhecimento tem sido afastado pelos tribunais nacionais ao adotar referida medida de modo indistinto, o que tem contribuído para o aumento da população carcerária provisória e excesso na Execução Penal por parte do Estado.

A prisão preventiva apenas deve ser adotada quando nenhuma outra medida cautelar se afigurar suficiente (art. 282, § 6º do CPP) e nunca quando essa medida se mostrar desproporcional quanto a pena concreta do crime imputado.

Dos dados acima transcritos há a plena demonstração de que a prisões preventivas, objetos do presente artigo, em sua maioria não condisseram com a realidade processual do caso concreto, sendo a medida desproporcional, desarrazoada e a margem dos requisitos insculpidos em lei.

REFERÊNCIAS

AVENA, N. C. P. **Processo Penal; esquematizado**. 4.ªed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das Penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessando Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 2005.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 13 out.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1967a. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jan.1967 Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei Nº 5.349, de 3 de novembro de 1967. Dá nova redação ao Capítulo III do Título IX do Código de Processo Penal. 1967b. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 nov.1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5349.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 out.1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei Nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jun.1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 96212 RJ, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 16/06/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-145 DIVULG 05- 08-2010 PUBLIC 06-08-2010 Ement Vol-02409-03. 2010.

BRASIL. Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 mai. 2011. 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 179432 MG 2010/0129575-5; Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; Julgamento: 15.03.2011, T5-Quinta Turma; Publicação: DJe 04/04/2011). 2011b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus: HC 118580 MC/SP- Relatora: Min. Cármen Lúcia; Julgamento: 09/07/2013; Publicação: DJe-148 DIVULG 31/07/2013 PUBLIC 01/08/2013) 2013ª.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo I – **Procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/a813126f195a9f1041b853290857e635>

.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2016.

COSTA ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA. Direito penal contemporâneo: Garantismo Penal como alternativa ao Direito Penal Do Inimigo. **Canal Jusbrasil**. Disponível em: <<http://costa-advocacia.jusbrasil.com.br/artigos/113687087/direito-penal-contemporaneo-garantismo-penal-como-al>

ternativa-ao-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 16 mar. 2016.

CRUZ, R. S. M. **Prisão cautelar; Dramas, princípios e alternativas**. 2011a. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/livros/livro2/finalidade.html>. Acesso em: 13 dez. 2016.

CRUZ, R. S. M. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 2011b. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/livros/livro2/capituloIII>.html Acesso em: 13 dez. 2016.

DELMANTO JUNIOR, R. Do iluminismo ao “direito penal” do inimigo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.97, n.869, p.463, mar. 2008.

DEPARTAMENTO NACIONAL PENITENCIÁRIO. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias**. INFOPEN – junho de 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portal-dab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2016

FARIAS, M. C. **Evolução histórica da prisão preventiva e prisão em flagrante no Brasil**. 2014. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3294>. Acesso em: 01 out. 2015.

FILHO, T. **Manual de processo penal**, São Paulo, Saraiva, 2006.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Presos Provisórios, danos permanentes**. Disponível em <http://danos-permanentes.org/index.html>. Acesso em: 01 out. 2015.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Presos Provisórios, danos permanentes**. Disponível em http://danos-permanentes.org/index.html . Acesso em: 01 out. 2015.

LITRENTO, O. **Direito Internacional Público em textos. Principais Tratados e Convenções. Direito Série Prática**. Editora Rio. Biblioteca do Fórum Ruy Barbosa, Salvador-BA. 1978.

LOPES JR. A. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., A.; PAIVA, C. Audiência de custódia e a imediata apresentação do peso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre: Magister, v.10, n.60, jun./jul. 2014.

MOREIRA, R. A. A prisão processual, a fiança a liberdade provisória e as demais medidas cautelares: comentários à lei nº 12.403/11. **Ciência Jurídica**, Salvador: Ciência Jurídica, v.25, n.160, pag. 147, jul./ago.2011.

MOSSIN, H. A. **Comentários ao Código de Processo Penal: à luz da doutrina e da jurisprudência**. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal. 13ª Edição, rev. ampl. e atual. de acordo com: Lei nº 11.449/07- Defensoria Pública Lei nº 11.464/07- Crimes Hediondos**; Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.

SANTIAGO, N. E. A. Prisão Preventiva, duração razoável do processo e reparação por danos morais e materiais. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Notadez, v.8, n. 31, pág. 182, out./dez., 2008.

SILVA, J. C. C. Capitalismo, punição e prisão- interfaces possíveis sob a ótica Foucaultiana. **Revista de Estudos Criminais** 32, Jan./Mar. 2009.

SILVA, M. L. Michel Foucault e a Genealogia da Exclusão/Inclusão: O Caso da Prisão Na Modernidade. **Revista de Estudos Criminais**. 17. Doutrina nacional. 2005.

VASCONCELLOS, V. G. A inserção de Medidas Cautelares Diversas no Sistema Processual Penal Brasileiro: entre a Expansão do Controle Punitivo e a Sua Limitação; **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Notadez, v.11, n.51, out./dez. 2013.

VALE, I. P. O direito penal do inimigo; fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.100, n.909, jul. 2011.

DA APLICABILIDADE DO NOVEL ARTIGO 489, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AOS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS

THE APPLICABILITY OF THE NOVEL ARTICLE 489, §1 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE TO CRIMINAL PROCEEDINGS

Fábio Agne Fayet

Roberta Eggert Poll

RESUMO: Em data de 18 de março de 2016 entrou em vigor a nova legislação processual civil brasileira, denominada de “O Novo Código de Processo Civil”, estabelecendo novas regras de instrumentalização processual. Dentro desta seara, na busca da concretização de direitos já consolidados por nossa Magna Carta e também por Tratados Internacionais de Direitos Humanos cujo Brasil faz parte, inseriu-se alguns dispositivos, nem tão novos, acerca da imperiosa necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Para além da discussão acerca da aplicabilidade ou não das regras processuais civis aos procedimentos e processos criminais, seja mediante regra de aplicação analógica, seja mediante interpretação extensiva, consoante disposto no artigo 3º, do Código de Processo Penal, o artigo analisará a aplicação do novel artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, aos processos de natureza penal. Assim, primeiramente se procurará inserir o leitor dentro da seara de fundamentabilidade das decisões, perpassando-se pela análise dos requisitos estruturais da sentença (extrínsecos/intrínsecos), a fim de se estabelecer um panorama estrutural mínimo para finalmente estudar com acuro a obrigatoriedade de motivação de todas as decisões judiciais e aplicação prática do já citado dispositivo civil. Isto porque, é preciso discutir em nível de maior seriedade as principais questões causadas pela ausência de motivação no processo penal, a fim de se resguardar princípios básicos do acusado, como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e principalmente a presunção de inocência, na medida em que não há algo mais grave do que a privação da liberdade de locomoção e o encarceramento de um cidadão. Desta forma, para atender aos princípios de fundamentação, bem como ao próprio novel artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil é preciso que os passos do raciocínio judicial para construção da decisão estejam perfeitamente identificados, para que as partes possam reconstruí-lo e assim alcancem os motivos do convencimento do julgador, garantindo-se, efetivamente, a concretização de todas as garantias do acusado bem como a própria garantia de fundamentação das decisões.

PALAVRAS CHAVE: Fundamentação; Novo Código de Processo Civil; Aplicação analógica; Sentença; Processo Penal.

ABSTRACT: On March 18, 2016, the new Brazilian civil procedural law, called “The New Code of Civil Procedure”, came into force, establishing new rules of procedural instrumentation. Within this area, in the quest for the realization of rights already consolidated

by our Magna Carta and also by the International Human Rights Treaties of which Brazil is a part, there have been some provisions, not so new, about the imperative need for justification of judicial decisions. In addition to the discussion about the applicability or non-applicability of civil procedural rules to criminal procedures and proceedings, either by analogous rule or by extensive interpretation, according to article 3 of the Code of Criminal Procedure, the article will analyze the application of the novel Article 489, paragraph 1, of the Code of Civil Procedure, to criminal proceedings. Thus, we will first try to insert the reader within the framework of the decision-making fundamentals, through the analysis of the structural requirements of the sentence (extrinsic/intrinsic), in order to establish a minimum structural overview to finally study with motivation the compulsory motivation of all judicial decisions and practical application of the aforementioned civil provisions. This is because it is necessary to discuss at a more serious level the main issues caused by the absence of motivation in the criminal process, in order to safeguard basic principles of the accused, such as due process, contradictory, ample defense and mainly presumption of innocence, since there is nothing more serious than the deprivation of freedom of movement and the imprisonment of a citizen. Thus, in order to comply with the principles of rationale, as well as with the very novel Article 489, §1, of the Code of Civil Procedure, it is necessary that the steps of the judicial reasoning for the construction of the decision are perfectly identified, so that the parties can rebuild it and thus reach the grounds of the conviction of the judge, effectively ensuring the realization of all the guarantees of the accused as well as the very guarantee of the grounds of the decisions.

KEYWORDS: Rationale; New Code of Civil Procedure; Analogical application; Sentence; Criminal Procedure.

1. INTRODUÇÃO

Piero Calamandrei costumava lembrar que o termo *sentença* deriva do latim, *sentire*, cujo significado seria *sentimento*. Com isso, o processualista italiano pretendia destacar que o trabalho do magistrado, ao prolatar decisões, é antes de tudo um trabalho de sensibilidade, em que o juiz, impreterivelmente, vai se valer dos recursos que lhe proporcionam os sentidos, a intuição, as emoções, os valores, a sua experiência de vida e visão de mundo. Nessa senda, ainda que os atos judiciais necessitem de neutralidade e objetividade, certo é que toda decisão, seja ela condenatória ou absolutória, será sempre um ato volitivo, humano e impregnado de subjetividade. Não obstante, justamente por lidar com atos do cotidiano é que o magistrado deverá ser o mais racional possível, procurando decidir com base na realidade dos autos e não por experiências ou sentidos próprios. Nessa seara é que se insere o princípio da motivação e/ou fundamentação das decisões judiciais, na medida em que é pela motivação judicial, que outras garantias constitucionais ou supraconstitucionais irão se realizar, sendo ele, nesta linha, indispensável tanto para o controle *inter partes* quando para o controle externo, feito pela sociedade.

A bem da verdade, o juiz deverá sempre decidir *secundum legem*, fixando o sentido da lei, através do *secundum sententia*. Desta forma, as sentenças devem exibir pelo menos três requisitos formais bem distintos, e todos eles estabelecidos pelo artigo 381 do Código de Processo Penal, quais sejam: o relatório, a motivação e o dispositivo. Muito embora o juiz deva ter plena liberdade e independência para interpretar a lei, os fatos e o esteio probatório deve, pela exigência da fundamentação, declinar sempre os motivos que o levaram a decidir num ou noutro sentido – fundamentar conforme os autos – . Deve, portanto, adotar um mecanismo de *asserção e razão*, pelo qual se asseveram suas conclusões a respeito da causa, ao mesmo tempo em que apontam as razões que o levaram a decidir. A fundamentação da sentença está prevista no artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, bem como na Convenção Americana de Direitos Humanos,¹ na medida em que somente se efetivará os direitos e liberdades previstos na Convenção diante da devida fundamentação das decisões. A lei adjetiva que a sentença deverá conter “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”. E a Magna Carta impõe que as decisões judiciais sejam sempre motivadas. Não obstante, verifica-se que os dispositivos supracitados atualmente não estão fazendo frente à realidade prática, na medida em que os Tribunais e juízes singulares continuam prolatando decisões ao alvedrio da lei e desprovidos de motivações. É dentro deste contexto processual que surge a figura do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, com o objetivo de ampliar o campo de incidência da norma, relembrando, novamente, que os magistrados devem fundamentar suas decisões. Notadamente, é preciso discutir em nível de maior seriedade as principais questões causadas pela aplicação dos institutos de processo civil na seara penal, a fim de se resguardar princípios básicos do acusado, como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e principalmente a presunção de inocência, na medida em que não há algo mais grave do que a privação da liberdade de locomoção e o encarceramento de um cidadão. Nesse sentido, o estudo mostra-se em consonância com o Direito Penal Contemporâneo, tal qual restará analisado no presente artigo.

1. “Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” (COSTA RICA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 19 de maio de 2017.)

2. ESTRUTURA BÁSICA E REQUISITOS ESSENCIAIS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA OU ABSOLUTÓRIA.

A principal razão para se proceder a uma sistematização dos pronunciamentos judiciais está na necessidade de organizar o sistema recursal e consolidar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, que apesar de não previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro é extraído de Tratados Internacionais, cujo Brasil fez aderência. Daí a legítima preocupação do legislador infraconstitucional de estabelecer conceitos para cada um dos tipos de pronunciamentos judiciais e a real necessidade de fundamentação deles.

Pois bem, para além de um estudo dogmático acerca das decisões, na medida em que o objeto de estudo do presente artigo é a fundamentação propriamente dita, podemos dizer que a sentença encerra um silogismo, isto é, um raciocínio formado de três proposições, em que a premissa maior é o texto legal, a premissa menor ou premissa fática, é o fato *sub judice* e, finalmente, a conclusão, que nada mais representa senão a subsunção do fato examinado à lei. Nessa senda, a partir do esteio probatório constante dos autos, e, subsidiariamente, dos elementos informativos colhidos na investigação preliminar, ao prolatar a sentença, procurará o juízo singular reconstruir, em um trabalho científico intelectual, a situação fática imputada ao acusado e, com base no direito aplicável, concluir pela absolvição ou condenação, julgando, assim, improcedente ou procede à pretensão punitiva deduzida em juízo pela exordial acusatória.²

Sem embargo, o artigo 381, do Código de Processo Penal³ estabelece os requisitos indispensáveis da sentença, que se subdividem em intrínsecos – relatório, fundamentação e dispositivo – e extrínsecos, os quais estão relacionados à autenticação da decisão. Tal estrutura serve de paradigma para toda e qualquer sentença prolatada, acrescentando, por óbvio, as razões de decidir do magistrado. Passamos à análise simplificada de cada um deles, na medida em que a fundamentação constitui objeto principal do presente artigo.

O relatório é um resumo da demanda. Nele, deve o juiz apontar os nomes das partes ou, quando não for possível, as indicações imprescindíveis

2. MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. *A correlação entre acusação e sentença nas ações penais condenatórias: a conformidade entre a lei processual penal e a constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.196.
3. “Art. 381, do Código de Processo Penal: A sentença conterá: I os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II a exposição sucinta da acusação e da defesa; III a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV a indicação dos artigos de lei aplicados; V o dispositivo; VI a data e a assinatura do juiz.”.

para sua identificação, fazer uma exposição sucinta da acusação formulada e das teses apresentadas pela defesa técnica, mostrando, ademais, os principais atos praticados no decorrer na instrução processual. Costuma-se dizer que o objetivo do relatório é demonstrar que o juiz teve pleno contato com a demanda que está prestes a julgar, já que sua elaboração obriga o magistrado a tomar conhecimento integral do processo, das provas produzidas, das alegações das partes, dos incidentes verificados, etc.⁴

Ainda que se observem decisões ímpares no sentido de que a ausência de relatório, isoladamente considerada, não autoriza a anulação da sentença, sobretudo se restar comprovado que o juiz realmente tinha pleno conhecimento da demanda.⁵ Prevalece o entendimento de que a ausência de relatório é causa de nulidade absoluta⁶ da sentença nos termos do artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal,⁷ uma vez que por se tratar de requisito legal não pode ser dispensado por mera “preguiça”.

Dando continuidade aos elementos da sentença, de acordo com o artigo 93, inciso IX da Magna Carta, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e, *fundamentada todas as decisões*, sob pena de nulidade. O postulado constitucional inserido na Constituição Federal é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa.⁸ A decisão judicial não é um ato de autoridade, um ato que nasce do arbítrio do julgador, mas sim um elemento construído a partir da racionalidade e da verificação dos elementos que foram trazidos e efetivamente comprovados nos autos, seja no sentido da condenação, seja no sentido da absolvição.⁹

4. MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.275.
5. **STJ**. Habeas Corpus nº 69.967/RJ. Relator Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em 13-03-2007. DJe 14-05-2007.
6. “Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de ‘prova impossível’, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração do prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção”. (STF. Habeas Corpus nº 107.769/PR. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Primeira Turma. Julgado em 18-10-2011. DJe 25-11-2011).
7. “Art. 564, do Código de Processo Penal. IV A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.”
8. MOREIRA, Nelson Camatta; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Interpretação do direito e retórica nas decisões penais*. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, ano 93, n. 823, p.401-418, maio, 2004.
9. Justamente por isso que o Código de Processo Penal dispõe que a sentença conterá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e a indicação dos artigos de lei aplicados (artigo 381, incisos III e IV).

Por fim, mas não menos importante, o dispositivo é a conclusão decisória da sentença, representando o comando da decisão no sentido de condenar ou absolver o acusado. É a parte da sentença responsável pela geração dos efeitos da decisão, transformando o mundo dos fatos. O dispositivo é a conclusão do magistrado que decorre logicamente da fundamentação. Nele, deve o juiz indicar os artigos de lei aplicados (artigo 381, incisos IV e V do Código de Processo Penal).¹⁰ A ausência de dispositivo é vício gravíssimo, até mesmo pela conclusão lógica de que uma decisão sem dispositivo não é propriamente uma decisão, já que nada decide.

A não indicação da capitulação legal autoriza o reconhecimento da nulidade da sentença. Por isso, é acertado pela doutrina¹¹ como hipótese de inexistência jurídica do provimento judicial, que deve ser tratado como um não ato. Da mesma forma que a acusação deve indicar com precisão a capitulação jurídica do fato para que o acusado possa, no exercício do seu mais amplo direito de defesa, defender-se, deve o magistrado indicar os dispositivos em que se enquadraram a racionalidade que fora desenvolvida ao longo da fundamentação, contribuindo, assim, para uma decisão justa e legal.

Para além dos requisitos intrínsecos da sentença, há também os requisitos extrínsecos: *a)* data e assinatura (artigo 381, inciso VI, do Código de Processo Penal); *b)* rubrica do juiz em todas as páginas, se a sentença for digitada (artigo 388, do Código de Processo Penal). Prevalece o entendimento no sentido de que a não oposição da assinatura do juiz torna a decisão inexistente, já que é ela que confere autenticidade à sentença. Há, todavia, quem entenda que, desde que ainda seja possível que o juiz prolator da decisão aponha validamente sua assinatura na sentença trata-se de mera irregularidade.¹²

Inobstante, é na fundamentação que o magistrado resolve as questões incidentais, assim entendidas aquelas que devem ser solucionadas para que a questão principal (objeto litigioso do processo) possa ser decidida. Daí se vê que é exatamente aqui, na motivação, que o magistrado deve apreciar e resolver as questões de fato e de direito que são postas à sua análise, conteúdo que passaremos a analisar no tópico seguinte.

10. POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. **O direito fundamental à motivação no processo penal como corolário de outras garantias constitucionais**. *Direitos Fundamentais & Justiça*: Porto Alegre, ano 3, n.8, p. 150-171, jul.-set., 2009.

11. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 1487.

12. **STJ**. Recurso em Habeas Corpus nº 3.155/SP. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Sexta Turma. Julgado em 08-11-1993. DJe 13-12-1993.

3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 489, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Antigamente, entendia-se que a fundamentação das decisões judiciais era apenas uma garantia técnica do processo, como um objetivo *endoprocesuais*, através do qual proporcionava-se às partes o conhecimento necessário para que pudessem imaginar a decisão, permitindo, ademais, que os órgãos jurisdicionais de segundo grau examinassem a legalidade e a justiça da decisão. Destacava-se, assim, apenas a função *endoprocesual* da motivação.¹³

Com o decorrer do tempo, o mandamento constitucional da motivação das decisões passou a ser considerado garantia da própria jurisdição, na medida em que os destinatários da motivação para além das próprias partes é, também, toda a sociedade que, exercendo um papel de controlador externo, tem condições de aferir se o julgador decidiu com acuidade e imparcialidade a demanda.¹⁴ Notadamente, a fundamentação judicial além de ser, efetivamente, uma garantia individual *inter partes*, funciona como exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional. Não por outro motivo que a garantia está consolidada na Constituição Federal no capítulo em que se encontra o Poder Judiciário.¹⁵

Sem embargo, o magistrado deve, inicialmente, apreciar as questões processuais suscitadas pelas partes ou cognoscíveis *ex officio* e que, eventualmente, não tenham sido resolvidas durante a instrução processual. Se houver qualquer vício formal que impeça a análise do mérito, e desde que não se possa sanar esse vício, caberá ao magistrado decretar a inadmissibilidade do procedimento.¹⁶ Não obstante, não havendo questões processuais a resolver, ou tendo apreciado e rejeitado aquelas que se apresentaram, deve o juiz passar à análise dos fundamentos de fato da demanda, que foram trazidos pela acusação pública e contraditados pela defesa técnica, bem como realizar um exame apurado do caderno de provas, a fim de verificar qual será a razão determinante da própria decisão.¹⁷

13. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 1482.

14. FLORES, Marcelo Marcante; POTTER, Raccius. **A motivação da decisão judicial**: o mito da neutralidade e a influência dos discursos punitivistas no modo de pensar dos magistrados brasileiros. *Revista Bonijuris*: Curitiba, ano 6, n.552, p. 23-28, novembro, 2009, p.23.

15. FARIA JÚNIOR, César de. **A motivação das decisões como garantia constitucional e seus reflexos práticos**. *Fascículos de Ciências Penais*: Porto Alegre, ano 4, n.1, p.34-40, jan.-mar.,1991, p 36.

16. DELGADO, José Augusto. **A sentença judicial e a constituição federal de 1988**. *Revista Jurídica*: Porto Alegre, ano 38, n. 168, p.21-27, outubro, 1991, p. 25.

17. “Art. 156, do Código de Processo Penal. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de

Inquirir a questão de fato é, sobretudo, investigar o esteio probatório dos autos. É aqui, por exemplo, que o magistrado deve analisar os elementos que comprovam ou não a materialidade e autoria do delito. Ocorre que muitas vezes, especialmente no processo penal, os magistrados, analisando os argumentos e provas (testemunhais, documentais e periciais) trazidos aos autos, tendem a realçar em sua motivação, tão somente aquilo que dá sustentação à tese vencedora.¹⁸ Assim, é bastante comum que o juiz, julgando procedente um pedido, fundamente sua decisão com base apenas, ou ao menos predominantemente, nos argumentos da vítima e provas produzidas pela acusação pública, desprezando o contexto dos autos e os elementos trazidos à baila pela defesa técnica do acusado. Isso, porém, não é correto. É inadmissível que não se indique também *por que* as alegações e provas trazidas pela parte derrotada não lhe bastaram à formação do convencimento. Trata-se de aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa, analisado sob a perspectiva substancial: *não basta que a parte seja dada a oportunidade de manifestar-se nos autos e trazer as provas cuja produção lhe incumbe; é necessário que essa sua manifestação, esses seus argumentos, sejam efetivamente analisados e valorados pelo magistrado.*¹⁹

Além disso, o julgador deve expor na sua decisão os motivos por que tais argumentos e provas não o convenceram. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal. Isso é importante até para que a parte derrotada possa lançar mão dos meios de controle da decisão que lhe é desfavorável. Notadamente, da análise do material probatório, o magistrado deve, antes mesmo de verificar se há uma ligação entre a prova produzida e a alegação de fato que ela visa demonstrar, avaliar a própria credibilidade da prova. Entendendo que ela carece de credibilidade, por exemplo, porque a vítima foi contraditória em seu depoimento ou porque o perito não demonstrou apuro técnico em sua investigação pericial, devendo expor essas circunstâncias, cuidando de apontar os elementos que o levaram a tal conclusão.²⁰

provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

18. MARQUES, José Frederico. **Sentença penal condenatória: necessidade de motivação suficiente e adequada:** imprestabilidade dos elementos instrutórios colhidos na investigação: inadmissibilidade do representante do Ministério Público depor como testemunha: nulidade: prisão do réu antes do trânsito em julgado da sentença: inadmissibilidade: presunção de inocência: parecer In: MARQUES, José Frederico. *Pareceres*: São Paulo, 1993. 103-109p.
19. NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 275.
20. BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. **Vícios de motivação da sentença penal:** Ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: São Paulo, ano 9, n. 38, p. 122-141, jan.-dez., 2002, p. 123.

Como já se disse, a motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal. É bastante comum o operador do direito deparar-se, no seu dia-a-dia, com decisões do tipo “*pressentes os pressupostos legais, decreto a prisão preventiva*” ou simplesmente “*condeno o acusado nas sanções tais porque em conformidade com as provas produzidas nos autos*”. Essas decisões não atendem à exigência da motivação: trata-se de tautologias,²¹ que, exatamente por isso não servem como fundamentação. O magistrado tem que dizer *por que* entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva; tem que dizer *de que modo* as provas confirmam os fatos imputados pela acusação pública e também *por que* os elementos trazidos pela defesa técnica não se prestam a absolver o acusado.²²

Tem-se admitindo como válida a decisão em que o juiz se reporta, em seus fundamentos, a um outro processo (uma outra decisão ou um parecer, por exemplo). É a chamada fundamentação *per relationem* ou *aluindi*. A motivação *per relationem*, contudo, deve ser vista como uma exceção, da qual pode se valer o julgador em homenagem à economia processual e desde que: *a)* não tenha havido a suscitação de fato ou argumento novo; *b)* a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada, aplicando-se, ainda, tudo o que disse até aqui sobre os fundamentos da própria decisão; *c)* a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso as partes.

Questão importante é saber qual a *consequência* da ausência de fundamentação no processo penal e a possibilidade de aplicação no novel artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil às decisões criminais. O novo Código de Processo Civil (NCPC ou CPC de 2015), aprovado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, manteve no artigo 489 os elementos essenciais da sentença, tais como o relatório, a fundamentação e o dispositivo. No entanto, preocupado com a proliferação de decisões despidas de um mínimo de fundamentação, elencou, em rol exemplificativo, as hipóteses em que a decisão judicial não se considera fundamentada.²³ Não bastasse, o § 2º do

21. Na terminologia filosófica tradicional, tautologia “significa genericamente um discurso (em especial, uma definição) vicioso porquanto inútil, visto repetir na consequência, no predicado ou no definiens o conceito já contido no primeiro membro”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1.ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 939.
22. FLORES, Marcelo Marcante; POTTER, Raccius. **A motivação da decisão judicial:** o mito da neutralidade e a influência dos discursos punitivistas no modo de pensar dos magistrados brasileiros. *Revista Bonijuris*: Curitiba, ano 6, n.552, p. 23-28, novembro, 2009, p.25.
23. “Art. 489. (...) §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indetermina-

art. 489 complementa dispondo que “*no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão*”.

Como se sabe, o ordenamento jurídico é uno, as normas constantes do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal não são estanques, e, necessitam de integração. Assim, embora com menos incidência, é perfeitamente possível a utilização do Código de Processo Civil para solução de problemas processuais penais, permitindo um verdadeiro diálogo das fontes como há muito já ensinava Cláudia Lima Marques.²⁴ Este diálogo sempre foi permitido, não se tratando de inovação jurídica, pois o artigo 3º, do Código de Processo Penal, em vigor desde outubro de 1941, é expresso no sentido de que “*a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica*”, bem como vários dispositivos do Código de Processo Penal fazem menção expressa à aplicação do Código de Processo Civil.

Esse é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende deste recente julgado, que serve a embasar o que se alega: “*(...) Diante da ausência de previsão legal expressa, de rigor a aplicação subsidiária, nos termos do art. 3º do CPP, da cláusula geral de suspeição do art. 135, V, do CPC (Novo CPC, art. 145, IV), para considerar a existência de suspeição nas hipóteses em que houver interesses exoprocessuais do magistrado no julgamento da causa (...)*”.²⁵

Nesse cenário, verifica-se que o legislador exigiu do magistrado observância irrestrita do princípio do contraditório. Nem poderia ser diferente. Com efeito, o contraditório, além de garantir às partes o direito à ciência de todos os atos procedimentais (dimensão formal), assegura a possibilidade de influenciar a decisão do órgão jurisdicional (dimensão substancial), razão pela qual o novo diploma processual considera não fundamentada a decisão judicial que “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes*

dos, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

24. MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 12, n. 45, p. 75-77, jan.-mar., 2003, p. 76.

25. STJ. Recurso em Habeas Corpus nº 57488/RS. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. DJE 17-06-2016.

de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.²⁶

É dever jurídico do Estado, como parte da relação processual, por meio do órgão jurisdicional competente e via subsunção silogística, criar a norma jurídica concreta e individual que irá regular e delimitar a relação jurídica entre os litigantes, sucessivamente:²⁷ a) reconstruindo os fatos conforme as regras de repartição de ônus e produção de provas no processo penal; b) criando a norma abstrata específica, derivada da norma abstrata geral que irá indicar os critérios que regem o direito subjetivo e o correlato dever jurídico naquele tema de direito; e c) efetivando a operação subjuntiva de encaixe dos fatos apurados sobre os critérios construídos, produzindo assim fatos jurídicos que importarão na relação jurídica implicacional *inter partes*, sujeita a eventual aquisição de imutabilidade desta modalidade de manifestação estatal.

Destarte, para atender ao princípio constitucional de fundamentação, é preciso que os passos do raciocínio judicial para construção da decisão estejam perfeitamente identificados, para que as partes possam reconstruí-lo e assim alcancem os motivos do convencimento do julgador. É dizer: a decisão judicial – especialmente o acórdão, que encerra a cognição sumária fática – , deve, com efeito, ser completo, examinando todas as questões postas pelas partes, embora não precise examinar todos os argumentos das partes, limitando-se aos que possuam relevante influência na solução do litígio. Deve, ainda, ser *expresso* ao declinar os fundamentos, *claro* na exposição e *coerente* na linha de encadeamento dos fatos e na escolha da regra de direito selecionada para incidir sobre os mesmos. E, por fim, *lógico* no desenvolvimento do raciocínio, de forma que demonstre o atingimento da verdade dos fatos através de uma causa suficiente.²⁸

O dever de fundamentar as decisões judiciais, visto como princípio, garantia ou técnica relevante, é regra constitucional obsequiosa aos princípios constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal, os quais prestam salvaguarda pela sanção de nulidade dos atos judiciais decisórios proferidos ao

26. AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. **O artigo 489 do CPC e a suspensão do cumprimento do julgado rescindendo**. In: CARMONA, Carlos Alberto (coordenação). **Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: Atlas, 2007. 359-365p.

27. FONSECA, Leonardo Alvarenga da. *A fundamentação per relationem como técnica constitucional de racionalização das decisões judiciais*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3be1e43c45c13321>>. Acesso em 19 de maio de 2017.

28. FONSECA, Leonardo Alvarenga da. *A fundamentação per relationem como técnica constitucional de racionalização das decisões judiciais*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3be1e43c45c13321>>. Acesso em 19 de maio de 2017.

seu arrepio.²⁹ Nas lições de Nereu Giacomolli por motivo “*deve-se entender a causa ou a condição de uma escolha, a qual direciona a atividade para um fim específico, orientando a conduta humana, sem, no entanto, fornecer uma explicação ou uma justificação (motivos de fato e de direito).*”³⁰ Assim, a motivação nada mais é do que a razão determinante de ser da própria decisão, orientada por motivos de direito e/ou de fatos.

Não por outro motivo que, por ocasião do julgamento de apelação em determinado Tribunal de Justiça que limitou-se a transcrever a sentença de primeiro grau, sem o acréscimo de motivação própria, o egrégio Superior Tribunal de Justiça entendeu que o dever de motivar as decisões implicaria impreterivelmente cognição efetuada diretamente pelo órgão julgador, restando certo que a mera repetição da decisão impugnada, além de violar o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, também é causa de evidente prejuízo ao duplo grau de jurisdição, na exata medida em que não conduz à substancial revisão judicial da primitiva decisão, mas à cômoda reiteração de seus termos.³¹

O exercício da jurisdição exige uma postura séria, sisuda e respeitável do julgador. A decisão deve estar fundamentada em elementos próprios do sistema atendendo ao valor da segurança, pois a aplicação do Direito não pode dar origem a uma decisão insuficiente que surpreenda o jurisdicionado. Nesse sentido, o ordenamento jurídico exige que o magistrado apresente uma motivação mais consistente, rica em argumentos convincentes, de modo a fundamentar a decisão e também legitimá-la.

Nessa esteira, a fundamentação omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta,³² merecendo reparos pelo próprio órgão prolator da decisão ou por órgão superior em sede de recurso, na medida em que uma decisão não motivada corresponde a uma não análise do caso e, portanto, negativa de jurisdição.

29. AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 1.ed. São Paulo: Método, 2009, p.322.

30. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. Porto Alegre: Atlas. 2.ed., 2015, p. 212.

31. STJ. Habeas Corpus nº 91.894/RS. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 03-11-2009. DJe 23-11-2009.

32. “De acordo com novo CPC, quando a decisão incorrer em qualquer das hipóteses do artigo 489, §1º, admite-se, inicialmente a oposição de embargos de declaração com o objetivo de suprir tal omissão (art.1.022, parágrafo único, inciso II, do novo CPC). À evidência, opostos os embargos de declaração, se o magistrado insistir em manter a ausência de fundamentação, caberá à parte manejar o recurso adequado conta a referida decisão em sede processual penal (v.g. RESE, apelação, ec).” (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol.1. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1484).

4. CONCLUSÃO

A sentença penal condenatória é a decisão judicial que atesta a responsabilidade criminal do acusado em virtude do reconhecimento categórico da prática da conduta típica ilícita e culpável a ele imputada na exordial acusatória, impondo-lhe, conseqüentemente, uma sanção, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa pecuniária. Nesse ponto, é interessante lembrar que o *mérito* da causa penal coincide com a própria *pretensão*. Assim, numa causa penal, o mérito se compõe da *pretensão* punitiva do Estado (ou sociedade civil) e da *pretensão* de restrição da liberdade do réu.

Nessa senda, justamente pela possibilidade de restrição e/ou privação da liberdade de locomoção do acusado, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exige-se um juízo de certeza acerca da existência da ação penal e da respectiva autoria e materialidade delitiva, sendo inviável a prolação de um édito condenatório com base em mera conjecturas, isto é, num juízo de possibilidade e/ou probabilidade sob pena de violação à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência e do próprio sistema acusatório.

O dever de motivação constitui a um só tempo garantia às partes da relação jurídica processual e garantia da legalidade da decisão. Garantia *inter partes* porque, como ocorre no relatório, a motivação é um indicativo de que a participação das partes no processo foi efetiva e contribuiu para o deslinde do feito. E garantia de legalidade, porquanto, a motivação deve ser construída de maneira lógica e fundada em preceitos jurídicos. Ao expor a fundamentação, o magistrado permite não só às partes, mas também à coletividade em geral exercer um controle de legalidade da decisão (controle externo).

A motivação expressa dos raciocínios sentenciários é formalidade essencial ao ato de sentenciar, sem a qual, por óbvio é de ser declarada nula a sentença prolatada. A ausência de motivação é vício de extrema gravidade, mas daí não se pode falar em inexistência jurídica do ato. Na verdade, a ausência de fundamentação acarreta a nulidade absoluta da sentença, nos exatos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, por força do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicável ao processo penal e também por força da Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que somente se efetivará os direitos e liberdades previstos na Convenção diante da devida fundamentação das decisões.

Não obstante, a inovadora norma processual vigente no ordenamento jurídico prático há mais de ano, sua aplicação ainda caminha a passos curtos, na medida em que juízes singulares e os Tribunais continuam a prolatar decisões ausentes de motivação. O novo regramento processual encara a fundamentação como elemento central e estrutural das decisões emanadas pelos juízes. E, sendo ela essencial, cabe ao magistrado analisar todas as questões de fato e de direito suscitadas pelas partes, impondo uma argumentação complexa e racional acerca dos reais motivos (jurídicos) determinantes para o afastamento das teses apresentadas pela parte.

Aliás, é nessa linha a interpretação procedida pela própria norma processual civil, nos incisos do §1º de seu artigo 489. Veja-se que, a norma mencionada reafirma o ordenamento jurídico e corrige uma série de desvios corriqueiramente observados na prática jurídica ao longo dos anos. Trata-se, portanto, de “norma de controle”, e um meio eficaz de trazer aos processos a justa medida de fundamentação tal mal utilizada.

Assim, embora com menos incidência, é perfeitamente possível a utilização do Código de Processo Civil para solução de problemas processuais penais, permitindo um verdadeiro diálogo das fontes. Veja-se que este diálogo sempre foi permitido, não se tratando de inovação jurídica, pois o artigo 3º, do Código de Processo Penal, em vigor desde outubro de 1941, é expresso no sentido de que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica”, bem como vários dispositivos do Código de Processo Penal fazem menção expressa à aplicação do Código de Processo Civil.

Em suma, o presente trabalho objetivou trazer essa análise estrutural da sentença e uma leitura crítica acerca da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, quanto mais a partir da entrada em vigor do novel artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, na medida em que a profusão de dispositivos constitucionais, supralegais e infraconstitucionais que exigem a fundamentação das decisões já não admitem mais sentenças penais, quanto mais as condenatórias, fundadas em meras conjecturas e desprovidas de cognição exauriente.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1.ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. O artigo 489 do CPC e a suspensão do cumprimento do julgado

rescindendo. In: CARMONA, Carlos Alberto (coordenação). **Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: Atlas, 2007. 359-365p.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 1.ed. São Paulo: Método, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. **Vícios de motivação da sentença penal**: Ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: São Paulo, ano 9, n. 38, p. 122-141, jan.-dez., 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, José Augusto. **A sentença judicial e a constituição federal de 1988**. *Revista Jurídica*: Porto Alegre, ano 38, n. 168, p.21-27, outubro, 1991.

FARIA JÚNIOR, César de. **A motivação das decisões como garantia constitucional e seus reflexos práticos**. *Fascículos de Ciências Penais*: Porto Alegre, ano 4, n.1, p.34-40, jan.-mar.,1991.

FAYET, Ney. **A sentença criminal e suas nulidades**. Porto Alegre: Síntese, 1980.

FLORES, Marcelo Marcante; POTTER, Raccius. **A motivação da decisão judicial**: o mito da neutralidade e a influência dos discursos punitivistas no modo de pensar dos magistrados brasileiros. *Revista Bonijuris*: Curitiba, ano 6, n.552, p. 23-28, novembro, 2009.

FONSECA, Leonardo Alvarenga da. **A fundamentação per relationem como técnica constitucional de racionalização das decisões judiciais**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?-cod=3be1e43c45c13321>>. Acesso em 19 de maio de 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. *Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF*. Porto Alegre: Atlas. 2.ed., 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol.1. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A correlação entre acusação e sentença nas ações penais condenatórias**: a conformidade entre a lei processual penal e a constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MALAN, Diogo Rudge. **A Sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 12, n. 45, p. 75-77, jan.-mar., 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1.ed. São Paulo: Millennium, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Sentença penal condenatória: necessidade de motivação suficiente e adequada**: imprestabilidade dos elementos instrutórios colhidos na investigação: inadmissibilidade do representante do Ministério Público depor como testemunha: nulidade: prisão do réu antes do trânsito em julgado da sentença: inadmissibilidade: presunção de inocência: parecer In: MARQUES, José Frederico. *Pareceres*: São Paulo, 1993. 103-109p.

MOREIRA, Nelson Camatta; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Interpretação do direito e retórica nas decisões penais**. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, ano 93, n. 823, p.401-418, maio, 2004.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1999.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. **O direito fundamental à motivação no processo penal como corolário de outras garantias constitucionais**. *Direitos Fundamentais & Justiça*: Porto Alegre, ano 3, n.8, p. 150-171, jul.-set., 2009.

SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais**. A partir da Teoria Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DA VIOLÊNCIA DA CORRUPÇÃO A CORRUPÇÃO DA VIOLÊNCIA: PERSPECTIVAS PROCESSUAIS E CRIMINOLÓGICAS DE ENFRENTAMENTO DA POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE A DIFERENÇA

Luis Gustavo Durigon¹

Matheus do Nascimento Barcellos²

RESUMO: A presente pesquisa tem por escopo desenvolver uma análise processual e também criminológica de algumas das medidas propostas pelo Ministério Público Federal de combate a corrupção, com enfoque na violência difusa. Parte-se da ideia de que a punição é um ato necessário, mas que não pode ser realizada a qualquer custo processual. Através de aportes criminológico-interdisciplinares, pretende-se diagnosticar as razões que denotam o (re)alojamento da cultura punitiva no processo penal a partir de retornos (neo) inquisitoriais. Uma das hipóteses que se ventila é que tais medidas são tão violentas – pois atentatória a uma gama de direitos fundamentais – quanto à própria violência sistêmica da corrupção. Tais concepções teóricas demonstram que se trata de uma estratégia de guerra, aonde o processado/diferente se torna um objeto à disposição do Estado, invertendo a verdadeira função democrática do processo penal enquanto contenção do poder punitivo.

PALAVRAS CHAVE: Constituição; Processo Penal; Violência; Corrupção.

ABSTRACT: The present research aims to develop a procedural and also criminological analysis of some of the measures proposed by the Federal Public Prosecutor's Office to combat corruption, with a focus on diffuse violence. One starts from the idea that the punishment is a necessary act, but that can not be carried out at any procedural cost. Through criminological-interdisciplinary contributions, we intend to diagnose the reasons that denote the (re) accommodation of the punitive culture in the criminal process from (neo) inquisitorial returns. One of the hypotheses is that such measures are so violent – because they violate a range of fundamental rights – regarding the systemic violence of corruption itself. Such theoretical conceptions show that it is a war strategy, where the processed / different becomes an object at the disposal of the State, reversing the true democratic function of the criminal process as a restraint of punitive power.

KEY WORDS: Constitution; Criminal Procedure; Violence; Corruption.

1. Doutor em Ciências Criminais PUC/RS. Mestre em Direito pela URI/SAN. Especialista em Ciências Penais pela UFRGS. Docente do Curso de Direito da UNICRUZ. Advogado. E-mail: ldurigon@unicruz.edu.br.
2. Acadêmico do 9º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Bolsista do Projeto PIBIC. E-mail: matheusnbk@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O tema da corrupção do ponto de vista jurídico-penal brasileiro não é novidade em matéria de incriminação. Desde o Código Penal de 1941, com sucessivas modificações, a imputação já é objeto do direito e do processo penal, sendo característica de tais práticas atrair a incidência de outras figuras típicas, tais como os crimes contra o sistema financeiro nacional, sonegação fiscal, crimes eleitorais, crimes contra a ordem tributária, crimes de lavagem de dinheiro, entre outros, tamanha é a complexidade da temática.

Em outras palavras: não é por falta de legislação penal e de possibilidade de punição em abstrato que existe a corrupção, sendo, certamente, um delito de causas, fatores e efeitos multifacetários.

Não interessa aqui estudar os aspectos dogmáticos dos delitos que estão no entorno do fenômeno corruptivo, o que demandaria pesquisa diversa. Interessa, sim, apontar as mazelas causadas pela corrupção, que acaba produzindo – sem sombra de dúvidas – uma violência difusa e sistêmica que se irradia para todo o universo social e para muito além do processo penal.

Trata-se de um tema que atrai o pensamento complexo e a necessidade de rompimento com a matriz cartesiana, responsável – desde Descartes – pelo domínio dos campos do saber. É necessário, desde logo, buscar uma *episteme* inovadora para tratar da matéria, de abertura e recusa ao enclausulamento (JAPIASSU, p. 158).

Neste sentido, para pensar-se a complexidade, interessa-se o princípio hologramático – advindo da biologia para a sociologia – possibilitando visualizar um pouco do todo em cada parte investigada, e vice-versa (MORIN, p.72). Isso permite que um tema tão complexo como a corrupção não seja analisado de maneira estéril e estanque, como se despido fosse de questões relacionadas a práticas sociológicas e ideológicas, e, porque não dizer, do próprio anseio generalizado de punição existente nas sociedades contemporâneas.

Releva notar que a corrupção produz uma violência no mais das vezes (in)visível, ao pensar-se a violência de uma maneira tradicional, tão somente pelo sangue (olho nu), como também pelas manifestações da “vida nua”, tais como a miséria humana desenfreada dos países do Sul (SANTOS, p.141).

Paralelamente a isto, a “violência simbólica” parece ser realmente a marca da sociedade atual, fazendo com que as filas em hospitais públicos, a superlotação dos presídios, o desempregado em massa, a fome e a miséria,

dentre tantos outros fatores de degeneração social, produzam uma espécie de anestesia. São os miseráveis incômodos (AMARAL, p. 47).

Diante se está de uma violência visível e invisível, fruto, em alguma medida, da corrupção dos agentes públicos, constituindo uma prática social às avessas, na medida em que são desviados recursos destinados a sanar as mazelas sociais.

Nesta perspectiva, corrupção e violência, ou violência e corrupção, andam sempre de mãos dadas e a passos largos na história da antropologia, sendo que constituem um componente social degenerativo. Em uma só palavra: não se trata de nenhuma novidade. O problema se agrava quando os índices de violência e corrupção tornam-se alarmantes, como se vivencia no cenário político tupiniquim, fazendo com que a sociedade, geralmente os não anestesiados sociais, clamem por reformas do ordenamento jurídico penal para “acabar com o problema”, desconsiderando toda a complexidade social, econômica e fundamentalmente cultural que envolve a matéria, impulsionando a cultura do punitivismo direta e indiretamente (ROSA e AMARAL, p.93).

Trata-se do velho – revestido de novo – e fascinante discurso de “acabar com a violência”, agora com a “corrupção”, como se isto fosse possível, a não ser com a extinção da humanidade. Assim, entra em órbita o “discurso penal de emergência”, fruto de uma política criminal de “combate”, que traduz uma ideia de guerra e de inimigo (social). Não por acaso foi reeditado na Alemanha a ideia do “direito penal do inimigo” por Gunther Jakobs (ZAFFARONI, p.21-22), cujo influxo teórico há muito tempo já atravessou o Atlântico.

Referida concepção teórica, aliada a uma política criminal calcada em movimento de lei e ordem, ou tolerância zero, tal como preconizam os países do Norte, retira do sujeito investigado ou processado, antecipadamente, toda a gama de direitos fundamentais que só devem ser quebrados com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Desta sorte, está-se diante de um anteprojeto de Lei que pretende “combater a corrupção” (melhor seria “combater a Constituição”), já tendo conseguido muitos adeptos Brasil a fora, com exceção daqueles que possuem uma ideologia constitucional e democrática. A ideia é um tanto quanto aliciadora e motivante para os mais apressados, desinteressados com os temas democráticos, que acabam aderindo a um modelo repressivo sem realmente ter a dimensão principiológica que envolve a matéria, consubstanciando em verdadeiros atropelos processuais e supressão de garantias.

2. MEDO E PROCESSO PENAL: A CULTURA DA PUNIÇÃO E A CORRUPÇÃO DO PROCESSO

Ao abordar-se a corrupção, imprescindível não se elencar uma série de fatores que a propiciam a sua ocorrência, dentre estas, a avidez pelo poder e a ganância, por dinheiro, objetivando o enriquecimento ilícito. Trata-se de uma prática enraizada na cultura política brasileira.

A patologia da corrupção, é uma questão bem presente nos tempos atuais, sendo discutida e debatida por todas as camadas da sociedade. Trata-se de um problema grave e enfrentado pelo país, permeando o cenário político e legislativo nacional.

Decorrente do aumento e aprofundamento das investigações e um melhor aparelhamento da Polícia, tornou-se notório que “o fenômeno da corrupção é sistemático e endêmico no Brasil” (PIOVESAN e GONZAGA, 2016, p. 25).

Alarmada com novos escândalos descobertos, impropérios praticados por seus representantes e a indignação coletiva com a má destinação do dinheiro público, a sociedade clama por uma nação justa e íntegra, livre do “mal da corrupção”, com vistas à redução de desigualdades e de construção de justiça social (PIOVESAN e GONZAGA, 2016, p. 26). Entretanto, o clamor público tem um viés político de recrudescimento do sistema penal, como forma de solucionar os problemas imediatos, atropelando garantias e afrontando princípios, em prejuízo do processo penal e da própria Constituição Federal.

Neste passo, exsurge as 10 Medidas de Combate a Corrupção, de autoria do Ministério Público Federal, que representam uma “guinada na direção do repressivismo e do punitivismo, sem muitos olhos para a Constituição da República e, mormente, nela, as cláusulas pétreas” (COUTINHO, 2015, p. 2). A essa guinada repressivista, Cruz (2015, p. 4) entende ser a pior espécie de corrupção: “a conversão do Estado de Direito em consumado Estado de Polícia”.

Sedimentam-se as denominadas 10 Medidas de Combate à Corrupção, conforme divulgado pelo Editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Boletim nº 277, de Dezembro de 2015:

(...) em importações impensadas de institutos jurídicos estrangeiros, seja pelo aumento desmedido de penas sem a construção de mecanismos que garantam maior efetividade à aplicação das leis penais, seja pelas sugeridas alterações legais que afrontam garantias constitucionais tão caras como a presunção de inocência.

Essa postura de recrudescimento do processo penal é o que Rosa e Amaral (2014, p. 55) denominam de “populismo penal”, isto é, “um direito de punir puramente repressivo, conjugado a uma democracia de opinião (efervescente)”.

Ou seja, a opinião pública como fator decisivo de atravancamento das garantias processuais em prol de um repressivismo criminal e combate à impunidade, com efeitos diretos na esfera da Justiça, o que acaba por ser ainda mais agravado pela própria participação direta e auxílio do Ministério Público e da Polícia, como bem pontifica Rosa e Amaral (2014, p. 62):

São as instituições de justiça, mais que qualquer outra talvez, que se encontram confrontadas com os efeitos populistas. Quando num primeiro momento político, a democracia reage voluntariosa e programaticamente de forma imediata ao crime, tomada pela parcialidade da emoção, o Ministério Público ou os órgãos de Polícia vão à ajuda de uma sociedade ameaçada. [...] Algum culto ao rendimento é que poderá levar as instituições de justiça a não resistir e tornarem-se vulneráveis às agitações de opinião.

Logicamente, o problema da corrupção deve ser minimizado, tanto de forma individual quanto coletiva, diminuindo os malefícios sociais por ela criados. Entretanto, o seu “combate” deve ser levado a efeito respeitando as “regras do jogo”, isto é, acatando-se as disposições constitucionais o ordenamento jurídico vigente. O “combate” a corrupção não pode se dar através da corrupção do processo e das garantias e prerrogativas nele asseguradas.

A ideia do “combate” produz um discurso de guerra que atinge os direitos fundamentais – como se ele fosse o responsável – sendo certo que atinge a coletividade, independentemente ou não de realizar qualquer prática delitiva, ou no caso, corruptiva.

Isto porque, o processo penal não é só daqueles que são processados, como equivocadamente propaga o senso comum criminal, pois o processo, em última análise, é de todos, queira-se ou não (SILVEIRA, p. 9).

E mais, em uma sociedade democrática, a forma do processo penal deveria interessar a todos, notadamente a partir do fim do holocausto (MATE, p. 128).

Uma política criminal calcada em movimento de lei e ordem, ou tolerância zero, que retira do sujeito investigado ou processado, antecipadamente, toda a gama de direitos fundamentais que só devem ser quebrados com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, certamente irá gerar

impacto no sistema carcerário brasileiro, aumentando significativamente os índices de encarceramento, ao lado de uma relativização das garantias do devido processo penal.

Entretanto, observa-se um crescente ativismo judicial na condução dos procedimentos penais – quando são respeitados – notadamente nos crimes que geram um repúdio social, tais como a corrupção, com vistas a atender clamores populares ou da grande mídia.

Isso porque, parte-se da compreensão de ser o Judiciário não apenas um mero guardião da norma constitucional, mas como ator social e político encarregado de sua efetivação e, portanto, como agente de transformação social (ROCHA, p. 67).

A tendência seguida pelas “urgentes” Medidas de Combate à Corrupção no cenário processual penal oscila na avocação de ideias e concepções de segurança e defesa social, tendo como consequência o recrudescimento punitivo (FELIX e ROSA, p. 19).

E dessa postura ativista do Judiciário é que tornaram-se comuns operações espetaculares, prisões temporárias e preventivas forçadas, ao arrepio da própria lei e das garantias constitucionais, principalmente quando conduzidas por varas especializadas em crimes de natureza financeira, com a desculpa de não passar a imagem de um sistema penal seletivo (ROSA e AMARAL, p. 47).

Verifica-se, neste passo, em alguma medida, um abuso de prisões cautelares, generalizadas e banalizadas, afastando-se da sua finalidade precípua de tutelar tão somente os interesses do processo, passando a ser um meio de resposta do Judiciário aos clamores da população e dos veículos da mídia, ou, até mesmo, objetivando antecipar efeitos de uma suposta e incerta condenação, em claras inversões aos princípios processuais penais.

Exemplificando-se, a Medida de número 9 (nove) propõe uma alteração do parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal, criando uma hipótese de prisão preventiva para evitar a dissipação do dinheiro ilícito adquirido com crimes. Além de desvirtuar a finalidade cautelar da medida, fere a presunção de inocência ao presumir a culpa do acusado.

Como comenta Greco (2015, p. 7) acerca da medida, o enriquecimento ilícito, na visão do Ministério Público, seria uma “prova indireta da corrupção”, havendo então uma pena de suspeita, nítida afronta ao princípio da inocência.

Lado outro, nota-se uma busca incontrolável e insaciável da prova da

acusação. Isso se denota da Medida de nº 7 que prevê um ajuste das nulidades penais, pressupondo, entre outras, alterar-se as disposições do art. 157 do Código de Processo Penal no que diz respeito à produção probatória.

Badaró (2015, p. 17) critica o anteprojeto, haja vista que o mesmo confunde hipóteses que afastam a ilicitude da prova (prova diretamente ilícita) com as situações da aplicação da prova ilícita por derivação, sem distinguir os casos de ilicitude direta e indireta.

Ademais, não se pode deixar de mencionar que as Medidas ainda trazem consigo a proposta de inserir o art. 580-A ao Código de Processo Penal, o qual pressupõe que o Tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, verificando um suposto interesse manifestamente protelatório ou abusivo do direito de recorrer, certificar o trânsito em jugado da decisão recorrida.

Visualiza-se disto “um aparelhamento da parte acusadora em detrimento da defesa, em claro desequilíbrio de tratamento processual em um vale-tudo punitivista” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 13).

Mais que isso, significa ampliar espaços impróprios da discricionariedade judicial e elevar o nível de subjetividade do julgamento ao patamar de alinhamento com a filosofia da consciência, como bem relata Streck.

Há, dessa forma, uma evidente flexibilização das regras por um combate em nome da “verdade”, a serviço de supostos ideais nobres, agindo em nome do bem e do interesse público (FELIX e ROSA, p. 68).

Nessa linha de ideias, vale rememorar o magistério de Pimenta Bueno (1922, p. 82), sobre a importância do respeito às formas e as consequências diretas no processo:

Quem não conhece bem o processo criminal, e portanto o valor das formas, estranha que se anule um processo só por omissão delas; mas quem reconhece que sem a sua fiel observância o processo pode tornar-se um caos ou objeto de capricho e arbitrariedade dos juízes, não pode pensar assim.

Porém, o que se sente da análise das Medidas propostas pelo Ministério Público Federal³ é que o único norte e caminho a seguir para acabar com a corrupção passa pela corrupção das formas processuais (GLOECKNER, p. 20).

Como salienta Coutinho (2015), é necessário pôr um fim à corrupção, mas por meios democráticos e legítimos, isto é, nos estritos limites legais e respeitando os princípios constitucionais. Ou como bem pontua Lopes Júnior

3. E aqui não se pretendeu um estudo dogmáticos de todas elas, mas, tão somente, denunciar algumas mazelas que podem afetar o processo decorrente da violência do punitivismo.

(2015, p. 12), “punir é necessário, mas sem atropelar as regras do jogo, pois é possível (e exigível) garantir para punir e punir garantindo”.

É imprescindível para a concretização dos próprios direitos e garantias assegurados pelo Texto Constitucional conter o mal da corrupção (PIOVESAN e GONZAGA, 2016, p. 25). Muito embora seja necessário punir o crime cometido, bem como promover a ética e a probidade, o “combate” à corrupção não pode ter um “custo democrático, constitucional e civilizatório” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 14).

É necessário romper-se com os saberes instituídos pela atual guinada repressivista do processo penal sem preocupar-se com a etiqueta de “defensores de bandidos”, os quais, como pregam os punitivistas, merecem o mesmo tratamento da lei penal, cada vez mais recrudescida (ROSA e AMARAL, p. 103). O que se defende é a forma democrática de se fazer processo penal.

O processo nada mais é do que “um mecanismo para evitar a vingança pelas próprias mãos, para eliminar a autotutela, para evitar a dominação do mais forte, resguardando o sujeito frente ao outro, o grupo social frente a outro grupo social” (GIACOMOLLI, 2015, p. 428).

O “combate” à corrupção passa, primeiramente, por meios legítimos e adequados, adequando às “regras do jogo” pré-estabelecidas, ou seja, respeitando-se as prerrogativas processuais e as garantias constitucionais, direitos arduamente conquistados pela sociedade como um todo.

Processo não é meio punitivo, mas instrumento de defesa do acusado, sendo imprescindível que lhe sejam asseguradas todas as suas prerrogativas e garantias para, só depois, havendo prova de autoria e materialidade – punir.

É possível garantir para punir e punir garantindo, evitando-se, dessa forma, que, o “combate” à corrupção acabe por corromper e violar o Processo Penal e a própria Constituição Federal, corrompendo o devido processo penal.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção é um mal enraizado na cultura brasileira. Com um melhor aparelhamento dos órgãos investigativos e uma maior independência e estruturação do Ministério Público Federal, as investigações tornaram-se mais aprofundadas e eficientes, o que acabou por revelar a doença da corrupção no organismo brasileiro.

Dessa delicada e complexa crise ética e moral pela qual passa o país,

ganham forças discursos de tolerância zero, de solução imediata às mazelas, em razão da insatisfação que toma conta da população, diretamente atingida pela corrupção.

Aproveitando-se dessa calamitosa situação, e da insurgência das massas, com o fito de combater a corrupção, o Ministério Público Federal elaborou as 10 Medidas de Combate à Corrupção, propondo uma série de alterações legislativas para criar uma Brasil mais justo, com menos corrupção e menos impunidade.

Como o próprio nome sugere, trata-se verdadeiramente de medidas combativas, mas não somente em face da corrupção, mas do próprio processo penal e das garantias constitucionais.

Norteiam-se referidas medidas pelo recrudescimento do sistema penal, buscando solução imediatas, relativizando e abreviando o processo para solucionar os problemas da “Justiça”. O que se nota, entretanto, é uma verdadeira corrupção do processo, desvirtuando-se princípios legais e constitucionais.

Suprimem-se garantias, abreviam-se fases processuais ou invertem o sentido lógico processual em prol de uma satisfação imediata dos anseios populares e o combate imediato à corrupção, como se fosse simples subverter o processo e solucionar um mal enraizado na cultura política brasileira.

Inegável, e nem poderia se pensar o contrário, que a corrupção é um problema social que merece e deve ser minimizado, haja vista que um mal que se alastra, responsável por graves consequências sociais, como hospitais sucateados, educação e ensino precários e a falta de recursos para investimentos urgentes.

Contudo, sua solução deve passar por meios legítimos e adequados, com vistas aos princípios legais e constitucionais, e não por um combate às garantias e ao devido processo.

Não se pode, nem se deve, combater a corrupção corrompendo o processo, até porque não se combate violência com o uso de mais violência.

É necessário, e, mais que isto, indispensável respeitar-se o devido processo penal e as garantias dele decorrentes, seja a correta distribuição do uso da prova, respeitando-se a presunção de inocência e afastando uma presunção de culpa, o condicionamento do uso das cautelares às estritas necessidades do processo, bem como o direito do réu de insurgir-se contra as decisões que lhe são desfavoráveis sem que as mesmas sejam entendidas como protelatórias.

O processo jamais deve ser alicerçado como terreno fértil de corrupção

e como exercício de violência. Ao menos em termos democráticos, constitucionais e republicanos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e Processo Penal. Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- AMARAL, Augusto Jobim do; ROSA, Alexandre Morais. **Cultura da punição e ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BADARÓ, Gustavo. **As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.277, p. 17-19, dez. 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: **As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?** Boletim IBCECRIM. São Paulo, Ano 23, n. 277, p. 2-3, dez. 2015.
- CRUZ, Flávio Antônio da. **Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico**. Boletim IBCECRIM. São Paulo, Ano 23, n. 277, p. 4-6, dez. 2015.
- CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados. Corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.
- FELIX, Yuri; ROSA, Alexandre Morais. **Novas Tecnologias de Prova no Processo Penal: o DNA na Delação Premiada**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Anticorrupção ou corruptibilidade das formas**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.277, p. 19-21, dez. 2015.
- GRECO, Luís. **Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.277, p. 7-8, dez. 2015.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Boletim IBCCRIM**. Ano 23, n. 277, dez. 2015, ISSN 1676-3661.
- JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao pensamento epistemológico**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1991.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Mudanças no sistema recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição...** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.277, 2015.
- MATE, Reyes. **Memórias de Auschwitz. Atualidade e Política**. Trad.: Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.
- MORIN, Edgar. **A necessidade de um pensamento complexo**. In: REPRESENTAÇÃO e complexidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.
- BUENO, José Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, n; 1007, p. 82.
- PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victória Leonora Corte. **Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito**. Revista dos Tribunais, vol. 967. Caderno Especial. Ano 105, p. 21-38. São Paulo: RT, mai 2016.
- ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. **Violência simbólica: o controle social na forma da lei**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização. Do pensamento único a consciência universal**. São Paulo: Record, 2001.
- SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes. **“Senso comum criminal” e o discurso da impunidade**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.264, 2014.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Trad.: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADPF Nº 347 E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA REALIZADAS NA CIDADE DE SÃO LUÍS-MARANHÃO

Ariston Chagas Apoliano Júnior¹

José de Guimarães Mendes Neto²

RESUMO: Este trabalho possui o objetivo de abordar a eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347, que trata sobre a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional – ECI, no que tange ao sistema carcerário brasileiro. Para tanto, parte-se inicialmente da tese quanto a sua origem histórica, conceito e os pressupostos necessários para a sua eventual declaração. Será trabalhado, ainda, a sua relação com as audiências de custódia como instrumento necessário para que haja a observância aos princípios fundamentais do processo. Por fim, será apresentado os dados obtidos nas audiências de custódias realizadas em São Luís-MA entre outubro de 2014 a julho de 2017, evidenciando sua importância na solução da violação massiva aos direitos fundamentais no âmbito do sistema prisional. O presente trabalho se ateve não só a perspectiva doutrinária a respeito do assunto, mas também faz um levantamento de dados e jurisprudência sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Coisas Inconstitucional; Audiência de Custódia; Estado do Maranhão.

1. INTRODUÇÃO

Dado o contexto caótico do sistema carcerário brasileiro, bem como o interesse global para sua solução, o presente artigo vem, portanto, debater sobre a tese da declaração do ECI pelo Supremo Tribunal Federal tomando por base, porém, a instalação dos sistemas de monitoramento carcerário, e aqui se fazendo um recorte metodológico para o âmbito de São Luís do Maranhão,

1. Bacharel em Direito e Engenharia Mecânica. Especialista em Cidadania, Direitos Humanos e Gestão da Segurança Pública pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Mestrando em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa – UFP, Porto/Portugal. Pesquisador do Núcleo de Estudos do Estado, Segurança Pública e Sociedade – NEESS/UFMA (DGP/CNPq) e Técnico do Núcleo de Estudos em Processo Penal Contemporaneidade – NEPPC/UEMA. Atualmente Coordenador Executivo da Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Tribunal de Justiça do Maranhão: E-mail: aristonapoliano@hotmail.com
2. Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público – IDP/DF. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. E-mail: guimaraesmneto@hotmail.com.

para fins de se discutir a eficiência desta medida no combate último para o qual se propôs e, em medida mais aberta, para toda a justiça criminal. Para tanto, perpassa-se inicialmente por um estudo da origem histórica, do conceito e dos requisitos pensados pela doutrina e pela jurisprudência para fins de se configurar determinado estado de coisas inconstitucional. Em seguida, espaço também é ofertado para as críticas a esse protagonismo do Tribunal, haja vista a atenção necessária que deve se ter para com as consequências que o uso irrestrito desta declaração pode vir a proporcionar. Por fim, pretende-se demonstrar as Audiências de Custódia ocorridas na Comarca da Ilha de São Luís (MA), como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, e aprimoramento das políticas prisionais e de segurança pública, destoante do modelo atual, conforme preceitua o Estado de Coisas Inconstitucionais.

A relevância temática, por sua vez, é manifesta no âmbito científico, uma vez que revive a tensão existente entre o debate sobre o constitucionalismo e a democracia, bem como questiona sobre como superar um alto grau de violação a direitos fundamentais sendo que as instituições que deveriam fazer não o fazem. Além disso, a temática demonstra-se relevante em função da visibilidade prática que o presente artigo pretende demonstrar, vide a Audiências de Custódia ocorridas na Comarca da Ilha de São Luís (MA). No mais, a relevância também existe no âmbito social, pois almeja-se superar a impopularidade do tema para sua inserção na agenda política, bem como conscientizar a população de que os transtornos carcerários provocam consequências não só aos detentos que ali encontram-se impedidos de gozarem da sua precípua liberdade.

2. A DECLARAÇÃO DO ECI: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Não obstante seja acobertada de agudas e fundamentadas críticas, a tese do Estado de Coisas Inconstitucional não deve ser por completo descartada, uma vez que a natureza ativista dessa declaração é de dimensão predominantemente estrutural, ou seja, permite uma solução de caráter amplo e sistemático a partir do diálogo entre os poderes e destes para com a sociedade.

Pois bem. O reconhecimento da vigência de um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) nasce da eventual omissão estatal que acaba por implicar em sérias e contínuas violações de direitos fundamentais. Portanto, a fim de se proteger a dimensão objetiva desses direitos, a Corte Constitucional

colombiana acabou tomando como premissa decisiva a idéia da declaração de um ECI (CAMPOS, 2016, p. 96).

Isto é, a Corte Constitucional colombiana, em determinadas hipóteses, passa a atuar não para defender o direito fundamental de um indivíduo isoladamente pensado, mas sim toda uma estrutura sistemática de direitos fundamentais, a dimensão objetiva desses decorrente da Constituição (DO VALE; SILVA JUNIOR, 2016, p. 396).

Assim sendo, ao se utilizar do instrumento da ECI a Corte deixa de se restringir ao o caso concreto, intersubjetivamente falando, e passa a assumir um papel muito mais ativo, ou seja, em razão do caráter sistemático de eventual omissão estatal, a Corte “busca estabelecer um modelo coordenado de ação, que alcança diferentes atores, voltado a reverter o quadro de massiva transgressão de direitos fundamentais”. Deste modo, busca não só interferir em escolha políticas, mas, sobretudo, procura assegurar que estas escolhas serão concretizadas e terão os efeitos reais quistos (CAMPOS, 2016, p. 97).

A primeira vez que o ECI foi declarado pela Corte Constitucional colombiana se deu em processo envolvendo direitos previdenciários e de saúde de professores municipais. Após, o instrumento também passou a ser utilizado para afastar diversas outras situações relativas aos problemas da sociedade colombiana, tais como: mora no pagamento de pensões; melhorias no sistema carcerário do país; em favor de defensores de direitos humanos; determinar a convocação de concurso de notários; e situação das pessoas desalojadas em razão da violência na Colômbia. Cada um desses casos proporcionou amadurecimento da Corte para com a análise e eficácia do ECI, em especial, na situação das pessoas desalojadas, a Corte se ateu a não cometer as mesmas falhas que nos outros casos acabou cometendo (CAMPOS, 2016, p. 99).

No entanto, antes de se ater especificamente a este episódio, cumpre-se demonstrar que a declaração do ECI pela Corte colombiana não consiste a um isolado episódio de ativismo institucional, mas sim a todo um caminhar histórico nesse sentido (CAMPOS, 2016, p. 99).

Seu histórico desempenho e caminhar ativista perpassa, principalmente, em dois espaços de atuação, qual seja, o controle das práticas políticas e das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, assim como a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos (CAMPOS, 2016, p. 100).

No caso do controle das práticas políticas e das ações dos Poderes

Executivo e Legislativo, a Corte Constitucional, por exemplo, proferiu decisões significantes como as que “reduziram a capacidade de o Presidente declarar ‘estado de exceção’”, usando-se de controle não só quanto ao caráter procedimental da medida, mas também perfazendo controle judicial do mérito da possível questão que envolvia a declaração do estado de exceção (CAMPOS, 2016, p. 100-102).

Além disso, a Corte também teve um papel principal quanto ao controle de constitucionalidade da reeleição presidencial quando em discussão no contexto colombiano, se valendo, também, da imposição de limites materiais ao legislador reformador, não obstante a Constituição apenas prever limites formais em face do legislador reformador (CAMPOS, 2016, p. 103).

No mais, quanto ao segundo espaço de atuação, a Corte Constitucional colombiana também teve participação fundamental para o avanço e desenvolvimento na elevação e defesa de direitos no país. Assim aconteceu, principalmente, no caso dos devedores hipotecários e do reconhecimento dos direitos dos casais homossexuais. Neste último caso, por exemplo, a Corte atuou de maneira progressiva, amadurecendo aos poucos até chegar ao momento do reconhecimento de direitos patrimoniais, sociais, de herança, união estável, formação de família e casamento aos homossexuais (CAMPOS, 2016, p. 107-112).

Diante dos dois espaços de atuação, observa-se que a Corte Constitucional da Colômbia revela ser um órgão de extrema atuação popular e ativista, razão, portanto, que o comportamento da mesma quando da declaração e o estabelecimento do ECI não passa de mais um reflexo dessa característica institucional (CAMPOS, 2016, p. 120).

Portanto, o reconhecimento do ECI pela Corte da Colômbia está longe de ter sido uma atitude isolada ou excepcional quanto aos seus padrões, pelo contrário, acaba sendo “apenas um estágio, evidentemente avançado, de sua contínua postura ativista em defesa dos direitos fundamentais daqueles mais necessitados e marginalizados dentro da sociedade” (CAMPOS, 2016, p. 120).

Desse modo, para fins de melhor se compreender o conceito e os pressupostos da declaração do ECI cumpre-se descrever uma das decisões tomada pela Corte para reconhecer este estágio, tendo-a como base em razão da mesma referir-se a um aprendizado mais avançado e maduro do Tribunal

Colombiano quanto ao tema.

Pois bem. Em 2004 a Corte Constitucional da Colômbia, na *Sentencia* T – 025, de 2004, enfrentou um caso de violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais, qual seja, o caso do deslocamento forçado de pessoas em razão do alto grau de violência na Colômbia (CAMPOS, 2016, p. 142).

Neste caso, a Corte acabou por enfrentar a omissão do Estado, inclusive legislativa, e declarou a inconstitucionalidade em razão da deficiência das pessoas deslocadas, violadora de direitos fundamentais básicos. Ainda, os juízes impuseram uma solução dos problemas sociais enfrentados no caso por intermédio de uma intervenção estrutural (CAMPOS, 2016, p. 142).

A título comparativo para com os demais casos onde a Corte também chegara a declarar o ECI, cumpre-se mencionar que a principal diferença que este caso demonstrou foi de que a Corte não só se interessou em definir que fossem promovidas políticas públicas direcionadas para remover a violação de direitos fundamentais, foi além, ou seja, também se preocupou com a supervisão do cumprimento da sentença decisional, realizando, para tanto, audiências pública que debatessem as soluções formuladas e proferindo novas decisões e ordens direcionadas a garantir amplo sucesso da decisão proferida (CAMPOS, 2016, p. 143).

Além de reconhecer o ECI ante a violação massiva de direitos fundamentais, a Corte concluiu pela legitimidade da intervenção estrutural por estar presentes todas as principais características do ECI, quais sejam: a massiva e permanente violação aos direitos fundamentais; a omissão de diferentes poderes do Estado que tanto provocava a violação como mantinha seu *status quo*; o envolvimento de um elevado número de pessoas afetadas e a necessidade de a solução atingir todos conjunta e coordenadamente. No mais, a falta de vontade política por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo foi fator essencial para que o problema tivesse faturação estrutural e, portanto, não pudesse ser atribuída a um só poder, assim como deu origem a ampla e sistemática violação de direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 145).

Diante disso, a Corte decidiu pela intervenção de modo a provocar a saída da inércia das autoridades políticas, entretanto, sem diretamente exercer as competências atinentes aos outros poderes. Ao mesmo tempo, ainda se preocupou com a dotação orçamentária. Reafirmou a escassez de recursos,

mas decidiu interferindo na elaboração de orçamento público exigindo, para tanto, a destinação dos recursos para devido auxílio à população deslocada. Determinou a elaboração de nova política pública e exigiu a produção de leis e de um marco regulatório eficiente que pudesse vir a sanar as violações a direitos (CAMPOS, 2016, p. 149).

Por sua vez, essa sentença de declaração do ECI chama atenção pelo fato de ter sido a mais completa, ou seja, por envolver um amplo espectro de motivos que conduzirão a declaração do ECI, assim como o fato de envolver um complexo conjunto de ordens direcionadas a superar esse elevado estágio de violação aos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 152).

Além disso, a principal marca está em uma nova roupagem que a Corte passa a dar a declaração do ECI, isto é, não mais se atendo somente a declarar o estado de coisas, mas também passa a se preocupar com o conteúdo propriamente dito de sua decisão e garantir a implementação daquilo que fora decidido a partir de uma efetiva fiscalização (DOS SANTOS; VIEIRA; DAMASCENO; DAS CHAGAS, 2015, p. 2.602).

Deste modo, ao se preocupar com a eficácia de seu decidir, supera as falhas passadas que se deram em outros contextos de declaração do ECI e passa a monitorar as providências determinadas e que, por ventura, passarem a ser adotadas pelo governo. Portanto, a preocupação passa a ser a de superar efetivamente o ECI relativo ao deslocamento forçado (CAMPOS, 2016, p. 152).

Tendo em vista toda essa evolução histórica, a definição do conceito e dos pressupostos necessários para que se configure um estado de coisas inconstitucional passa a ser mais facilmente compreendido.

A princípio, oportuno destacar que, a existência, por si só, de uma realidade inconstitucional, não é suficiente para que se consuma um estado de coisas inconstitucional. Isto é, não basta apenas a desarmonia teórica da Constituição para com a vivência prática da vida em sociedade civil. Necessário são pressupostos outros (FONTELES; VASCONCELOS, 2015, p. 05-06)

Para Carlos Alexandre (2016, p. 180-186), seriam quatro os pressupostos necessários para fins de se configurar um ECI, quais sejam: 1) o da verificação de um quadro deficitário, bem como de violação massiva e contínua para com um número de diferentes direitos fundamentais e que, por sua vez, afeta um amplo contingente de pessoas; 2) o segundo pressuposto é o ato omissivo reiterado por parte dos poderes públicos para

com o cumprimento de suas obrigações na defesa e garantia dos direitos fundamentais; 3) o terceiro tem a ver com as medidas necessárias para fins de superação do ECI, ou seja, para solucionar, necessário será se exigir o cumprimento de soluções e ordem a não só um órgão em específico, mas a todo um conjunto de órgãos. Isto é, significa que a solução do ECI perpassa pelo comprometimento de uma pluralidade de autoridades públicas; 4) por fim, o quarto pressuposto refere-se à potencialidade de congestionamento da justiça, ou seja, a possibilidade das incontáveis pessoas, que estão tendo seus direitos fundamentais violados, de intentarem a sua pretensão satisfativa no Poder Judiciário e assim congestionar mais ainda o sistema.

Em aquiescência, Daniel Sarmiento (BRASIL, 2015a) também considera estes os quatro requisitos essenciais para fins de se configurar o ECI.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2015b) disciplina em sentido mais reducionista, ou seja, considera apenas três os pressupostos, excluindo a idéia da potencialidade de congestionamento do Poder Judiciário se todos aqueles que tiverem tendo seus direitos violados vierem a recorrer individualmente a justiça.

Em caráter mais reducionista ainda, tem aqueles que defendem a idéia de que o fato da superação das transgressões a direitos fundamentais exigir uma atuação conjunta dos órgãos/autoridades públicas ser, na verdade, “decorrência lógica” do pressuposto da apatia reiterada e persistente destes/destas para superar a situação de violação a direitos fundamentais (FONTELES; VASCONCELOS, 2015, p. 11).

Contudo, independentemente desse debate numérico a respeito dos pressupostos, a verdade é que a definição do ECI não fica por inteira comprometida ou dissonante. Isto é, entende-se que a ideia conceitual é quase que a mesma para os autores, ou seja, o estado de coisas constitucional pode ser definido como uma técnica decisional na qual as cortes e juízes constitucionais verificam uma violação massiva e contínua a um diferente número de direitos fundamentais, por consequência a falhas envolvendo não só um poder, mas falhas estruturais, e assim se declara a completa contradição entre o que a Constituição dispõe e o que a prática nos evidencia, razão pela qual são expedidas ordens e soluções a serem dirigidas e exercidas por um amplo conjunto de órgãos e autoridades a implementarem e formularem políticas públicas efetivas que sejam voltadas a superação da realidade de coisas inconstitucional (CAMPOS, 2016, p. 187).

Para fins do presente artigo, adotará a disciplina doutrinária que defende que são apenas três as características da declaração do ECI, ou seja, também se excluirá a concepção de que a potencialidade de congestionamento do Poder Judiciário possa vir a ser configurado como característica.

No mais, observou-se que, no âmbito do contexto histórico colombiano, por mais que a declaração do ECI não tenha sido o suficiente para superar as inconstitucionalidades existentes no país, proporcionou, porém, a retirada dos demais poderes da inércia e alertou para importância do diálogo entre os mesmos e a sociedade para fins de efetivar as soluções eventualmente propostas para superar o quadro de coisas inconstitucionais.

3. CONCEPÇÃO CRÍTICA AO PAPEL PROTAGONISTA DO PODER JUDICIÁRIO NA DECLARAÇÃO DO ECI

Sabe-se que considerável parte da doutrina faz constantes alertas em contrariedade a medidas que fortalecem o judiciário em desfavor do parlamento. Não em contrário acabou sendo quando da declaração de um estado de coisas inconstitucional por uma Corte Suprema. A razão sucede, principalmente, da idéia de que a declaração do ECI seria uma nova e reformulada forma de ativismo judicial.

No entanto, antes de melhor adentrar no teor desta toada crítica, cumpre-se reafirmar a diferença entre a judicialização da política para o ativismo judicial.

Judicialização da política diz respeito ao episódio no qual questões de ampla repercussão política e/ou social estão sendo debatidas e decididas em arenas diversas da que realmente deveriam, ou seja, importantes questões políticas e sociais sendo cada vez mais debatidas no Judiciário, em vez de acontecer em âmbito de Congresso Nacional e de Poder Executivo (BARROSO, 2009, p. 03).

Para tanto, como já mencionado, existem causas diversas, tais como: a redemocratização; a constitucionalização abrangente e o peculiar sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Contudo, deve-se ter como premissa o fato de que a judicialização não decorre da escolha volitiva ou mesmo opção ideológica da Corte, mas sim do vigente desenho institucional (BARROSO, 2009, p. 03-04).

De outra sorte, embora o ativismo judicial venha da mesma família da

judicialização, o mesmo, porém, não possui as mesmas origens, isto é, não são gerados pelas mesmas causas. Assim, o ativismo judicial seria aquele fenômeno que decorre de uma atitude, de um exercício de vontade política da Corte Suprema, ou seja, a escolha é desta em se valer de determinado modo proativo e exclusivo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance e sentido. Este fenômeno se instala quando da ocorrência de situações de inércia do Legislativo, isto é, de um certo hiato existente entre a sociedade civil e a classe política, razão, portanto, que determinados contextos constitucionais e demandas sociais acabam não tendo efetividade (BARROSO, 2009, p. 06).

Portanto, o ativismo judicial decorre de um protagonismo da Corte Suprema em atuar sobre a Constituição alargando assim a sua teleologia. Isto é, o ativismo judicial em nada tem a ver com os casos de judicialização, posto que estes são consequências de demandas que são levadas para o âmbito do Judiciário e que, por sua vez, em respeito ao princípio da inafastabilidade, invariavelmente tem que decidir sobre a matéria.

Assim, sob a ótica dessa diferença, a declaração do ECI urge para alguns como um incontestado exemplo de ativismo judicial.

De acordo com Lenio Streck (2015, p. 01), o próprio nome da tese já seria de difícil assimilação para futuro debate e, quiçá, combate. No mais, em um contexto nacional de presidencialismo de coalizão, as tensões existentes entre o Executivo e o Legislativo estão fortalecendo cada vez mais o Judiciário, ao ponto de vitimarem seu protagonismo ativista, como, por exemplo, aconteceu com a ideia de se declarar um ECI. (STRECK, 2015, p. 01).

Inclusive, a relação existente entre o presidencialismo de coalizão e as respostas que o STF vem dando as demandas sociais é direta, pois o tensionamento constante entre o Legislativo e o Executivo acaba direcionando ao Poder Judiciário o ônus de solucionar estas tensões e demandas que, por vez, deveriam ser solucionadas em outro âmbito que não o jurídico. O resultado disso é um fortalecimento de determinado poder em desfavor dos demais, em consequência da inércia destes (STRECK, 2012, p. 03).

Assim, a importação da tese colombiana pelo Brasil não deveria acontecer, a não ser que achemos por bem concordar com a hipótese da própria Constituição Brasileira ser considerada como toda um estado de coisas inconstitucional, haja vista o fato da mesma – por não ser uma carta de intenções, mas sim, efetivamente uma norma – estar contaminada por inconstitucionalidades

e por estar em completa dissonância para com a realidade fática do Brasil que se vive (STRECK, 2015, p. 01).

Em um país marcado pelos “sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais” (DE GIORGI; FARIA; CAMPILONGO, 2015).

No mais, a importação da tese do ECI não só coloca as políticas públicas a disposição do Poder Judiciário, como proporciona que sua irrestrita evocação proporcione a ideia de que um estado social é feito com base em decisões judiciais (STRECK, 2015, p. 02-03).

Todavia, importante fazer a ressalva de que o tom crítico a tese do ECI não é porque se negue, ou se queira negar, a importância do Judiciário para o cumprimento da Constituição e, por consequência, da democracia. Pelo contrário, o tom crítico quer é proporcionar melhores reflexões e lembranças de que a Corte Suprema tem como objeto de controle de constitucionalidade as normas jurídicas, não, portanto, a realidade empírica (STRECK, 2015, p. 03).

Com isso, chama-se atenção para o risco que a construção da tese do ECI pode acabar gerando no contexto nacional brasileiro, ou seja, o receio se dá pela sua inconsequente banalização, bem como pelo fortalecimento desmedido e desregrado em favor e nas mãos do Poder Judiciário (STRECK, 2015, p. 03).

Além disso, destaca-se o uso retórico do ECI, uma vez que não haveria qualquer necessidade de se lançar mão desta tese no contexto brasileiro, pois já existe legislação processual penal suficiente para atingir os mesmos fins. Portanto, nada justificaria a atuação ativista do Judiciário neste quesito, tampouco deve ser admitido a sua superposição (STRECK, 2015, p. 04-05).

Com isso, entende-se que o tom crítico ao ECI não se mostra desarrazoado, pelo contrário, demonstra preocupação com questões pontuais e que são de suma importância. Logo, busca-se com tais críticas não só o fortalecimento da contestável tese do ECI, mas, principalmente, o fortalecimento da democracia brasileira e do Estado como todo, ou seja, quer-se evitar que a balança pese mais em favor de um só poder. Se quer, com isso, evitar tiranias de qualquer que seja o poder, seja do Executivo, seja do Judiciário. O mundo e a América Latina, em especial, já experimentaram muitas delas, não se pode dar azo para que uma nova floresça.

4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O APRIMORAMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Neste capítulo, será abordado o mecanismo da Audiência de Custódia (AC), prevista na Resolução nº 213/2015 do CNJ, como instrumento que possibilita maior controle da legalidade da prisão, garante efetividade dos direitos fundamentais, possibilita a diminuição da seletividade penal e o etiquetamento.

Sua fundamentação no ordenamento jurídico pátrio ocorre através da Convenção Americana de Direitos Humanos de 22/11/1969 (Pacto de São José da Costa Rica) – promulgada em 06/07/2012, através do Decreto nº 678/92, que afirma em seu art. 7º que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”.

Tem-se ainda a Constituição Federal de 1988 e outros instrumentos como a Lei n.º 12.403/2011, que possibilitou a imposição de medidas cautelares em substituição à prisão, e o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que em duas oportunidades já confirmou a constitucionalidade e a importância da implantação da audiência de custódia para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240, em sessão plenária do dia 20 de agosto de 2015, os ministros do STF mantiveram as normas que regulamentam a implantação da audiência de custódia no estado de São Paulo.

No mesmo sentido, quando do julgamento da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, realizado em 09 de setembro de 2015, o Pretório Excelso determinou que juízes e tribunais realizassem audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, a fim de viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão, como providência necessária à solução da crise prisional em nosso país.

Existe ainda o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 (Audiência de Custódia) – Proposta de alteração do art. 306 do Código de Processo Penal para estabelecer o prazo de 24 horas para apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada a sua prisão em flagrante.

Por fim, a Lei de Execuções Penais nº 7.210-1984, além de informar a

necessidade do uso do trabalho como instrumento ressocializador de finalidade educativa e produtiva³, registra o respeito à integridade física e moral.

Atualmente, a Resolução n.º 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentando a implantação da audiência de custódia no Brasil no âmbito do Judiciário, destaca em seu primeiro artigo a necessidade de apresentação de toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, a ser feita obrigatoriamente em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Esse ato, na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, auxilia o Magistrado na verificação da situação do fato, possibilitando a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal⁴.

Registra-se, por oportuno, o disposto no art. 6º da mesma resolução, que determina, na apresentação da pessoa presa ao juiz, o prévio atendimento e reservado ao seu advogado ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, preservando direitos constitucionalmente assegurados aos custodiados.

No Maranhão, a regularização ocorreu por meio do Provimento nº 11/2016, que disciplina a audiência de custódia no ordenamento jurídico estadual, no sentido de que o magistrado ouça o preso em flagrante delito, sem demora, para examinar a legalidade da prisão, a incidência de tortura e a

3. O Art. 1º da LEP informa que a execução penal tem o objetivo de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Também o Art. 10. Informa que é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, a assistência ao preso e ao uso de condições básicas ao tratamento do recluso, seja ela material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho. Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. § 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho. § 2º O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição. § 3º A remição será declarada pelo Juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

4. Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.

análise da necessidade da conversão da prisão em preventiva ou da aplicação de outra medida cautelar diversa⁵.

Segundo o Juiz Fernando Mendonça (2015), verificam-se problemas para a entrega do preso no prazo previsto, em virtude da falta de integração dos órgãos e instituições públicas para funcionamento efetivo, da necessidade de melhoria dos sistemas de informatização, da estruturação das equipes psicossociais de monitoramento eletrônico e da fiscalização no cumprimento das medidas alternativas à prisão.

Dessa forma, apesar da grande importância da aplicação da Audiência de Custódia, necessita-se de maior apoio estatal para a sua efetiva implantação, tendo em vista custos estruturais e procedimentais.

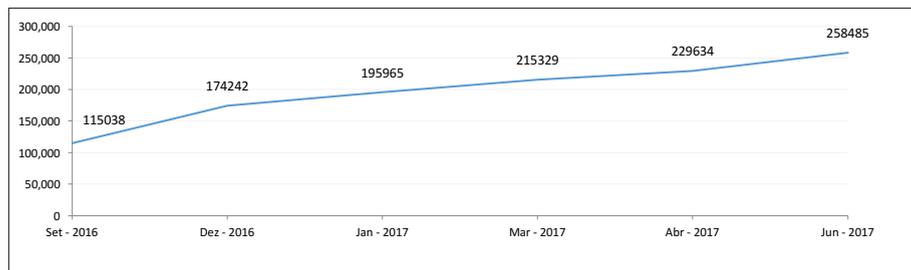
4.1. DADOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA COMARCA DA ILHA DE SÃO LUÍS.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2016), cada preso custa anualmente 36 mil reais ao Estado, de modo que, considerando a existência de 240 mil presos sem condenação, e que o tempo médio de duração das prisões preventivas é de 06 meses, chega-se a um gasto anual de 21,6 bilhões de reais apenas para a manutenção dos presos provisórios pelo Estado Brasileiro.

Considerando-se a Audiência de Custódia, no estudo elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – Relatório CNJ (2016), constatou-se que a economia ao erário foi na ordem de 4,3 bilhões, apenas no ano de 2015, tendo em vista a aplicação de mais medidas cautelares diversas da prisão.

Houve um aumento da Audiências de Custódia desde a sua implantação, partindo de 115.038 em setembro de 2016 para 258.485 em junho de 2017, sendo que foram 55% manutenções de prisões e 45% liberdades provisórias (UMF/2017).

5. Art. 7º – Na audiência de custódia, o juiz informará o atuado da possibilidade de não responder às perguntas que lhe forem feitas e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local de residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão. §1º – Na entrevista a que se refere o “caput” deste artigo, não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução prévia de eventual processo de conhecimento. §2º – Após a entrevista do atuado, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, decidirá, fundamentadamente: I – sobre o relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, a revogação desta, mediante a concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares, ainda que tais questões tenham sido objeto da decisão prévia; II – quanto à necessidade de manutenção da prisão.

Figura 01 – Evolução das Audiências de Custódia no Brasil

Dados coletados pela Unidade de Monitoramento Carcerário do TJMA (Junho de 2017).

Segundo a Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário do TJMA – UMF (2017), as Audiências de Custódia acontecem na Central de Inquiridos na Comarca da Ilha, localizada no Fórum Sarney Costa em São Luís, desde outubro de 2014⁶.

A regulamentação no Estado ocorreu pelos Provimentos CGJ nº 14/2014 e 24/2014, que dispõem sobre a necessidade de realização da audiência de custódia, pelo Provimento CGJ nº 22/2015, que vincula o serviço de plantão judicial criminal da Comarca de São Luís ao Juízo da Central de Inquirido e, finalmente, pelo Provimento CGJ nº 11/2016, que regulamenta a audiência de custódia nas Comarcas com mais de 100.000 (cem mil) habitantes.

A UMF informa ainda que no ano de 2014 foram realizadas 92 audiências de custódia, com 53,26 % de concessão de liberdade provisória e 46,74% de prisões; em 2015, foram realizadas 1.154 audiências, com 51,30% de concessão de liberdade provisória e 48,70% de prisões; em 2016, foram realizadas 1.522 audiências, com 47,11% de concessão de liberdade provisória e 52,89% de prisões; e, em 2017, foram realizadas, até o mês de outubro, 1.732 audiências, com 682 liberdades provisórias (39,38%) e 1.050 Prisões (60,62%).

Assim, a média 2014-2017 foi de 45,33% de liberdades e 54,67% de prisões, no total de 4.500 audiências realizadas até outubro de 2017.

Sobre os tipos mais comuns de prisão, destacam-se que, até outubro de 2017, 38,57% foram por roubo, 33,96% por posse de entorpecentes, 5,97% por porte de arma, 5,63% por furto, 3,13% por Homicídio, 0,75% por lesão corporal, 0,2% por Latrocínio e 11,80% devido a outros tipos de crimes.

6. A ONG Human Rights Watch, ressaltou que o Estado do Maranhão foi o primeiro do Brasil a implantar a Audiência de Custódia em setembro de 2014, na Comarca da Ilha de São Luís, conforme relatório de abril de 2015.

Em seu estudo, a UMF destaca que em 2014 a aplicação de tornozeleiras ocorreu em 8,7% dos casos; em 2015 para 20,71% das ocorrências; em 2016 para 13,67% dos casos; e em 2017 o número aumentou para 11,03% dos casos, conforme tabela abaixo:

Por fim, quanto às Internações ou tratamento ambulatorial na rede substitutiva, registra-se que, em 2015, 03 (três) pessoas foram submetidas; em 2016, 03 (três) pessoas, e; em 2017, até o mês de abril, foram registradas apenas 02 pessoas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando por base a Constituição Federal de 1988, seus direitos e garantias fundamentais e do papel a ser exercido por uma Suprema Corte, o presente artigo foi proposto o enfrentamento da importação, pelo Brasil, da experiência colombiana com o estado de coisas inconstitucional, para fins de solucionar a triste realidade do sistema carcerário brasileiro.

Partiu-se inicialmente da abordagem histórica, conceito e pressupostos do ECI. Nesta fase, foi observado que a declaração de estado de coisas inconstitucional nasceu no contexto colombiano a partir das omissões estatais que implicavam em graves violações a direitos fundamentais.

Em seguida, foi levantada o aspecto crítico ao ECI buscando-se, com isso, reflexões a respeito do tema que possa fortalecer a tese para fins de que a democracia brasileira não seja amplamente ferida. Isto é, a idéia crítica foi para que o governo do povo não seja usurpado ao ponto de se fortalecer, sem medidas, um governo de juízes.

Em seguida, verificou-se que o uso da Audiência de Custódia, implantada a partir da decisão que importou a tese do ECI, ou seja, a partir da ADPF nº 347, regulamentada pela Resolução n.º 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, é um importante mecanismo de controle da legalidade da prisão e efetivação dos direitos fundamentais. Portanto, um mecanismo que deve ser mantido, bem como melhor investido por parte do Estado para fins de que novos e significantes dados venham a ser obtidos no futuro.

Por fim, ao cruzar o âmbito teórico com o prático dos números e dos dados, constata-se que a declaração do ECI pelo Supremo Tribunal Federal não só serve para superar barreiras, como proporciona saudável e palpável esperança para que violações massivas a direitos básicos não mais continuem.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BRASIL. **Partido Socialismo e Liberdade – PSOL**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de concessão de Medida Cautelar nº 347-DF. Advogado Daniel Sarmento. 2015a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 – DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgado: 09/09/2015. 2015b.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FONTELES, Samuel Sales; VASCONCELOS, Fabíola Farias. **O inconstitucional estado de coisas e o risco de canutização do judiciário**. Artigo publicado no I Congresso Brasileiro de Direito Processual Constitucional: Conteúdos do Processo Constitucional no Cenário Latino-Americano. Foz do Iguaçu/Paraná. 2015.

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Opinião: Estado de coisas inconstitucional. **Estadão**, São Paulo, 19 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,1000000043>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

SANTOS, Helena Maria Pereira dos, et al. **Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro**. Quaestio Iuris. v. 08, n. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2.596-2612. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941/15320>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. **O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

VALE, Luis Manoel Borges do; SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza e. **Sobre ativismos e discricionariedades: STF e o estado de coisas inconstitucional**. Coords. Antonio Celso Baeta Minhoto, Celso Hirochi Iocohama, Marcelo Labanca de Araújo. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/73sz1nf2/6c6xh93L4GgulNWA.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em 02 de janeiro de 2017.

MARANHÃO, Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário: Relatório UMF Dados de Presos – Outubro de 2017**. São Luís – 2016^a. Disponível em: <http://site.tjma.jus.br/umf/noticia/sessao/2192/publicacao/415088>. Acesso em 01 novembro de 2017.

_____. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário: Relatório UMF – Audiência de Custódia – Outubro de 2017**. São Luís – 2016^a. Disponível em: <http://site.tjma.jus.br/umf/noticia/sessao/2191/publicacao/415083>. Acesso em 01 novembro de 2017.

_____. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Regulamenta a realização da audiência de custódia prevista na Resolução Nº 2013 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ**. Disponível em <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/50/publicacao/413356>. Acesso em 12 de julho de 2017.

MENDONÇA, Fernando. **Audiência de Custódia na Comarca de Ilha de São Luís – Relatório Final**. São Luís – 2015. Disponível em: http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/415127/relatorio_central_de_inquiritos_finalizado_15-01-2015_24032017_1222.pdf. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.

OS DISPOSITIVOS INQUISITÓRIOS PRESENTES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Yuri Alonso Nunes¹

Salah Hassan.Khaled Jr.²

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar, por meio de pesquisa bibliográfica, a persistência de dispositivos tipicamente inquisitórios no Projeto de Lei nº 8.045 de 2010, o qual dispõe a respeito do Novo Código de Processo Penal. Inicialmente, a presente pesquisa se ocupa da delimitação das noções de sistema inquisitório e sistema acusatório a partir de uma análise de suas principais características estruturais enquanto sistemas puros. Em um segundo momento, passa-se a examinar o princípio unificador que permite identificar a essência inquisitória do sistema processual penal brasileiro. Por fim, examina-se a persistência de poderes jurisdicionais típicos de um sistema inquisitório no Projeto de Lei nº 8.045, o que indica uma possível permanência de elementos inquisitivos no sistema processual penal brasileiro apesar da elaboração do novo CPP.

PALAVRAS-CHAVE: Inquisitorialismo; Projeto de lei nº 8.045 de 2010; Novo CPP.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa, através de pesquisa bibliográfica, as disposições tipicamente inquisitórias que se fazem presentes no Projeto de Lei nº 8.045 de 2010, o qual delibera a respeito do Novo Código de Processo Penal brasileiro. Mais precisamente, a pesquisa tem como objetivo verificar se o Projeto do NCPP foi capaz de superar o pensamento inquisitório que permeia a realidade processual contemporânea no contexto nacional, adequando-se as disposições constitucionais, conforme as exigências impostas por um Estado Democrático de Direito.

O nível de autoritarismo do processo penal, ou seja, as restrições que seu procedimento impõe aos direitos individuais do acusado, apresenta-se como uma expressão inversa ao nível de democratização de um Estado, na

1. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. Mestrando em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande.
2. Professor adjunto de Direito Penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor permanente do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em História (UFRGS).

medida em que sua rigidez revela um caráter político fortes inclinações persecutórias. Logo, diante da relação política existente entre modelo de Estado e sistema processual, resta evidente que em um Estado Democrático de Direito o processo penal deve se encontrar nos moldes impostos pela Constituição Federal, representando uma verdadeira garantia do acusado contra possíveis abusos de poder, o que impõe o combate ao pensamento inquisitório e seu inerente caráter autoritário.

A partir desse horizonte, o presente estudo analisa primeiramente as características do sistema acusatório e do sistema inquisitório enquanto modelos históricos puros, como forma de identificar seus principais elementos processuais, bem como seus reflexos político-criminais. Em seguida, passa-se ao exame do sistema misto e do princípio unificador que permite a identificação de sua essência, avaliando-se o sistema processual penal brasileiro a partir desse critério. Por fim, após delinear o caráter inquisitivo que permeia o Código de Processo Penal vigente, passa-se a investigar o Projeto de Lei nº 8.045 de 2010, questionando a sua capacidade de efetivamente superar o perigoso horizonte inquisitivo e, assim, contribuir para a construção de um sistema processual comprometido com a Constituição.

2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS PUROS

O sistema inquisitório puro, cujas primeiras manifestações remetem à monarquia romana, renasce no medievo entre os séculos XII e XIII, diante de um processo de retomada do direito romano, o qual inspirou a Igreja a promover modificações no procedimento persecutório daqueles que cometiam atos desviantes, ou assumiam posturas contrárias aos seus preceitos doutrinários.³ Como aponta Eugenio Raúl Zaffaroni, “o poder punitivo inquisitorial não era um invento papal, e sim retomava o processo romano imperial em sua versão extraordinária, ou seja, a destinada a investigar o crime majestatis, tal como por exemplo o complô para morte do imperador”.⁴ Uma vez consolidado, o sistema processual inquisitório passou a ser adotado por séculos para a investigação e processamento da heresia. Esta englobava um rol incontável de condutas contrárias às verdades eclesiais.⁵ Tais verdades representavam a única forma aceitável de interpretação da realidade, não sendo tolerada

3. CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 66-67.

4. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45.

5. EYMERICH, Nicolau. *Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores*. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 31-38.

qualquer outra perspectiva, pois, conforme a lógica inquisitorial, “não nos cabe escolher [...] de acordo com o nosso livre-arbítrio, mas ‘seguir’ o que Deus determinou para nós”.⁶ Resultava, assim, em um elaborado instrumento de manutenção *do status quo* e controle do saber.

Neste cenário, o Magistério, composto pelo Papa e pelos bispos, era considerado o autêntico interpretador das escrituras sagradas, onde estavam todas as verdades necessárias para a salvação, sendo o portador exclusivo de uma verdade absoluta, incontestável, pois sua infalibilidade era uma garantia que decorria da vontade divina, de forma que todo aquele que seguisse a palavra do Magistério estaria em conformidade com a palavra do próprio Deus,⁷ e, conseqüentemente, contra a vontade divina aquele que não a seguisse. O herege, com suas visões divergentes acerca da realidade, representava o maior inimigo dessa verdade, e o perigo que ele oferecia justificava as máximas repressões, levando a Igreja a ser intolerante em relação a esse inimigo perigoso.⁸

As características procedimentais deste sistema foram organizadas no *Directorium Inquisitorium*, escrito por Nicolau Eymerich em 1376, e revisado por Francisco de La Peña, em 1578. Nesta obra, os autores formularam um verdadeiro manual, no qual detalharam a atividade e o papel do inquisidor no processo de extermínio da heresia. Na obra estão previstas três formas de iniciar o processo inquisitório: acusação, denúncia e investigação, sendo, no entanto, muito rara a ocorrência da primeira forma, uma vez que, diante de sua requisição, promovia-se todo um incentivo para que o delator não assumisse o papel de acusador, deixando que o próprio magistrado realizasse tal função, como se dava na investigação e na denúncia.⁹ De la Peña aponta ainda que na investigação o procedimento se dividia em duas etapas: geral e especial. Na primeira fase se buscava a materialidade de um crime, possuindo um caráter de investigação preliminar, onde o inquisidor apenas investiga existência de condutas heréticas sem prévia denúncia, enquanto na segunda etapa, por sua vez, se dava o processamento, isto é, a condenação e o castigo do acusado, nada impedindo, no entanto, que se partisse diretamente da segunda fase, diante da imprescindibilidade do combate à heresia, sendo dispensável

6. EYMERICH, Nicolau. *Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores*. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 32.

7. BOFF, Leonardo. Prefácio: Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores*. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 10.

8. BOFF, Leonardo. Prefácio: Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores*. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 11.

9. EYMERICH, Nicolau. *Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores*. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 105-110.

também um delito prévio que justificasse a instauração do processo.¹⁰

Quem procedia com o interrogatório das testemunhas e do acusado era o inquisidor, em um procedimento marcado pela ausência de publicidade. O nome do delator, assim como das testemunhas, era mantido em segredo, sendo aceitas inclusive denúncias anônimas, enquanto o juiz atuava de ofício e secretamente na colheita do material probatório.¹¹ O réu, dessa forma, não tinha conhecimento algum sobre o conteúdo da investigação, ou sequer em relação ao seu andamento. O Inquisidor, por sua vez, era norteador pela incansável busca da verdade, resumindo o processo a uma fórmula para sua descoberta.¹² Na realização dessa tarefa, o juiz atuava como parte, investigava, dirigia, acusava e julgava.¹³ O acusado era mero objeto de verificação da qual o magistrado tinha a tarefa de extrair a verdade sem pudores ou reservas,¹⁴ fato que levava sua prisão a ser uma regra geral no transcurso processo, pois deixava o réu à disposição do inquisidor para que realizasse sua função.¹⁵

Tal ambição era saciada por meio da confissão do acusado, apresentada como prova máxima em um sistema de prova tarifada, no qual, uma vez extraída do acusado, não seria necessária a apuração de nenhuma outra prova para fundamentar sua condenação.¹⁶ O direito de defesa ao acusado, dentro dessa lógica, era entendido como uma mera causa de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença.¹⁷ A função do advogado resumia-se a fazer o réu confessar e se arrepender o quanto antes, como simples meio de adiantar a execução da pena,¹⁸ afastando por completo qualquer possibilidade de incidência do contraditório.

A verdade, representada pela confissão do réu, era buscada inicialmente por meio de interrogatórios, onde o inquisidor, de forma maliciosa, usava

10. EYMERICH, Nicolau. **Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores**. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 108-109.
11. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 63-66.
12. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24-25.
13. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 64.
14. CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 69.
15. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 64-67.
16. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67.
17. EYMERICH, Nicolau. **Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores**. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 137.
18. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67.

truques com intuito de forçar o herege a cair em erros e contradições, convertendo-os em verdade.¹⁹ Se o acusado continuasse negando os fatos a ele atribuídos, o inquisidor poderia se utilizar da tortura como legítimo meio de produção de provas.²⁰ Caso o réu, após ser interrogado e posteriormente torturado, permanecesse sem confessar, era declarada uma sentença de absolvição.²¹ No entanto, inquisidor deveria ser cuidadoso em tal declaração, afirmando apenas que nada foi legitimamente provado contra o acusado, pois, dessa forma, o processo poderia ser retomado sem prejuízos.²² Destaca-se a lição de Salo de Carvalho, na qual o autor aponta que “a insuficiência de provas e/ou sua dubiedade não geravam absolvição, ao contrário, qualquer indício equivalia à semiprova, que comportava juízo de semiculpa e, em consequência, semicondenação”.²³ Esta condenação, por sua vez, diante da equiparação entre as categorias de crime e pecado, era entendida, também, como um mecanismo de absolvição.²⁴

Verifica-se, assim, diante da análise histórica de sua aplicação, que o processo inquisitório, em linhas gerais, caracteriza-se por ser escrito, secreto e não contraditório. A prova, por sua vez, é legalmente tarifada, enquanto a prisão cautelar é a regra.²⁵ Além disso, sua característica fundamental reside na *gestão da prova*, que se encontra essencialmente nas mãos do magistrado,²⁶ uma vez que recolhia de ofício o material que iria constituir seu próprio convencimento.²⁷ A capacidade do magistrado de atuar como gestor da prova que ele mesmo irá apreciar posteriormente permite que o julgador decida antes

19. EYMERICH, Nicolau. **Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores**. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 123.
20. Eymerich apontava que “se o acusado continuar negando, e o inquisidor achar que ele omite seus erros – embora não haja provas – intensificará os interrogatórios modificando as perguntas. Obterá, deste modo, ou a confissão ou, então, respostas discrepantes. Se obtiver respostas discrepantes, perguntará ao acusado por que, de repente, responde de um jeito, e depois, de outro: pressiona-o a dizer a verdade, explicando-lhe que, se não ceder, terá que ser torturado. Se confessar, tudo bem. Senão, isso bastará juntamente com outros indícios, para levá-lo à tortura e, deste modo, arrancar-lhe a confissão”. EYMERICH, Nicolau. **Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores**. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 125.
21. EYMERICH, Nicolau. **Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores**. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 155.
22. EYMERICH, Nicolau. **Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores**. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993. p. 150-151.
23. CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 68.
24. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.
25. CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17.
26. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.
27. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 63.

e depois apenas busque obsessivamente as provas necessárias pra justificar a decisão já tomada.²⁸ Nesse sentido, Salo de Carvalho aponta que a sistemática do modelo inquisitorial “*estabelece, pois, no magistrado, quadros mentais paranoicos, e tendências policiaiscas, visto que, ao invés de o juiz se convencer através da prova careada para os autos, inversamente a prova servia para demonstrar o acerto da imputação formulada pelo juiz-inquisidor*”.²⁹

Contudo, cabe analisar ainda um segundo modelo de sistema processual penal puro que se traduz em uma expressão completamente contrária à lógica inquisitória: o sistema acusatório. Sua estrutura procedimental demonstra uma forte inclinação em preservar as garantias do réu, entendido como sujeito de direitos, e não mero objeto para a extração da verdade. Salo de Carvalho, a respeito desse modelo processual, observa que “o processo acusatório caracterizou-se, desde o princípio, como *actus trium personarum*, público, oral contraditório, no qual o juiz não tomava iniciativa de apurar coisa alguma”.³⁰ Tal sistema já se manifestava no Direito grego, no qual o povo participava diretamente da acusação e do julgamento.³¹ O processo penal grego, mais precisamente o ateniense, corresponde ao sistema acusatório puro, dado que qualquer cidadão podia formular uma acusação perante a autoridade competente, existindo inclusive pressupostos para sua admissibilidade.³² O julgamento, por sua vez, era público e o acusado costumava ser mantido em liberdade durante o processo, estando sempre em igualdade com o acusador.³³ Em razão de tais características, Salah Hassan Khaled Jr. percebe “a importância que o sistema atribuía à presunção de inocência do acusado, dando-lhe condições para efetivamente defender-se das acusações que lhe eram feitas e conformando uma estrutura processual de manifestação coibida e regrada do poder punitivo”.³⁴ O autor destaca ainda que apesar da crueldade das penas, que geralmente desconsideravam os direitos do indivíduo perante o Estado,³⁵ em relação às questões processuais:

28. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.

29. CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.18.

30. CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 8.

31. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 58-59.

32. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 18.

33. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 19.

34. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013.. p. 19.

35. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 19.

[...] o sistema ateniense caracterizava-se por conter elementos que são fundamentais para o sistema acusatório: a separação das funções de acusar e julgar, a gestão da prova nas mãos das partes e a publicidade e oralidade. Trata-se de um procedimento estruturado com base na argumentação e em uma produção de verdade que era dinamizada pelo seu aspecto dialogal, ou seja, pela supremacia do contraditório, configurando um modelo de processo acusatório clássico, no qual o juiz não age por iniciativa própria, “*ex officio*”: ou seja, não pode impulsionar o procedimento e investigar os fatos não é missão sua. Seu papel consiste exclusivamente em examinar o que as partes trazem ao processo e decidir sobre a sua verdade: dirige o combate e anuncia o resultado.³⁶

Outro momento histórico que cabe ser destacado consiste no último século da República romana, em que o sistema acusatório assumia características semelhantes àquelas analisadas no sistema grego.³⁷ Nesse período, o processo penal da *accusatio* tinha início por meio da acusação do ofendido ou de seu representante, sendo posteriormente empregada, também, ação popular pública, diante da introdução dos crimes contra a coletividade. O acusador, mediante autorização do magistrado, era quem procedia com a busca de provas da materialidade e da autoria do fato, sendo fiscalizado pelo acusado em todos os atos.³⁸ A acusação era composta por um representante da comunidade que atuava em tal função como meio de satisfazer o ofendido e, ao mesmo tempo, desenvolver suas capacidades oratórias, demonstrando competência para atuar em cargos públicos.³⁹ O magistrado, por sua vez, era o órgão que representava o Estado, limitando-se estritamente à função jurisdicional, ou seja, deliberação e pronunciamento da sentença.⁴⁰ Além disso, os já limitados poderes do juiz foram lentamente absorvidos pelos jurados após o estabelecimento dos tribunais populares, ato que acentuou a democratização do processo penal romano.⁴¹ Assim, o procedimento acusatório romano possuía regras e princípios jurídicos que procuravam limitar a arbitrariedade, tendo como eixo central os debates orais e públicos dos quais insurgiam os fundamentos para a decisão do tribunal.⁴² Dessa forma, delineavam-se

36. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 20.

37. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 28.

38. CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 7-8.

39. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 26.

40. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 24.

41. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013.. 25.

42. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 27.

característica essenciais ao sistema acusatório, o qual repousa na instrução da parte que assume as rédeas da investigação preliminar, bem como a carga da prova, tudo diante da postura inerte do magistrado.⁴³

Por fim, outro contexto processual de imensa importância histórica que consagra o sistema acusatório é aquele introduzido na Inglaterra, a partir da *Magna Charta Libertatum*, em 1215, representando uma vitória dos barões na sua luta contra a concentração dos poderes do rei, bem como uma verdadeira cultura de respeito à cidadania⁴⁴. Diante de tal documento, o processo penal inglês nasce caracterizado pela plenitude do contraditório, uma vez que instituiu uma disputa entre as partes, em local público e perante um júri, enquanto o juiz estatal permanecia inerte, distante da colheita de provas.⁴⁵ Nesse sentido, Salah Hassan Khaled Jr, aponta que:

Nesse sistema, o papel do juiz não é dizer o direito, mas sim guiar o processo rumo à sua conclusão. Ele orienta e facilita o trabalho do júri, mas não é de modo algum um ministro da verdade: cabe ao júri dizer o verdadeiro e o falso, distinguir o justo e o injusto; o juiz não é sequer um árbitro, mas um intermediário entre as partes e o verdadeiro árbitro, que é o júri. O processo penal inglês em sua forma clássica é um procedimento de partes no qual o juiz dirige o juízo como uma espécie de condutor imparcial: trata-se de um processo acusatório puro, porque somente os fatos alegados pela acusação podem conduzir a uma condenação.⁴⁶

Apesar, da possibilidade de que os jurados tomassem decisões a partir de razões obscuras, sendo inverificável o juízo que leva determinado fato a ser considerado provado ou não provado, esse processo inglês possuía inegáveis virtudes no que se refere à contenção do poder, assumindo tessitura totalmente distinta daquela predominante na Europa durante o período.⁴⁷

Verifica-se que, diante da análise dessas diferentes manifestações históricas, o modelo processual estruturado a partir do paradigma acusatório, conforme aponta Jacinto Coutinho:

43. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 28.
44. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.
45. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.
46. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 106-107.
47. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 107-108.

[...] não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero, com razão, chamou de “*quadro mental paranóico*”, em face de não ser, por excelência, o *gestor da prova*, pois quando o é, tem, quase, que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a “sua” versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.⁴⁸

Assim, a gestão da prova como atividade exclusiva das partes apresenta-se como ponto central para compreender a lógica acusatória. Diante da inércia do juiz durante a instrução, o acusado tem plena possibilidade de gozar dos princípios do contraditório e da ampla defesa, fato que representa um processo penal comprometido com os ideais democráticos. Dessa forma, mostra-se gritante a diferença entre as inclinações políticas do sistema acusatório em relação àquelas percebidas no procedimento inquisitivo. O papel assumido pelo juiz reduz os espaços para ocorrência de possíveis lesões aos direitos do acusado, diferentemente do que se verificava no processo inquisitivo, onde o magistrado era livre para assumir posição ativa durante todo o procedimento, limitando o exercício de defesa do réu. Com observa Khaled Jr., fica claro que:

Em um sistema acusatório o processo é público, o juiz é um árbitro imparcial e a gestão da prova se encontra nas mãos das partes. A investigação sigilosa e a quebra de imparcialidade do juiz (que assume a dupla função de acusar e julgar) é o que caracteriza, sobretudo, o sistema inquisitivo. Um sistema acusatório é tendentemente democrático, enquanto um sistema inquisitivo é dado a práticas punitivas autoritárias.⁴⁹

3. O CARÁTER INQUISITÓRIO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Uma vez analisadas as estruturas procedimentais dos sistemas acusatório e inquisitivo em suas manifestações puras no decorrer da história, o presente estudo passa a analisar a estrutura do sistema processual brasileiro contemporâneo a partir do Código de Processo Penal de 1941, ressaltando as inclinações antidemocráticas de seu procedimento, bem como o papel por ele atribuído ao magistrado. Primeiramente, como ponto de partida para a reflexão proposta, cabe apontar que o processo penal brasileiro é

48. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 32.
49. KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitivo?. In **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 293-308, Nov. 2010. Disponível em: <<http://revistas.eletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513/5607>>. Acesso em: 06. Nov. 2017. p. 294.

comumente classificado pela doutrina como “sistema processual misto”, pelo fato de que os sistemas acusatório e inquisitório, enquanto sistemas puros, seriam modelos históricos, que não se fariam presentes na atualidade. Seu procedimento, dividido em duas fases, seria predominantemente inquisitório na primeira, de natureza administrativa e preparatória, e acusatório durante a segunda, de caráter processual.⁵⁰

Contudo, a questão do sistema misto vem a ser efetivamente refletida e problematizada a partir do pensamento de Jacinto Coutinho. Segundo o autor “um sistema processual penal misto, ao contrário do que comumente pensam alguns, não é a simples somatória de elementos dos dois sistemas puros”.⁵¹ O autor ressalta não apenas que todos os sistemas contemporâneos acabam, de certa forma, sendo mistos, mas também que o sistema misto não existe enquanto um terceiro sistema independente, por carecer de um princípio unificador próprio. No mesmo sentido, Alexandre de Moraes da Rosa, destaca que “falar-se de sistemas mistos não pode se dar na modalidade sistemática por ausência de um significante primeiro. Com essa dupla face instaura-se uma dupla legalidade e verdadeira confusão sob aparência de sistema. É impossível um sistema misto[...]”.⁵² Conforme Coutinho:

Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, *sistemas puros*, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigora sempre *sistemas mistos*, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua *inteireza*, acaba recepcionado como um *terceiro sistema*, o que não é verdadeiro. O dito *sistema misto, reformado ou napoleônico* é a conjunção dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é *essencialmente inquisitório* (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é *essencialmente acusatório*, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório.⁵³

Assim, a partir desse horizonte, mostra-se plenamente possível que um sistema processual mantenha uma verdadeira natureza inquisitória e, ao mesmo tempo, apresente diversas características do sistema acusatório, que,

50. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 69.
51. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2017. p. 107.
52. ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 151.
53. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-18.

ao assumirem papel secundário em sua estrutura, acabam ocultando o seu caráter inquisitivo. Diante da inexistência do sistema processual penal misto como um terceiro sistema, Jacinto Coutinho entende que, sendo o objetivo do processo a reconstituição de um fato histórico, ou seja, do crime, a partir do arsenal probatório levantado, o modo como é realizada a *gestão da prova* passa a constituir um efetivo critério de identificação do princípio unificador que classifica a essência do sistema.⁵⁴ A partir da gestão da prova surgem dois princípios informadores: o dispositivo, no qual ela está nas mãos das partes, fundando o sistema acusatório; e o inquisitivo, no qual ela se encontra nas mãos do juiz, fundando, por sua vez, o sistema inquisitório.⁵⁵ Nessa perspectiva, um sistema que consagre, por exemplo, a separação inicial de atividades, bem como os princípios da oralidade e da publicidade, pode continuar sendo inquisitório caso permita ao juiz a possibilidade de colher provas de ofício.⁵⁶

Assim, a partir desse horizonte de compreensão dos sistemas processuais penais, verifica-se que o papel inerte do juiz durante a instrução, na qual a gestão prova se encontra exclusivamente nas mãos das partes, é condição essencial para se que se evite a consagração de um sistema inquisitório. Como bem observa Salah Khaled Jr., “é preciso deixar claro que o que está em jogo nessa definição não é uma mera etiqueta acadêmica: a concessão de poderes para que o juiz produza provas representa uma porta aberta para o decisionismo e a reprodução da patologia inquisitória”.⁵⁷

Ao tentar aplicar o critério proposto por Coutinho no processo penal brasileiro, merece destaque o art. 156, incisos I e II, do CPP. O referido dispositivo, ao tratar da iniciativa probante, prevê de forma expressa que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, no entanto, facultado ao juiz de ofício “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”, bem como “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Essas iniciativas probatórias facultadas ao magistrado

54. COUTINHO, Jacinto. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: **Revista de estudos criminais** (01). Porto Alegre: Notadez, 2001. p. 28.
55. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 74-75.
56. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 76.
57. KHALED JUNIOR, Salah Hassan. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. In: **Revista da Emerj**, v. 18, n. 67, p. 340-355, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_340.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2017. p. 343.

evidenciam que o sistema processual brasileiro se estrutura a partir do que Jacinto Coutinho considera como princípio inquisitivo, e por consequência, preserva o que o autor reconhece como elemento definidor da essência inquisitória do sistema, uma vez que permite que o juiz venha a assumir uma posição ativa, inclusive durante a instrução, para buscar o material probatório necessário à fundamentação de seu próprio convencimento. Nesse sentido, ressaltam-se as conclusões de Coutinho, nas quais o autor aponta que:

[...] o sistema processual penal brasileiro é, na essência, *inquisitório*, porque regido pelo *princípio inquisitivo*, já que a *gestão da prova* está primordialmente nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como *sistemas mistos*. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver um *princípio misto*, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na *essência*, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.⁵⁸

Deste modo, demonstra-se a preservação de uma característica elementar do sistema inquisitório no processo penal brasileiro, a qual chega a ser considerada por diversos processualistas como o elemento definidor da essência inquisitiva do sistema processual nacional. A imparcialidade do magistrado, ponto imprescindível para consagrar os princípios do contraditório e da ampla defesa, é abalada diante desses poderes instrutórios, apresentando-se como verdadeiro germe antidemocrático no contexto político e jurídico pátrio. Como referido, a gestão da prova nas mãos do juiz leva à formação de quadros mentais paranóicos e tendências policialescas,⁵⁹ assim como à legitimação de crença no imaginário, diante da possibilidade de formular um julgamento prévio para que posteriormente junte as provas que demonstrem a sua versão.⁶⁰ Resta evidente, conforme ressalta Aury Lopes Jr, que:

O juiz, ao ter a iniciativa probatória, este ciente (prognóstico mais ou menos seguro) de que conseqüências essa prova trará para a definição do fato discutido, pois quem “procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou

58. COUTINHO, Jacinto. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: **Revista de estudos criminais** (01). Porto Alegre: Notadez, 2001. p. 29.

59. CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.18.

60. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 32.

tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do juiz”. Mais do que uma “inclinação ou tendência perigosamente comprometedora”, trata-se de sepultar definitivamente a imparcialidade do julgador.⁶¹

Ademais, além de preservar o elemento que Jacinto Coutinho considera essencial do sistema inquisitório – a gestão da prova – destaca-se que diversos poderes conferidos ao juiz pelo Código de Processo Penal – tais como a decretação de prisão preventiva de ofício (art. 311); a possibilidade de condenar ainda que diante do pedido de absolvição do Ministério Público (art. 385); e a faculdade de reconhecer agravantes não alegadas (art. 385) – representam claras preservações de inquisitorialismo, que não se esgotam na capacidade probatória do juiz. Tais dispositivos acabam aprofundando o caráter antidemocrático do direito processual penal brasileiro ao permitirem que o magistrado assumira a função de acusador e cause lesões ainda maiores aos princípios da imparcialidade, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Logo, diante dessa preservação do pensamento inquisitorial realizada pelo Código de Processo Penal brasileiro não há como se falar em efetivação de um processo penal democrático. A lógica inquisitiva não apenas infectou a elaboração do CPP, mas estruturou uma concepção autoritária acerca do papel do magistrado no processo penal que sobrevive ainda no atual cenário constitucional. Apesar do projeto democrático consagrado em 1988, o Código de Processo Penal de 1941 possui evidente natureza inquisitória, altamente atentatória às garantias fundamentais do réu, apresentando inegável incompatibilidade sistemática em relação aos preceitos da Constituição Federal.⁶² Aury Lopes Jr., ao analisar o atual CPP, é pontual ao destacar que:

Sua sobrevivência tem exigido verdadeiro contorcionismo jurídico, difícil e perigoso, pois deixa uma porta aberta para que os adeptos do discurso autoritário e paleopositivista neguem eficácia a determinadas garantias fundamentais, fechando os olhos para a substancial invalidade de uma série de normas processuais. Daí a necessidade urgente de uma reforma total do Código de Processo Penal, não podendo conceber alterações pontuais.⁶³

A superação da inquisitorialidade, portanto, revela-se como ponto essencial para a consagração de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. A necessária consagração das garantias processuais constitucionais exige a

61. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 80.

62. LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213-214.

63. LOPES Jr, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.41

reconstrução do papel do magistrado, bem como do próprio processo penal como um todo, adequando-se à realidade política consagrada pela Constituição.

4. O PROJETO DE LEI Nº 8.045 DE 2010 PERANTE A NECESSARIA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

O sistema processual penal de um Estado reflete diretamente seus níveis de autoritarismo, diante da maior ou menor proteção que sua estrutura oferece aos direitos fundamentais do réu. Assim, a escolha do tipo de sistema a ser adotado decorre do próprio modelo de Estado no qual será inserido, bem como das relações entre este Estado e seus cidadãos, relacionando-se muito mais com questões políticas do que técnico-processuais.⁶⁴ Nesse sentido, a partir das dimensões de um Estado Democrático de Direito, o processo penal assume prisma de garantia.⁶⁵ Considerando que o fenômeno punitivo está diretamente relacionado com a figura do poder e que este tem tendência de romper com todas as barreiras impostas, a instrumentalidade do processo penal assume sua legitimidade apenas quando associada à preservação dos direitos fundamentais do acusado.⁶⁶ Destarte, sendo o poder inclinado à expansão, o processo penal tem o dever de limitar ao máximo as possibilidades de danos aos direitos do réu que possam decorrer de tal avanço.⁶⁷

Logo, dado que a imensa maioria das garantias processuais penais do acusado está prevista na Constituição Federal, o processo só adquire legitimidade a partir de sua conformidade com os preceitos constitucionais.⁶⁸ Sua estrutura se encontra completamente vinculada às disposições da Constituição, sendo a proteção e a efetivação dos direitos nela previstos a maior finalidade do processo penal. Como bem refere Nereu Giacomolli “o sistema de garantias está estabelecido, no que se refere ao âmbito criminal e também ao processo penal, como limite da incidência do poder punitivo estatal, em todas as suas perspectivas”.⁶⁹

64. KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas S.A., 2013. p. 14.

65. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal:** introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 30-31.

66. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal:** introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 29-30.

67. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal:** introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 30.

68. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal:** introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 36.

69. GIACOMOLLI, Nereu. Exigências e perspectivas do Processo Penal na contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II.**

Desse modo, conforme ressalta Ricardo Jacobsen Glockner:

A instrumentalidade do processo penal somente assume sua legitimidade quando associada à preservação dos direitos fundamentais do acusado. [...] Desta arte, o termo instrumentalidade aqui é tratado como instrumentalidade constitucional do processo. A sua legitimação se encontra respaldada no momento em que tenciona evitar que a vontade de punir estatal produza violações àqueles direitos que o próprio Estado se obrigou à não ingerência. A esfera do indisponível, aquilo que o Estado não pode tocar (os direitos fundamentais de liberdade) configura um dos pontos cardeais do processo, cuja a existência deve necessariamente impedir atos arbitrários do poder punitivo estatal.⁷⁰

Assim, o caminho para que se atinja um sistema processual penal condizente com o atual contexto político e jurídico pátrio, deve partir, necessariamente, dos preceitos democráticos previstos na Constituição Federal, uma vez que ela “além de estabelecer uma nova ordem política e social, delineou uma nova ordem jurídica, com profundos reflexos no processo penal”.⁷¹ Logo, valendo-se mais uma vez das lições de Nereu José Giacomolli, o processo penal, diante da Constituição de 1988:

[...] deixou de ser mero instrumento utilizado para condenar e aplicar as penas ou para absolver, na medida em que tutela direitos e garantias, conformadores do processo, cuja garantia compete ao terceiro imparcial (devido processo). A democracia da nova ordem constitucional reflete na democratização do processo, sem supremacia das partes ou do julgador, mas com o delineamento de funções a cada sujeito, as quais são interdependentes e constroem uma gama de decisões a cada situação criminal tensionada no espaço público processual. Em cada caso penal incidirão regras processuais referenciadas pela hermenêutica constitucional, no direcionamento da tutela jurisdicional efetiva.⁷²

No que pese esse compromisso constitucional do processo e a manifesta incompatibilidade do atual CPP, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.045 de 2010 (PL nº 8.045/10), o qual dispõe a respeito da criação de um novo Código de Processo Penal (NCPP), representando uma tentativa de adequar a realidade processual aos moldes impostos pela Constituição Federal. Contudo, o presente estudo se ocupa investigar se o PL nº 8.045/10 conseguiu efetivamente superar a preservação do inquisitorialismo que opera na realidade processual penal brasileira. Questiona-se se o NCPP, nos moldes

Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: < <http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>>. Acesso em: 28 de nov. de 2017. p. 288.

70. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal:** introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 29-30.

71. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal.** São Paulo: Atlas, 2014. p. 80.

72. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal.** São Paulo: Atlas, 2014. p. 80.

propostos, poderá efetivamente se aproximar de um processo penal democrático, o qual, segundo Aury Lopes Jr. “impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no ‘amor ao contraditório’”.⁷³

O primeiro passo para a realização da análise proposta não poderia ser outro a não ser verificar se o projeto do novo código preserva os poderes instrutórios do juiz. Sendo a gestão da prova considerada por diversos processualistas nacionais como o princípio unificador que informa a essência do sistema, o questionamento em relação à preservação da lógica inquisitória deve preferencialmente partir de um exame a respeito de tal elemento. Assim, cabe investigar, em primeiro lugar, se o PL nº 8.045/10 conseguiu delimitar uma atuação inerte ao magistrado, remetendo a atividade probatória exclusivamente às partes, elemento basilar para a formação de um processo penal compatível com as garantias fundamentais e com um contexto político democrático.

Contudo, a análise do art. 165, parágrafo único, do referido Projeto de Lei demonstra que a reforma, até o momento, não conseguiu efetivamente superar o princípio unificador do sistema inquisitório, pois prevê que “será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes”. Primeiramente, deve-se reconhecer que tal dispositivo avançou em relação ao art. 156 do Código atual, pois delimita expressamente que as diligências só podem ser requeridas a respeito de provas já levadas ao processo por alguma das partes. No entanto, é inegável que facultar tal poder ao juiz, ainda que de forma mais contida, representa a possibilidade de que ele venha a tomar a iniciativa para reexaminar a prova e, assim, introduzir novas informações ao processo, as quais ele mesmo irá apreciar e utilizar como fundamento para sua decisão.

A gestão da prova nas mãos do magistrado, ainda que de forma atenuada, consiste em um injustificável obstáculo aos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, pois possibilita que diante de uma dúvida o juiz deixe de absolver o réu – como é imposto por tais princípios – e parta ele próprio da busca dos elementos necessários para justificar uma sentença condenatória. Essa possibilidade ainda vem a ser agravada pelo fato do referido art. 165 não prever qualquer limite aos reexames, podendo o magistrado requisitar sucessivas diligências até alcançar a informação que acredita necessária para justificar seu juízo.

73. LOPES Jr, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. In: **Boletim IBRASPP**, nº 5, 2013. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/publicacoes/boletim>>. Acesso em: 01 de Ago. 2015. p. 33-34.

Em um processo democrático a dúvida gerada pelo contexto probatório representa que a acusação não conseguiu reverter a presunção de inocência do acusado, justificando, assim, a sua absolvição. Logo, a resistência à dúvida por parte do magistrado é análoga a resistência à absolvição, que nada mais é do que vontade de condenação, típica da lógica inquisitória e de um contexto político autoritário. Portanto, ao facultar que o juiz venha a intervir na gestão da prova, o projeto do NCPP acaba restringindo não apenas o alcance da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, mas igualmente dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade, uma vez que o magistrado pode acrescentar elementos de convicção para sustentar seu próprio juízo antecipado de culpa, tudo isso em uma preservação ofuscada do princípio unificador do sistema inquisitório.

Dessa forma, fica evidente que apesar de ter atenuado a atividade probatória do juiz, o PL nº 8.045/10 não foi capaz de superar completamente a essência inquisitória, que persiste de forma menos evidente, porém com implicações práticas igualmente atentatórias aos direitos fundamentais do acusado. Por mais que se restrinja aos elementos já colhidos pelas partes, o juiz ainda pode caminhar no sentido de sua vontade de condenação, rompendo as barreiras impostas pelas disposições constitucionais. O germe inquisitório no projeto do Novo Código de Processo Penal, portanto, não deixa de ser um obstáculo à conformidade constitucional do processo e à democratização das práticas punitivas.

Além disso, mostra-se fundamental destacar que o referido art. 165, parágrafo único, não é o único dispositivo do PL nº 8.045/10 que permite ao juiz assumir uma postura ativa e de caráter autoritário. Diversos outros artigos preservam poderes já atribuídos ao magistrado pelo atual CPP, permitindo que sua atividade se misture com a atividade do Ministério Público e acabe resultando em legítimas hipóteses de acúmulo das funções de acusar e julgar. Entre tais dispositivos, destaca-se primeiramente o art. 38, parágrafo único do Projeto do NCPP, o qual permite que o juiz das garantias se oponha às razões invocadas pelo Ministério Público no pedido de arquivamento do inquérito policial, fazendo com que, o inquérito ou peças de informação sejam remetidas ao procurador-geral, de forma que este poderá oferecer a denúncia, designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistir no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender – disposições previstas de forma análoga no art. 28 do Código atual. A possibilidade de o magistrado vir a questionar o pedido de arquivamento

do inquérito policial, contrariando a decisão do próprio titular da ação penal, nada mais é do que uma evidente confusão das atividades de acusar e julgar, típica da estrutura processual inquisitória.

No mesmo sentido, o PL nº 8.045/10 ainda prevê que “o juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada”. Tal disposição é semelhante àquela prevista no art. 385 do Código de Processual Penal vigente, apresentando, no entanto, certo avanço, uma vez que retira o poder do juiz para reconhecer agravantes não alegadas pela acusação. De qualquer forma, resta plenamente preservada outra hipótese evidente de confusão entre atividades de acusar e julgar. Esse resquício inquisitório permite que o magistrado condene inclusive diante do pedido de absolvição por parte do próprio Ministério Público. Tal ato representa uma espécie de condenação de ofício, permitida independentemente da figura do acusador, a qual acaba sendo exercida pelo próprio juiz-inquisidor.

Por fim, destaca-se também que art. 525 do Projeto dispõe que “no curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste Livro”. Novamente estamos diante da reprodução de um poder já atribuído ao magistrado no atual Código de Processo Penal, mais precisamente em seu art. 282, § 2º, o qual prevê que “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. Essa faculdade traduz uma manifesta preservação dos mecanismos procedimentais inquisitórios, dado que, conforme analisado anteriormente, a prisão cautelar era regra no processo de combate e eliminação da heresia.

Contudo, a possibilidade do juiz decretar medidas cautelares de ofício representa um perigo ainda maior diante da forma como se dá a gestão penal do “inimigo” na América Latina. Na realidade sul-americana, como bem observa Zaffaroni, “as medidas de contenção para os *inimigos* ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal em seu aspecto repressivo, por via da chamada *prisão ou detenção preventiva, provisória*, ou seja, o confinamento cautelar a que estão submetidos 3/4 dos presos da região”.⁷⁴ O autor chega a apontar que “as

74. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 109.

taxas de prisionização latino-americanas não variam segundo as penas previstas nos códigos penais, e sim segundo as disposições processuais que ampliam ou limitam a prisão preventiva”.⁷⁵ Logo, possibilitar que magistrado assuma uma postura autoritária e venha a decretar medidas cautelares de ofício flexibiliza a aplicação das prisões preventivas e afasta ainda mais o processo penal de seu compromisso democrático, abrindo espaço para práticas processuais com nítido caráter persecutório, legítimos resquícios do processo penal inquisitivo.

5. CONCLUSÃO

Assim, diante da análise construída no presente artigo, demonstrou-se que o PL nº 8.045/10 não foi capaz de promover a superação da tradição inquisitória do processo penal brasileiro. Além de consagrar o princípio inquisitivo de forma ofuscada através da possibilidade do magistrado intervir diretamente na gestão da prova já juntada pelas partes, o Projeto do NCPP ainda permite que o juiz venha a suprir a atividade do Ministério Público, atuando com legítimo interesse de acusador em diversas situações, como quando se opõe ao pedido de arquivamento do inquérito, ou inclusive de absolvição, formulado pelo titular da ação penal. Além disso, a possibilidade de decretar prisões preventivas de ofício consolida a figura de um magistrado com amplos espaços para assumir posturas arbitrárias e autoritárias, instrumentalizando um processo voltado à contenção do inimigo. Portanto, no lugar de concretizar um processo democrático, marcado pelas garantias fundamentais da imparcialidade, do contraditório e da presunção de inocência, o PL nº 8.045/10, até o presente momento, acaba consagrando um processo penal com perigosos resquícios inquisitórios.

Essa preservação da tradição inquisitiva funciona como um grande obstáculo à construção de um processo penal democrático e comprometido com o papel de garantia de que lhe cabe perante as exigências da Constituição Federal. É evidente que o resultado final desse projeto ainda depende de revisões parlamentares, contudo, caso essa estrutura seja preservada, teremos desperdiçado uma preciosa oportunidade de superar a tradição inquisitiva e caminhar rumo a um processo penal constitucionalmente comprometido.

REFERÊNCIAS

BOFF, Leonardo. Prefácio: Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau.

75. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 283.

Directorium inquisitorum – manual dos inquisidores. 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COUTINHO, Jacinto. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: **Revista de estudos criminais** (01). Porto Alegre: Notadez, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

EYMERICH, Nicolau. **Directorium inquisitorum – manual dos inquisidores.** 3. ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

GIACOMOLLI, Nereu. Exigências e perspectivas do Processo Penal na contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>>. Acesso em: 28 de nov. de 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: Introdução Princiopológica à Teoria do ato processual irregular.** Salvador: Juspodivm, 2013.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. In: **Revista da Emerj**, v. 18, n. 67, p. 340-355, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_340.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2017.

KHALED Jr, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas S.A, 2013.

KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?. In **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, [S.1.], v. 10, n. 2, p. 293-308, Nov. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513/5607>>. Acesso em: 06. Nov. 2017.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional:** volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES Jr, Aury. **Introdução crítica ao processo penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES Jr, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. In: **Boletim IBRASPP**, nº 5, 2013. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/publicacoes/boletim>>. Acesso em: 01 de Ago. 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Rio de Janeiro: Revan, 2013.

PROCESSO PENAL DO FUTURO OU O FUTURO DO PROCESSO PENAL (?): A “EFICIÊNCIA” EM UM PROCESSO PENAL LÍQUIDO EXPERIMENTADO EM “WHITECHRISTMAS – BLACK MIRROR”

Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes¹

RESUMO: O presente escrito faz uma breve análise crítica acerca do episódio “*Whitechristmas*” da série de televisão *Black Mirror* e como as novas tecnologias e a ordem social da aceleração tem afetado negativamente o Processo Penal contemporâneo e sua essência democrática. Clama-se por mais celeridade e confunde-se eficácia com efetividade processual, de modo que por uma resposta estatal mais rápida face ao delito, opta-se por uma resolução processual subtraída de garantias fundamentais. Estas garantias, inerentes a todo o ordenamento jurídico processual penal, perdem força pela influência dos tempos líquidos.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; garantias processuais; Black Mirror; Tempos líquidos.

ABSTRACT: This paper briefly reviews the “Whitechristmas” episode of the Black Mirror television series and how new technologies and the social order of acceleration have negatively affected the contemporary Criminal Procedure and its democratic essence. It is criticized for more speed and is confused with effectiveness with procedural effectiveness, so that for a faster state response to the crime, a procedural resolution subtracted from fundamental guarantees is chosen. These guarantees, inherent to the entire legal system of criminal procedure, lose force by the influence of liquid times.

KEYWORDS: Criminal proceedings; Procedural safeguards; Black Mirror; Liquid times.

1. INTRODUÇÃO

Black Mirror é uma série de televisão britânica de ficção científica que retrata em diversos episódios os reflexos percebidos em sociedade moderna onde a dinâmica social está diretamente entrelaçada com as novas tecnologias de comunicação e informação. O episódio intitulado “*Whitechristmas*” será abordado tendo como perspectiva base as garantias fundamentais de um Processo Penal democrático e como tais, em tempos líquidos, perdem sua força.

A trama acontece em uma casa de campo coberta por neve. Potter

1. Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Pós Graduando em Ciências Penais.

acorda em um dos quartos da casa e ao chegar na cozinha, depara-se com Matthew que assava batatas para o jantar. É 25 de dezembro e o diálogo travado pelos dois personagens principais inicia-se com assuntos triviais. Contavam histórias de Natal.

Matthew fala sobre sua vida e como era o seu antigo emprego. Falava para Potter que estava sendo punido por participar de um grupo masculino de internautas que utilizavam da tecnologia para conhecer mulheres em festas empresariais de fim de ano.

Através de lentes Z (*Z-Eye*) – tecnologia visual utilizada na época (um futuro, talvez, não tão distante) – era possível que uma pessoa conectada via *Internet* tivesse acesso ao campo de visão do usuário de tais lentes. Um acesso remoto. Estas lentes simbolizam o futuro, no qual todas as comodidades são disponibilizadas às pessoas que adquirem esse serviço/produto.

Matthew, um conselheiro de relacionamentos nas horas vagas, ajudava jovens internautas a conquistarem mulheres por meio do acesso virtual permitido por lentes *Z-Eye*.

O episódio que aqui se trata possui um complexo jogo de narrativas tecnológicas que por hora não será abordado, principalmente por não ter relevância para a análise a ser feita. Todavia, é curioso como são colocados ao espectador pontos preocupantes de um futuro que talvez não demore tanto para chegar.

O fato é que tanto Matthew como Potter estão sendo punidos e sabem disso. Esse ponto em comum faz com que se identifiquem um com o outro. Um deles (Matthew) já está cumprindo pena, o outro (Potter) ainda passa por todo o processo investigativo de um suposto ilícito.

O mundo tecnológico em que se passa a trama é algo surpreende, pois as possibilidades de ações permitidas pelo uso dessas novas tecnologias trazem para o ser humano a capacidade de fazer coisas até então inimagináveis (ou não), como por exemplo ampliar a capacidade da memória humana. Aliás, é impensável o nível de expansão da capacidade humana a partir do uso de tais tecnologias (*Z-Eye*). Possibilita-se guardar para recordação todos os momentos vividos, datas, lugares, e etc.

É possível acessar instantaneamente todos os Perfis das redes sociais de pessoas que se tem contato pessoal no dia a dia. Os dados disponibilizados na *Internet* são acessíveis a todos. Ninguém se permite impedir isto, pois quanto mais acessado é o Perfil nas redes sociais, mais “pontos” (*Likes*) se acumulam

e conseqüentemente mais vantagens se tem.

Matthew explica para Potter que era funcionário de uma empresa chamada *Smartelligence*, na qual ofertava-se um serviço de automatização do ambiente doméstico. O adquirente de tal serviço tinha sua memória duplicada e armazenada em um chip para que todos os seus gostos e desejos fossem disponibilizados e analisados por algoritmos avançados que permitiam aos computadores a execução de afazeres domésticos simples, mas que consomem um tempo que não pode ser desperdiçado em uma sociedade tecnologicamente acelerada.

O serviço de Matthew, portanto, era configurar a memória duplicada (*Cookie*). Tarefa não tão simples quanto se aparenta. A memória-clone sentia-se própria, usurpada de seu corpo e armazenada em um dispositivo digital. A tecnologia usada possibilitava um diálogo entre o real e o virtual. Matthew era um *expert* na tarefa. Do mesmo modo que condicionava os *Cookies* aos trabalhos exigidos pelos clientes, poderia arrancar informações pessoais (vidas) armazenadas no sistema. E é isso que pretendia fazer.

Ao final da trama é possível perceber que o episódio se dá no contexto de uma investigação criminal, na qual Potter é o sujeito passivo do procedimento penal. Alvo das investidas do órgão de controle penal do Estado.

A estratégia processual seguida gira em torno de obter a confissão de Potter e conseqüentemente sua culpabilidade no suposto ilícito. Todavia este, após ser preso durante a investigação, opta por manter-se em silêncio.

Contudo, possuidor de tecnologias implantadas (*Z-eyes* e *Cookie*), bastava o acesso à sua memória que as informações necessárias para sua condenação seriam adquiridas. Matthew, por ser *expert* na tratativa com memórias clonadas, é utilizado para conseguir tal façanha, tendo como recompensa sua liberdade.

Logra-se “êxito”. A partir da interação de Matthew com a memória-clone de Potter é possível obter a confissão desta sobre o acontecimento investigado. O processo penal experimentado na trama é um reflexo da alta aceleração que se vive a partir da experiência de novas tecnologias e a incessante busca pela extirpação do mal da terra, o fim da criminalidade.

A memória humana após a implementação dessas novas tecnologias é expandida. Em tal época já se pode pensar sem corpo, tarefa essa, que atualmente ainda não se é capaz. É esse o ponto fundante da trama; pensar sem corpo.

Nas lições de Jean François Lyotard em “O inumano” – livro composto por um conjunto de palestras feitas pelo autor para explicar o fenômeno da expansão da racionalidade em uma sociedade dita pós moderna e como este

fenômeno transforma paulatinamente o ser humano no “inumano”² – , o autor identifica no humano um ser escravo total do domínio da racionalidade.

É nesta obra que Lyotard, em crítica ao pensamento filosófico, irá colocar em pauta o seguinte questionamento: É possível pensarmos sem corpo?

O curioso é que à época (1991) em que o texto fora escrito jamais se poderia imaginar que os avanços tecno-científicos pudessem ocorrer com tamanha velocidade. A resposta para o questionamento proposto pelo autor, à época, é negativa.

De fato, e levando em consideração os argumentos de Lyotard, ainda não se pode pensar (reflexivamente) sem o corpo e a mente humana. Tanto porque, um é condição de existência e limitação do outro.

Todavia, é inegável a conclusão de que – com o advento das tecnologias – o ser humano expandiu sua capacidade de armazenar informações, ampliar sua memória. Aliás, “as novas tecnologias, baseadas na eletrônica e na informática devem ser, sempre sob um mesmo aspecto, consideradas como extensões materiais da nossa capacidade de memorizar”³.

É disso que se trata o episódio descrito. A expansão da capacidade humana é tamanha que na época em que ocorre a trama já se pode pensar – reflexivamente – sem corpo.

Memórias são clonadas e armazenadas em chips para uma maior autonomia humana em afazeres corriqueiros. Otimizar o tempo é a regra, e a automação é mecanismo para atingir a eficiência desejada.

No texto que segue, pretende-se fazer – ainda que de maneira breve – uma análise crítica acerca deste Processo Penal do futuro, ou ao menos refletir sobre o futuro do Processo Penal. Evidente que não será possível esgotar o tema, e não é isso que se pretende, principalmente por ser esse um objetivo momentaneamente impossível, tendo em vista a riqueza de detalhes e de conteúdo do episódio que será analisado aqui e que pode ser analisado sob diversos vieses críticos a partir da óptica das Ciências Criminais.

2. MAIS UMA VEZ O GOLPE DE CENA: A CONSTANTE BUSCA PELA “EFICIÊNCIA” PROCESSUAL PENAL

É de se saber que o Processo Penal não se ocupa do combate à

2. LYOTARD, Jean François. *O Inumano, considerações sobre o tempo*. 2ª Ed: Editorial Estampa, 1997.

3. Id. p, 52.

criminalidade. Toda a preocupação em proteger interesses da coletividade contra a violência⁴ que derrama sobre a sociedade o sentimento do medo não deve ser objeto a ser protegido pelo Processo Penal. Em verdade, preocupa-se em garantir limites ao poder punitivo do Estado.

Todavia, o ritmo desenfreado da dinâmica social afeta tudo que está inserido nesta sociedade hiper acelerada. O tempo da realidade, nesta dinâmica, se confronta com o tempo do direito; do processo.

Ost⁵ avalia que o Estado Social ao levar em consideração este medo que toma centro nas preocupações coletivas e o risco inerente à sociedade, transmuda a natureza e a escala do próprio risco que passa ser considerado inasegurável, uma ameaça absoluta, na qual a única estratégia de combate se dá, absolutamente, pela prevenção.

Porém, prevenir-se de algo desconhecido ou invisível requer tarefa hercúlea. Impõe-se o saber antecipado, a busca do saber como princípio da prevenção, para se precaver diante da gravidade do risco. Hassemer⁶ afirma que essa exigência tem sido satisfeita por reformas penais (materiais e processuais) na luta preventiva contra o delito, na qual se busca eliminar os mais sensíveis limites e garantias constitucionais do Direito (Processual) Penal.

O tempo nesta órbita, dirá Ost⁷, saiu do seu eixo. Não é mais o tempo da lógica duradoura, da expectativa. Do longo prazo passa-se ao curto prazo, e deste ao imediatismo. A era do efêmero é portanto característica das sociedades do tempo real, na qual a volatilidade do tempo impera.

A urgência, uma ação imediata, inaugura o combate a estes riscos. Ost⁸ relembra que a situação emergencial que demanda urgência é caso excepcional, em princípio, e nesta até mesmo a violação dos procedimentos ordinários é válida. Esta urgência, ou melhor, Estado de urgência, possui a capacidade – danosa – de produzir um efeito de generalização, ou seja, não há espaço para a expectativa quando busca-se alcançar o objetivo imediato, imediatamente. “A urgência nutre a cultura da impaciência que transforma

4. Violência aqui no sentido limitado e rasteiro concebido na Modernidade à tão somente noção de violência ligada a aspectos criminais. BIZZOTO, Alexandre. *A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p, 101.

5. OST, François. *O tempo do direito*. Bauru, SP: Edusc, 2005. p, 323.

6. HASSEMER, Winfried. *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz. Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XV (1992). *Cursos e Congresos nº 71 Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela*. ISBN 84-7191-866-8, pp. 182-198.p, 189.

7. OST, François. *O tempo do direito*. Op. cit. p, 327.

8. Id. p, 331.

qualquer prazo em prorrogação insuportável e qualquer transição, por um bloqueio institucional, criticável”⁹.

Se essa dinâmica social afeta tudo ao seu redor, não seria diferente que em uma hiper-aceleração constante, o direito – e no presente estudo o processo penal – não sofresse com seus efeitos. Coloca-se a evidência sobreposta ao formalismo, nos dizeres de Coutinho¹⁰, o direito passa a ser acusado de burocrático, considerado um obstáculo e nesta senda a eficiência toma de assalto o lugar da efetividade.

Explica o autor que eficiência quando alinhada ao tempo (ainda mais este demasiadamente acelerado) trata-se de exclusão, ou seja, a supressão de direitos fundamentais e garantias processuais. Flexibilizar garantias fundamentais faz parte da grande onda que afoga o direito processual penal no mar agitado/acelerado da pretensão punitiva.

A ação eficiente transforma um Juiz em um servidor público formato *Eichmann* que influenciado pela melhor alocação de riquezas em sociedade, aliada ao método custo-benefício para as relações humanas, se submete aos princípios da economia, subvertendo-se, ou melhor, abstendo-se da posição de garante¹¹. Reserva-se ao papel neoliberal estratégico com o objetivo de equilibrar o mercado, um servidor exemplar e cumpridor de suas obrigações que não reflete sobre as consequências de suas ações, apenas segue o fluxo orientado por determinações superiores¹².

Os resultados (ou fins) são aqueles que merecem protagonismo. Aliás, em nome deste processo penal para resultados (leia-se condenações) é que invoca-se a velocidade e eficiência. O viés econômico no qual se pauta o processo penal eficiente, em que os fins justificam os meios, enxerga as formas processuais¹³ somente como justificadas quando não demonstrarem óbices ao exercício do poder punitivo¹⁴. Tal como ensina Casara¹⁵ o eficientismo é um

9. Id. p. 334 – 335.

10. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais**. 2015. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em Jul 2017.

11. ROSA, Alexandre Moraes da e MARCELLINO JR, Julio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica [recurso eletrônico]: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Itajaí: UNIVALI; FAPESC, 2012. p. 24.

12. Id. p. 26.

13. Formas como garantia e limite de poder. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. p. 154.

14. CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 138.

15. Id. p. 140.

modo de racionalizar o processo penal para transformá-lo em procedimento mais célere e menos custoso.

O medo é o produto vendido pela sensação constante de risco a partir da qual se promove a dinâmica da eficiência. Para Bizzotto¹⁶ atualmente se pode falar em uma cultura do medo, na qual o comportamento humano – a existência humana – tem se definido a partir do próprio medo. Reproduz-se com base na estabelecida cultura do medo, táticas de manipulação deste e sua consequente disseminação. Estratégias que, em se tratando de processo penal, acabam por disseminar a sensação de insegurança, de impunidade, de violência, para que se possa favorecer interesses políticos, sociais ou econômicos, como por exemplo para promover mudanças legislativas mais repressivas¹⁷.

A política criminal passa a atender aqueles setores que para a opinião pública se encontram mais ameaçados. Não se orienta nos ensinamentos clássicos acerca dos bens jurídicos construídos pela dogmática penal, mas buscam a proteção do bem estar. Adota bens jurídicos universais que descrevem-se de maneira vaga, a fim de que se justifique qualquer intervenção penal¹⁸. A técnica legislativa da eficiência é a construção de tipos penais que protejam abstrações jurídicas, crimes de perigo, que segundo Hassemer¹⁹ – em sua maioria crimes de perigo abstrato – se basta na suficiente demonstração do ato que o legislador descreveu como perigoso.

A expansão do controle penal como expediente de combate ao medo face aos riscos é uma solução incerta. Para retomar o pensamento de Ost²⁰, fica claro que a ordem social não será edificada quando se baseia em processos mais repressivos. Ao contrário, segundo o autor não parece se sustentar que uma sociedade possa ser duradoura quando lastreada por uma política pautada na “defesa social”. Intervenções de urgência na intenção de produzir resultados mais céleres acabam por mitigar direitos fundamentais.

É tão evidente esta mitigação de direitos fundamentais que atinge o Direito Processual Penal, que admite-se o uso de material probatório sem que este tenha sido recolhido na observância do devido processo legal.

Toda essa inobservância a preceitos constitucionais do processo penal acarreta – como assevera Gloeckner²¹ – na transformação da eficiência num

16. BIZZOTTO, Alexandre. **Op. cit.** p. 98.

17. Id. p. 99.

18. HASSEMER, Winfried. **Op. cit.**, p. 190.

19. Id. p. 191.

20. OST, François. **Op. cit.**, p. 358.

21. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria**

conceito jurídico-valorativo que permite a desformalização material do processo penal. Essa desformalização compõe um conjunto de elementos que, pautados no eficientismo, assombram o futuro do processo penal.

A partir desta ordem de eficiência retornam (ou talvez nunca se tenha afastado) ao processo penal princípios inquisitoriais que satisfazem arbitrariedades, como a busca da verdade a qualquer custo; A verdade substancial ou real.

A verdade real para o processo penal é um mito construído pelo substancialismo inquisitório. Lopes Jr. esclarece que a busca pela verdade real, ou ao menos a mais material e consistente, surge no processo penal quando este não guardava limites, quando eram permitidos abusos nas atividades de busca, admitindo-se inclusive a tortura²².

Este “mito” está diretamente ligado à “estrutura do sistema inquisitorial, com o interesse público (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades), com sistemas políticos autoritários, com a busca de uma verdade a qualquer custo; e com a figura do juizator (inquisidor)”²³.

Em nome dessa tal verdade aceita-se o inaceitável, as mais absurdas violações a direitos e garantias são permitidas para que se produza o resultado (em se tratando do processo penal do eficientismo, eliminar a criminalidade). A eficiência necrosa os laços de proteção que se possui diante do poder estatal, transforma-se em uma concepção funcionalista do processo penal²⁴.

O Direito Penal eficaz, para Hassemer, utiliza-se de dois critérios dogmáticos principais, a funcionalidade da administração da justiça penal e o critério metódico da ponderação de bens. Quanto ao primeiro, trata-se de uma inversão sistemática autêntica, vez que consagra injustificadamente a funcionalidade da administração da justiça penal como um princípio normativo básico, que mancha o contraste entre segurança jurídica e justiça, investigação da verdade e proteção dos direitos do imputado, eficácia e formalização²⁵.

Quanto ao segundo, o critério da ponderação entre bens – nos casos de necessidade – , a ponderação de interesses legitima a intervenção em direitos e princípios que são a base de nossa cultura jurídica. Conclui Hassemer que,

do ato processual irregular. 2ª ed., Editora Juspodivm. 2015, p. 507.

22. LOPES JR., Aury. **O problema da “verdade” no processo penal.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Coordenador Flávio Cardoso Pereira. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 67.

23. Id. p. 68.

24. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Op. cit.** p. 509.

25. HASSEMER, Winfried. **Op. cit.**, p. 194.

tal “critério dogmático” funciona como instrumento contundente para o aumento da “eficácia” do Direito Penal²⁶.

Afinal de contas, não é essa a tendência atual, cujo avançar de seu destino foi demonstrado na trama (*Whitechristmas – Black Mirror*) aqui analisada? Um processo penal que em direção ao futuro eficientista rompe com as barreiras garantidoras de limites do poder punitivo? Mais ainda, a pergunta que se faz é: pode ser chamado de processo penal este procedimento subtraído de suas bases fundantes?

Não é demais reafirmar que efetividade e eficiência não se confundem. Um processo penal efetivo é somente aquele que obedece aos ditames constitucionais e convencionais. A garantia de limites ao poder punitivo é a essência do processo penal, não havendo processo quando não respeitados direitos fundamentais.

3. GARANTIAS FUNDAMENTAIS E PROCESSUAIS LÍQUIDAS: PRODUTOS DE UM PROCESSO PENAL PÓS-MODERNO

Cabe a ressalva de que não se pretende aqui elencar todas as garantias processuais e fundamentais atinentes ao devido processo penal. A reflexão neste tópico tem outra finalidade. Todavia não é possível iniciar a discussão que se quer tratar sem antes ressaltar que segundo Ferrajoli a epistemologia garantista do processo penal visa assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, conseqüentemente, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. A epistemologia garantista possui dois elementos fundantes, garantias penais e garantias processuais (conjunto de garantias do sistema punitivo)²⁷.

Segundo o autor, o Sistema de Garantias – embora um modelo não perfeitamente satisfatório – resulta da adoção de dez axiomas ou princípios fundamentais: 1) princípio da retributividade; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade; 5) princípio da materialidade; 6) princípio da culpabilidade; 7) princípio da jurisdiccionariedade; 8) princípio acusatório; 9) princípio do ônus da prova; e 10) princípio do contraditório²⁸.

26. Id. p. 195.

27. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 38.

28. Id. p. 91.

Dez axiomas que refletem diretrizes para a situação jurídica entre o Estado, na persecução punitiva, e o jurisdicionado. Regras para o direito penal e o processo penal. A falta de uma determinada garantia processual fundamental, por si só, pode ruir a construção de todo o sistema. Ferrajoli aduz que inúmeras garantias pressupõem outras, de modo que na falta de uma, além desta também outras sucumbem²⁹.

Paralelo a isto, é evidente que se vive um momento de transição que impacta todo o ordenamento jurídico. Como dito anteriormente, a velocidade, o medo e o risco são fatores decisivos nas reformas penais e processuais penais, nas quais encontra-se o aspecto visível de instabilidade democrática.

Armenta Deu³⁰ relembra que após o século XX se tem tido uma autêntica confusão no âmbito da justiça penal. Desde o final dos anos oitenta e início dos anos noventa a grande maioria dos códigos processuais penais (na Europa e Iberoamérica) tem sido objeto de reformas totais nas quais existem uma mudança de paradigma na orientação de um modelo processual de difícil classificação dentro do mosaico composto pelos novos processos acusatórios. Essa orientação para um novo modelo processual é influência notória de países com maior relevância econômica e peso cultural.

Entretanto, o desafio maior para as ciências criminais, no que se refere às tendenciosas reformas penais é a busca equilibrada em produzir a legitimação democrática possível do sistema penal, ou seja, fazer com que essas reformas penais tenham como enfoque principal a restrição máxima ao autoritarismo³¹.

Salienta Casara, com o apoio de Binder, que o poder penal de um sistema democrático possui como base o respeito à dignidade de todas as pessoas, aliás é essa a base essencial do conceito democrático. Para Casara a utilização de poder sem limites adequados de regulação, é uma ameaça à democracia, que nas palavras do autor trata-se de “sistema comprometido com a concretização dos direitos fundamentais de todos e com a efetiva participação popular no exercício (e no controle) do poder”³².

Certo é, como disse Freud, corroborado por Bauman³³, que não há

29. Id. p. 95.

30. ARMENTA DEU, Teresa. *El proceso penal y su importancia en la sociedad de nuestro tiempo*. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/292735485_EL_PROCESO_PENAL_Y_SU_IMPORTANCIA_EN_LA_SOCIEDAD_DE_NUESTRO_TIEMPO. Acesso em jul 2017. p. 1.

31. CASARA, Rubens R. R. *Op. cit.*, p. 128.

32. Id. p. 129.

33. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 1998. p. 9 – 10.

ganhos sem perdas. Toda a reflexão aqui trabalhada gira em torno daquilo denominado “mal-estar da civilização” ou “mal-estar da modernidade e pós-modernidade”. O ser humano civilizado opta em abrir mão de parcela de sua liberdade para que consiga alcançar níveis desejáveis de segurança. Esta, só poderá ser oferecida se parte dos desejos humanos for substituída pela ordem. É essa ordem que será denominada de civilização.

É impossível se falar em felicidade quando há amplas possibilidades na liberdade irrestrita, sem segurança, e também quando há segurança demasiadamente controladora e restritiva de liberdade.

O controle penal exercido pelo Estado é limitador da liberdade individual, contudo não é ferramenta única para garantir segurança à sociedade. Porém, o que se tem visto é uma ampliação da malha punitiva, o Direito Penal e o Processo penal que em essência devem ser observados como limites ao poder punitivo frente a liberdade do indivíduo, transformam-se contra este em instrumento de repressão máxima a liberdades constitucionais em nome de mais segurança.

A busca pelo equilíbrio entre estes dois valores (liberdade e segurança) é interminável, uma “incongruência lógica e uma impossibilidade prática, mas isso, por si mesmo, é a mais poderosa razão para procurar formas ainda melhores para a troca (equilíbrio)”³⁴.

Talvez essa busca determine a dinâmica da civilização³⁵, mas há de se notar que essa opção pendular entre liberdade e segurança vem sofrendo influência significativa de políticas repressivas e neoconservadoras, e isso causa extrema preocupação.

Como já observado³⁶ o recrudescimento de campanhas no rigor da lei penal que pretendem limitar o alcance constitucional e o respeito a direitos e garantias fundamentais, surge a partir de um discurso “pro-segurança” e requer a imposição de um sistema político punitivo que “propicia a emergência das macropolíticas punitivistas (populismo punitivo), dos movimentos políticos-criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras”³⁷.

34. BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2008. p. 58 – 59.

35. Id. p. 58.

36. MENDES, Carlos Hélder. *Do sentimento de impunidade à banalização da extrema ratio*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito Academia, 2016. p. 134.

37. CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. *Criminologia: discursos para a academia*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. p. 9.

Pode-se perceber uma forte influência dos parâmetros de individualismos nesta postura mais repressiva. Tem-se, atualmente a criação de uma sociedade individualizada, que assim como antes na história, o indivíduo ocupa papel protagonista. A atividade de individualizar nas sociedades modernas é contínua. O que antes significava emancipação dos humanos, muda para “individualização” dos indivíduos³⁸.

De tal maneira, este hiperindividualismo³⁹ elimina o sentimento de igualdade entre os indivíduos e promove, nesta perspectiva neoliberal, uma “não identidade”. Existirá, nesta óptica, uma variedade de identidades. A conclusão que se chega, a partir de Bizzotto, é que esse processo de hiperindividualização, é um terreno fértil para a gestação de concepções autoritárias, inclusive de viés criminal. Por não existir o sentimento de igualdade entre os indivíduos, de uns para os outros, torna-se possível a criação de estranhos, que por suas diferenças podem (devem) ser excluídos, eliminados.

O estranho será sempre aquele que não se molda aos ditames sociais traçados pela individualidade de quem o julga diferente. No processo penal, estranho será não somente o condenado, mas aquele que sem julgamento compõe o polo passivo do processo, pois a partir deste momento, este ser perde (para muitos) qualquer semelhança com o *Eu*. Principalmente quando este estranho é “inimigo” eleito pelo Poder punitivo.

Atribui-se ao inimigo no Direito Penal um tratamento diferenciado, nega-se sua condição de pessoa. Conforme dita Zaffaroni⁴⁰, “é claro que esse não é nem pode ser o tratamento que se dá a alguém a quem se reconhece autonomia moral em razão da qual, fazendo uso dela, cometeu uma infração que causou dando aos direitos alheios”.

A máxima de que o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, nesta órbita, mantém-se. O bem comum passa a dar espaço (ou somente pode ser compreendido quando permite) a realização do interesse próprio⁴¹. O nível de hiperindividualismo é tamanho que transmuda-se a dignidade em algo que pode se perder em razão de um comportamento prévio, não sendo desta forma intrínseca ao “ser”⁴², mas tão somente àquele semelhante ao *Eu*.

38. BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**. Op. cit. p. 62.

39. BIZZOTTO, Alexandre. **Op. cit.** p. 91.

40. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

41. BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**. Op. cit. p. 67.

42. GRECO, Luis. **As regras por detrás da exceção**. R. jurídica, Curitiba, n. 23. Temática n. 7. p. 223 – 264, 2009-2. p. 244.

Greco⁴³ explica que tratar-se-á da Regra de Decadência, na qual a dignidade humana seria algo disponível, que se pode perder dependendo das decisões que anteriormente se tomem. Surge, no entanto, outra regra, chama-se Regra de Custos, na qual a dignidade é algo que apenas se tem de respeitar na medida em que os custos desse respeito não ultrapassem um determinado limite⁴⁴.

Este hiperindividualismo afeta toda a política criminal e também os institutos consagrados do Processo Penal, dentre os quais garantias processuais e direitos fundamentais. O tempo líquido que se vive, retratado por Bauman⁴⁵, também é experimentado pela rigidez de tais garantias, vez que estas se “dissolvem mais rápido que o tempo que leva [levou] para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam”.

Tudo isso porque, pelo hiperindividualismo, a comunidade perde força, destitui-se de substância. Bauman explica que os laços inter-humanos, que antes funcionavam como uma rede de segurança, onde o interesse individual imediato era sacrificado em benefício coletivo, se tornam cada vez mais frágeis e temporários⁴⁶.

Em nome da busca pela segurança nas sociedades abertas, nas quais vive uma população horrorizada e vulnerável em si própria devido ao estado de perigo constante, resultado de uma globalização negativa, como explica Bauman, os indivíduos recorrem a “instituições cuja tendência é destruir seus direitos civis e políticos. Para serem mais seguras, acabam se dispondo a correr risco de serem menos livres”⁴⁷.

Dirá o autor que a vida social se altera quando as pessoas estão inseridas na lógica e no desenvolvimento do medo. Este, sem a necessidade de um investimento ou cuidado, espalha-se e cresce com facilidade, e impõe às pessoas atividades de proteção, como a vida entre muros, seguranças, veículos blindados. Essas atividades reafirmam o senso de desordem que se vive e que se quer evitar⁴⁸.

Reduzir garantias fundamentais no Processo Penal, como visto, é a possibilidade de transformar um processo tido como burocrático em um processo

43. Id. p. 245.

44. No artigo citado, o autor trabalha a dignidade dos terroristas em situações limites de *ticking time bomb*, todavia nada impede expandir essa reflexão apontada aos demais casos, nos quais também são eleitos os inimigos do Direito Penal.

45. BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007. p. 7.

46. Id. p. 9 – 10.

47. Id. 15.

48. Id. *ibidem*.

mais acelerado, afim de que este acompanhe a dinâmica das relações sociais de velocidade. O enclausuramento em massa, mesmo sendo evidentemente prejudicial para todo o corpo social, satisfaz o clamor por justiça, promove a falsa sensação de segurança que se busca. Consequentemente, a severidade da política penal se liga inteiramente, de modo negativo, ao impulso carcerário⁴⁹.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise feita corresponde apenas à ponta do *iceberg* problemático que a lógica efficientista e a velocidade da dinâmica social arrasta em direção ao Processo Penal democrático. Os avanços tecnológicos retratados na trama *Whitechrysmas* da série *Black Mirror* possibilita duas reflexões.

A primeira delas é que o futuro não está tão distante quanto se imagina, guardadas as devidas proporções, atualmente já se pode perceber o quão depende das novas tecnologias é o ser humano e como estas facilitam as interações sociais. Guardam-se diversas informações em mídias digitais, sejam estas dispositivos ou virtuais (nuvem). A expansão da memória humana já é real e também já configura objeto de controle penal, bem como já é objeto de desejo na persecução criminal.

A segunda reflexão é que a otimização de tempo, a redução de custos e a velocidade – fatores característicos da nova era – acabam por lançarem seus efeitos em tudo que esta inserido no campo social. No processo penal, como visto, acaba-se por reivindicarem a redução de custos e a celeridade como se fossem sinônimos de um processo penal eficaz. Os custos reduzidos, nesta orbita, são as garantias processuais e fundamentais que perderam espaço e rigidez diante da liquidez dos tempos.

É preciso resgatar garantias fundamentais, pois não há que se falar em devido processo penal senão como a aplicação constitucional do direito. O processo penal sem sua essência fundante não serve de outra coisa, que não a mero procedimento simbólico para a perpetuação do arbítrio punitivo.

REFERÊNCIAS

ARMENTA DEU, Teresa. *El proceso penal y su importancia en la sociedad de nuestro tiempo*. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/292735485_EL_PROCESO_PENAL_Y_SU_IMPORTANCIA_EN_LA_SOCIEDAD_DE_NUESTRO_TIEMPO. Acesso em jul 2017.

49. Id. p, 23.

BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BIZZOTO, Alexandre. *A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. *Criminologia: discursos para a academia*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais*. 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em Jul 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2ª ed., Editora Juspodivm. 2015.

GRECO, Luis. *As regras por detrás da exceção*. R. jurídica, Curitiba, n. 23. Temática n. 7. p. 223 – 264, 2009-2.

HASSEMER, Winfried. *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz*. *Estudios Penales y Criminológicos, vol. XV (1992). Cursos e Congresos nº 71 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela*. ISBN 84-7191-866-8, pp. 182-198.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

LOPES JR., Aury. *O problema da “verdade” no processo penal*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Coordenador Flávio Cardoso Pereira. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

LYOTARD, Jean François. *O Inumano, considerações sobre o tempo*. 2ª Ed: Editorial Estampa, 1997.

MENDES, Carlos Hélder. *Do sentimento de impunidade à banalização da extrema ratio*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito Academia, 2016.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru, SP: Edusc, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da e MARCELLINO JR, Julio Cesar. *O processo eficiente na lógica econômica [recurso eletrônico]: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais*. Itajaí: UNIVALI; FAPESC, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PROCESSOS COGNITIVOS E SUAS IMPLICAÇÕES NO RECONHECIMENTO DE SUSPEITOS

William Weber Ceconello

Lilian Milnitsky Stein

RESUMO: Durante a investigação de criminal testemunhas devem realizar o reconhecimento do perpetrador. Se o suspeito é de fato o perpetrador, é esperado que as testemunhas sejam capazes de identificá-lo, mas testemunhas podem identificar um inocente como sendo o perpetrador do crime. A representação mental do perpetrador pode ser prejudicada devido ao ângulo de visão, foco atencional, e nível de stress da testemunha, sendo que rostos de perpetradores de outra etnia, sexo ou faixa etária tem sua codificação prejudicada. Algumas das informações codificadas são esquecidas, enquanto as informações armazenadas não permanecem intactas. Ouvir o relato de outras testemunhas, responder a perguntas indutivas, e o próprio processo de reconhecimento do perpetrador pode alterar permanentemente a recordação original do evento. Serão discutidas, a luz da literatura científica, como as práticas adotadas no Brasil para o reconhecimento de suspeitos podem levar erros de justiça através de falsos reconhecimentos, e ao final apresentados procedimentos que podem ser implementados para diminuir as chances de um falso reconhecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Psicologia do Testemunho; Reconhecimento de faces.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o reconhecimento de um suspeito tem grande relevância no conjunto probatório. Entretanto, as práticas adotadas para a obtenção do testemunho e reconhecimento de suspeitos contradizem sugestões da literatura científica (Stein & Ávila, 2015). Este artigo visa apontar processos cognitivos e procedimentos técnicos utilizados no Brasil para a obtenção da prova testemunhal, apontando quais aspectos podem ser melhorados com base nos achados da literatura científica.

Um crime é um evento que envolve um grande número de informações (e.g., rostos, vestimentas, ações) a serem codificadas em um curto espaço de tempo, geralmente com altos níveis de stress para a testemunha. A memória humana está sujeita a falhas durante seus processos de codificação, armazenamento e recuperação (Brewer & Wells, 2011; Steven E Clark & Godfrey, 2009a; Newman, Frenda, & Loftus, 2014). As informações, corretas ou

incorretas, que a testemunha é capaz de fornecer, são utilizadas para investigar o caso, identificar um suspeito, e decidir acerca de sua inocência.

A capacidade humana de codificar informações é limitada, de forma que nem todas as informações percebidas durante o evento (i.e., crime) são codificadas (Deffenbacher et al., 2004; Murphy, Greene, & Grange, 2016; Rivardo et al., 2011). O nível de stress da vítima e ângulo de visão podem comprometer a capacidade de codificação, aumentando as chances de um reconhecimento incorreto (Deffenbacher, Bornstein, Penrod, & McGorty, 2004; Morgan, Hazlett, Doran, Garrett, Hoyt, Thomas, Batanoski & Southwick, 2004). Rostos de pessoas as quais não somos familiares são facilmente confundidos, principalmente se estes forem de outra etnia, idade ou sexo (Faerber, Kaufmann, Leder, Martin, & Schweinberger, 2016; Lovén, Herlitz, & Rehnman, 2011; Meissner & Brigham, 2001; Rhodes & Anastasi, 2012). Uma pessoa caucasiana lembra com maior precisão a face de um perpetrador caucasiano do que um perpetrador asiático. Esta dificuldade em codificar corretamente uma face asiática leva a maiores chances de confundir um suspeito asiático como sendo o perpetrador. Estas informações codificadas também estão sujeitas a serem esquecidas, ou alteradas devido a informações pós evento (i.e., veiculação do rosto do suspeito em um noticiário).

Além dos processos psicológicos envolvidos na memória, os procedimentos utilizados por atores de justiça (e.g., policiais, delegados, juízes) podem aumentar as chances de que a testemunha acredite que um inocente é de fato criminoso (Wilford & Wells, 2013). Um diagnóstico nacional divulgado em 2015 revelou que as práticas adotadas para obtenção de testemunho e reconhecimento divergem das recomendações feitas pela literatura científica há pelo menos 40 anos (Stein & Ávila, 2015). Entretanto, o reconhecimento foi considerado uma prova de muita importância pela maioria dos entrevistados, e o testemunho é apontado por 90% como sendo de maior relevância no conjunto probatório. Cabe ressaltar que estes achados não sugerem que estes profissionais agem de má fé, mas sim um desconhecimento acerca da literatura científica que pode ter consequências indesejáveis para a coleta da prova testemunhal.

O reconhecimento pode ocorrer antes mesmo da etapa investigativa, (i.e., em casos de flagrante), entretanto, dois aspectos principais podem induzir o reconhecimento. O primeiro é o contexto, visto que muitas vezes o suspeito dentro da viatura, ou algemado e apresentado como réu. Ao apresentar um suspeito dentro de uma viatura, ou algemada, cria um viés para

que perceba esta pessoa como sendo um criminoso, aumentando o risco de um falso reconhecimento (Wells & Seelau, 1995).

Delegacias brasileiras, em geral, precisam improvisar salas para a realização de um reconhecimento (Stein & Ávila, 2015). Devido às condições da estrutura física, testemunhas podem acabar por conversar com outras testemunhas, o que contamina a própria memória (Paterson & Kemp, 2006; Thorley, 2015). Outro problema é que testemunhas de acusação e de defesa não são separadas enquanto aguardam para prestar depoimento, ou fazer o reconhecimento. Se a testemunha sabe que o perpetrador conhece sua identidade, tende a não comparecer para depor, ou ainda, a negar em juízo o que foi dito no inquérito, na etapa processual (Demir, 2017; Nicksa, 2013).

O processo de reconhecimento pode ocorrer de diversas formas: pessoalmente (e.g., após permanecerem juntos com os suspeitos no corredor da delegacia), ou através de fotos através de uma foto obtida em aplicativos (e.g., whatsapp) redes sociais (e.g., facebook), ou álbum de pessoas fichadas pela polícia. Todos estes procedimentos criam vieses para o reconhecimento, pois um palpite feito pela testemunha pode resultar em uma evidência contra o suspeito (Brewer & Wells, 2011; S E Clark, 2012; Steven E Clark & Godfrey, 2009b; Council, 2015; Fitzgerald, Price, Oriet, & Charman, 2013; Sporer, Malpass, & Köhnken, 2014; N. K. Steblay & Dysart, 2016). Algumas recomendações da literatura científica podem ajudar a diminuir estes vieses.

2. RECOMENDAÇÕES PARA COLETA DA PROVA TESTEMUNHAL

Nesta seção serão apresentadas recomendações que podem ser utilizadas para melhorar os problemas na coleta da prova testemunhal descritos nas seções anteriores. Cabe ressaltar que os profissionais envolvidos em todas as etapas têm uma alta demanda e é recomendável que todos tenham treinamento e habilidades para coletar a prova testemunhal. As recomendações feitas nessa seção não têm o intuito de suprir a demanda por treinamento, entretanto podem ser consideradas na elaboração destes.

Dois principais aspectos devem ser levados em conta no reconhecimento: 1) O reconhecimento deve ser feito apenas uma vez pela testemunha; 2) A hipótese de que o suspeito não seja de fato o perpetrador deve sempre ser verificável, para evitar a condenação de um inocente. A testemunha não deve reconhecer um mesmo suspeito mais de uma vez (e.g., durante a etapa

investigativa, e, novamente na etapa processual), pois ao invés de identificar o perpetrador com base na memória do evento, a testemunha reconhece o suspeito devido à familiaridade ocasionada pelas múltiplas exposições (Def-fenbacher, Bornstein, & Penrod, 2006).

O procedimento de reconhecimento deve ser justo, e evitar vieses que induzam a testemunha identificar o suspeito como sendo o perpetrador. Atualmente, o método mais eficaz para o reconhecimento tem se mostrado o alinhamento (*line-up*), que consiste na apresentação, seja pessoal ou por fotos, simultânea do suspeito em conjunto com outros indivíduos não-suspeitos (Clark & Godfrey, 2009b).

O reconhecimento a partir de fotos pode ser feito utilizando fotografias impressas ou um computador. Entretanto, é importante que estas fotos apresentem mais de um ângulo da face, condições de iluminação e qualidade semelhantes, pois estes fatores afetam como o rosto é percebido (Frowd et al., 2014). Uma possibilidade é a utilização de bibliotecas digitais que possuam diversas fotos (ou vídeos) disponíveis, e permitem identificar rapidamente várias faces que se adequam à descrição da testemunha (R. Wilcock & Kneller, 2011). Sob estas condições supracitadas, o reconhecimento através de fotografias é tão eficaz quando o reconhecimento feito presencialmente (Havard, Memon, Clifford, & Gabbert, 2010; Kerstholt, Koster, & van Amelsvoort, 2004).

Para diminuir as chances de um falso reconhecimento om alinhamento (*line-up*) deve ser justo, de modo que não induza a resposta da testemunha. Apenas um suspeito deve ser incluído por alinhamento, sendo que os demais devem ser inocentes, de forma que se a testemunha identificar alguém, que não o suspeito, não haverá consequências para estes (Steven E Clark & Godfrey, 2009a).

É importante verificar se o *line-up* é justo, ou seja, o suspeito não se destaca dos demais. Se a testemunha recorda que o perpetrador era asiático e o suspeito é apresentado em conjunto com outras pessoas caucasianas, a testemunha tende a reconhecer o suspeito como sendo o perpetrador de um crime, apenas por este ser o único que assemelha-se ao perpetrador real (Malpass & Lindsay, 1999; Malpass, Tredoux, & McQuiston-Surrett, 2007; Mansour, Beaudry, Kalmet, Bertrand, & Lindsay, 2017). Assim, é importante que o suspeito seja apresentado em conjunto com outras faces que atendam às mesmas descrições dadas pela testemunha, o que diminui significativamente as chances de um falso reconhecimento (Clark, 2012; Yarmey, Yarmey, &

Yarmey, 1996). Após escolher os rostos que irão compor o alinhamento, é importante garantir que nenhum rosto está se destacando. Uma forma de avaliar que o alinhamento é justo é selecionar 30 pessoas do mesmo grupo étnico do suspeito e que não saibam nada sobre o caso ou o suspeito, e ler individualmente as descrições dadas pelas testemunhas. Se alguns dos rostos foi escolhido em maior frequência que os demais, significa que o alinhamento não está justo (Malpass & Lindsay, 1999; Malpass et al., 2007).

No processo de reconhecimento, é importante atentar para as instruções dadas à testemunha. O melhor procedimento de acordo com a literatura é informar que a testemunha será apresentada a uma série de rostos, sendo que um destes pode ou não ser o criminoso (Smith & Cutler, 2013). Também é importante lembrar que ela não é obrigada a identificar uma pessoa, e que a investigação continuará independente de a testemunha reconhecer ou não (Mickes et al., n.d.-a). Ainda é relevante lembrar à testemunha que tão importante quanto identificar os culpados é liberar pessoas inocentes de qualquer suspeita. Dar informações como “Acreditamos que pegamos o culpado e gostaríamos que viesse identificá-lo”, ou “um possível suspeito foi identificado” faz com que testemunhas acreditem, que seu trabalho é apenas confirmar ou negar a reconhecimento (Mickes et al., n.d.-b; R. A. Wilcock, Bull, & Vrij, 2005). Após a testemunha reconhecer, é importante não dar uma confirmação ou devolutiva (e.g., “muito bem!”, ou “sabíamos que era ele”), pois interferem na acurácia do reconhecimento e também pode modificar a confiança que a testemunha tem na sua própria resposta (Kang, McDermott, & Roediger, 2007; N. K. . Steblay, Wells, & Douglass, 2014).

Por último, atenta-se para a necessidade de que a credibilidade da prova testemunhal deve ser coletada e analisada por profissionais com competência para tal (MacDonald, Snook, & Milne, 2017; Memon, Holley, Milne, Koehnken, & Bull, 1994) Como demonstrado ao longo deste artigo, a prova testemunhal tem grande relevância para o desencadeamento do processo, mas pode ser facilmente alterada, de diversas formas. A coleta e análise da prova testemunhal realização de procedimentos de reconhecimento por profissionais capacitados para tal, permite que estes procedimentos sejam realizados com o menor viés possível (Wells, Memon, & Penrod, 2006). Da mesma forma que uma amostra de DNA ou balística é coletada e analisada apenas por profissionais com competência para tal, sugere-se que o mesmo ocorra para a prova testemunhal.

3. CONCLUSÃO

A memória da testemunha pode ser prejudicada devido aos processos psicológicos envolvidos durante a codificação, armazenamento, e recuperação, mas também devido a procedimentos realizados por atores de justiça. Enquanto outras evidências permanecem intactas e podem ser analisadas e reanalisadas diversas vezes, cada vez que a testemunha evoca a recordação de um crime sua memória está sujeita a ser alterada. É emergente a necessidade de que policiais, delegados, advogados e juízes sejam instruídos em relação às melhores práticas sugeridas pela literatura científica, pois a memória de uma testemunha é uma evidência, e deve ser tratada como tal, evitando todas as possíveis contaminações, para garantir sua validade.

REFERÊNCIAS

- Brewer, N., & Wells, G. L. (2011). Eyewitness Identification. *Current Directions in Psychological Science*, 20(1), 24 – 27. <https://doi.org/10.1177/0963721410389169>
- Clark, S. E. (2012). Costs and Benefits of Eyewitness Identification Reform: Psychological Science and Public Policy. *Perspectives on Psychological Science*, 7(3), 238 – 259. <https://doi.org/10.1177/1745691612439584>
- Clark, S. E., & Godfrey, R. D. (2009a). Eyewitness identification evidence and innocence risk. *Psychonomic Bulletin & Review*, 16(1), 22 – 42. <https://doi.org/10.3758/PBR.16.1.22>
- Clark, S. E., & Godfrey, R. D. (2009b). Eyewitness identification evidence and innocence risk. *Psychonomic Bulletin & Review*, 16(1), 22 – 42. <https://doi.org/10.3758/PBR.16.1.22>
- Council, N. R. (2015). *Identifying the culprit: Assessing eyewitness identification*. National Academies Press.
- Deffenbacher, K. A., Bornstein, B. H., & Penrod, S. D. (2006). Mugshot Exposure Effects: Retroactive Interference, Mugshot Commitment, Source Confusion, and Unconscious Transference. *Law and Human Behavior*, 30(3), 287 – 307. <https://doi.org/10.1007/s10979-006-9008-1>
- Deffenbacher, K. A., Bornstein, B. H., Penrod, S. D., & McGorty, E. K. (2004). A Meta-Analytic Review of the Effects of High Stress on Eyewitness Memory, 28(6). <https://doi.org/10.1007/s10979-004-0565-x>
- Demir, M. (2017). The Perceived Effect of a Witness Security Program on Willingness to Testify. *International Criminal Justice Review*, 1057567717721298. <https://doi.org/10.1177/1057567717721298>
- Faerber, S. J., Kaufmann, J. M., Leder, H., Martin, E. M., & Schweinberger, S. R. (2016). The role of familiarity for representations in norm-based face space. *PLoS ONE*, 11(5), 1 – 15. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0155380>
- Fitzgerald, R. J., Price, H. L., Oriet, C., & Charman, S. D. (2013). The effect of suspect-filler similarity on eyewitness identification decisions: A meta-analysis. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 19(2), 151 – 164. <https://doi.org/10.1037/a0030618>
- Frowd, C. D., Jones, S., Fodarella, C., Skelton, F., Fields, S., Williams, A., ... Hancock, P. J. B. (2014). Configural and featural information in facial-composite images. *Science and Justice*, 54(3), 215 – 227. <https://doi.org/10.1016/j.scjus.2013.11.001>
- Havard, C., Memon, A., Clifford, B., & Gabbert, F. (2010). A comparison of video and static photo lineups with child and adolescent witnesses. *Applied Cognitive Psychology*, 24(9), 1209 – 1221. <https://doi.org/10.1002/acp.1645>

doi.org/10.1002/acp.1645

- Kang, S. H. K., McDermott, K. B., & Roediger, H. L. (2007). Test format and corrective feedback modify the effect of testing on long-term retention. *European Journal of Cognitive Psychology*, 19(4 – 5), 528 – 558. <https://doi.org/10.1080/09541440601056620>
- Kerstholt, J. H., Koster, E. R., & van Amelsvoort, A. G. (2004). Eyewitnesses: A comparison of live, video, and photo line-ups. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 19(2), 15 – 22. <https://doi.org/10.1007/BF02813869>
- Lovén, J., Herlitz, A., & Rehnman, J. (2011). Women's Own-Gender Bias in Face Recognition Memory. *Experimental Psychology*, 58(4), 333 – 340. <https://doi.org/10.1027/1618-3169/a000100>
- MacDonald, S., Snook, B., & Milne, R. (2017). Witness Interview Training: a Field Evaluation. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 32(1), 77 – 84. <https://doi.org/10.1007/s11896-016-9197-6>
- Malpass, R. S., & Lindsay, R. C. L. (1999). Measuring lineup fairness. *Applied Cognitive Psychology*, 13(S1), S1–S7. [https://doi.org/10.1002/\(SICI\)1099-0720\(199911\)13:1+<S1::AID-ACP678>3.0.CO;2-9](https://doi.org/10.1002/(SICI)1099-0720(199911)13:1+<S1::AID-ACP678>3.0.CO;2-9)
- Malpass, R. S., Tredoux, C. G., & McQuiston-Surrett, D. (2007). Lineup construction and lineup fairness. In *The handbook of eyewitness psychology, Vol II: Memory for people* (pp. 155 – 178). Lawrence Erlbaum Mahwah, NJ.
- Mansour, J. K., Beaudry, J. L., Kalmes, N., Bertrand, M. I., & Lindsay, R. C. L. (2017). Evaluating lineup fairness: Variations across methods and measures. *Law and Human Behavior*, 41(1), 103 – 115. <https://doi.org/10.1037/lhb0000203>
- Meissner, C. A., & Brigham, J. C. (2001). Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: A meta-analytic review. *Psychology, Public Policy, and Law*, 7(1), 3 – 35. <https://doi.org/10.1037/11076-8971.7.1.3>
- Memon, A., Holley, A., Milne, R., Koehnken, G., & Bull, R. (1994). Towards understanding the effects of interviewer training in evaluating the cognitive interview. *Applied Cognitive Psychology*, 8(7), 641 – 659. <https://doi.org/10.1002/acp.2350080704>
- Mickes, L., Seale-Carlisle, T. M., Wetmore, S. A., Gronlund, S. D., Clark, S. E., Carlson, C. A., ... Wixted, J. T. (n.d.-a). ROCs in Eyewitness Identification: Instructions versus Confidence Ratings. *Applied Cognitive Psychology*, n/a-n/a. <https://doi.org/10.1002/acp.3344>
- Mickes, L., Seale-Carlisle, T. M., Wetmore, S. A., Gronlund, S. D., Clark, S. E., Carlson, C. A., ... Wixted, J. T. (n.d.-b). ROCs in Eyewitness Identification: Instructions versus Confidence Ratings. *Applied Cognitive Psychology*, n/a-n/a. <https://doi.org/10.1002/acp.3344>
- Murphy, G., Greene, C. M., & Grange, J. (2016). Perceptual Load Affects Eyewitness Accuracy and Susceptibility to Leading Questions, 7(August), 1 – 10. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2016.01322>
- Newman, E. J., Frenda, S. J., & Loftus, E. F. (2014). False Memories. In G. Bruinsma & D. Weisburd (Eds.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (pp. 1555 – 1563). New York, NY: Springer New York. https://doi.org/10.1007/978-1-4614-5690-2_622
- Nicksa, S. C. (2013). Bystander's Willingness to Report Theft, Physical Assault, and Sexual Assault. *Journal of Interpersonal Violence*, 29(2), 217 – 236. <https://doi.org/10.1177/0886260513505146>
- Paterson, H. M., & Kemp, R. I. (2006). Comparing methods of encountering post-event information: the power of co-witness suggestion. *Applied Cognitive Psychology*, 20(8), 1083 – 1099. <https://doi.org/10.1002/acp.1261>
- Rhodes, M. G., & Anastasi, J. S. (2012). The own-age bias in face recognition: A meta-analytic and theoretical review. *Psychological Bulletin*. Rhodes, Matthew G.: Department of Psychology, Colorado State University, Fort Collins, CO, US, 80523-1876, matthew.rhodes@colostate.edu; American Psychological Association. <https://doi.org/10.1037/a0025750>
- Rivardo, M., Colledge, S. V., Rodgers, A., Maurer, S., Maurer, V., Camaione, T. C., ... Gowen, G. M. (2011). Integrating Inattention Blindness and Eyewitness Memory Eyewitness Memory, (January).

- Smith, A. M., & Cutler, B. L. (2013). Introduction: Identification procedures and conviction of the innocent.
- Sporer, S. L., Malpass, R. S., & Köhnken, G. (2014). *Psychological issues in eyewitness identification*. Psychology Press.
- Stebly, N. K. ., Wells, G. L. ., & Douglass, A. B. (2014). Memory distortion in eyewitnesses: A meta-analysis of the post-identification feedback effect. *Applied Cognitive Psychology, 20*(7), 859 – 869. <https://doi.org/10.1002/acp.1237>
- Stebly, N. K., & Dysart, J. E. (2016). Repeated Eyewitness Identification Procedures With the Same Suspect. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition, 5*(3), 284 – 289. <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2016.06.010>
- Stein, L. M., & Ávila, G. N. (2015). *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59). Retrieved from http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf
- Thorley, C. (2015). Blame Conformity: Innocent Bystanders Can Be Blamed for a Crime as a Result of Misinformation from a Young, but Not Elderly, Adult Co-Witness. *PLoS ONE, 10*(7), 1 – 15. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0134739>
- Wells, G. L., Memon, A., & Penrod, S. D. (2006). Eyewitness Evidence. *Psychological Science in the Public Interest, 7*(2), 45 – 75. <https://doi.org/10.1111/j.1529-1006.2006.00027.x>
- Wells, G. L., & Seelau, E. P. (1995). Eyewitness identification: Psychological research and legal policy on lineups. *Psychology, Public Policy, and Law, 1*(4), 765.
- Wilcock, R. A., Bull, R., & Vrij, A. (2005). Aiding the Performance of Older Eyewitnesses: Enhanced Non-Biased Line-Up Instructions and Line-Up Presentation. *Psychiatry, Psychology and Law, 12*(1), 129 – 140. <https://doi.org/10.1375/pplt.2005.12.1.129>
- Wilcock, R., & Kneller, W. (2011). A comparison of presentation methods of video identification parad. *Applied Cognitive Psychology, 25*(6), 835 – 840.
- Wilford, M. M., & Wells, G. L. (2013). Eyewitness system variables. *Reform of Eyewitness Identification Procedures, 23* – 43.
- Yarmey, A. D., Yarmey, M. J., & Yarmey, A. L. (1996). Accuracy of eyewitness identifications in showups and lineups. *Law and Human Behavior, 20*(4), 459.

Registro decerto histórico que vem a público neste momento. Desconheço conjunto de trabalhos, resultado de um Congresso na área das Ciências Criminais no Brasil – ao todo 132 artigos com mais de 200 autores e editado em seis volumes. Sobretudo, pela profunda qualidade que apresentam, representam, em alguma medida, o estado da arte dos principais estudos de direito penal, processo penal e, em especial, de criminologia em curso atualmente no país (sem esquecer das preciosas contribuições estrangeiras). (...) Em tempos que, aos quatro cantos, multiplicam-se as tentativas de sufocar a pesquisa em prol das plataformas de rentabilidade e impacto, há sempre um alento que resiste.

Augusto Jobim do Amaral

(Apresentação dos Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUCRS)

O 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais – Criminologia Global, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da PUCRS, apresentou-se ao público acadêmico como resultado do sólido projeto em desenvolvimento no âmbito da Pesquisa no Brasil, voltado a fomentar o diálogo, a troca de experiências e de conhecimentos científicos no campo das ciências criminais, através do intercâmbio nacional e internacional entre os mais variados e reconhecidos investigadores e cientistas do meio jurídico e áreas afins. No âmbito da atual formação da Escola de Direito da PUCRS, ano do 70º aniversário do Curso de Direito na Universidade, bem como comemorativo ao 20º ano do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, consolida-se esta iniciativa como referência nacional e internacional no estudo de excelência na temática, notadamente por sua postura transdisciplinar em refletir o complexo fenômeno da violência.

Realização



PUCRS | ESCOLA DE DIREITO

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-9477-155-1



9 788594 771551

