

# ANAIS DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PUCRS

Criminologia Global

XVII Congresso Transdisciplinar de  
Ciências Criminais – ITEC-RS

VOLUME 5  
DIREITO PROCESSUAL PENAL

ORGANIZADORES

Augusto Jobim do Amaral

José Carlos Moreira da Silva Filho

Fernanda Martins

Henrique M. K. Pereira





Copyright© 2018 by Augusto Jobim do Amaral, José Carlos Moreira da Silva Filho,  
Fernanda Martins & Henrique M. K. Pereira

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 5 / 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 9788594771575 (recurso eletrônico)

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

18-49521

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  
Henrique M. K. Pereira

## ANAIS DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PUCRS

CRIMINOLOGIA GLOBAL

XVII CONGRESSO TRANSDISCIPLINAR DE  
CIÊNCIAS CRIMINAIS – ITEC-RS

## VOLUME 05 DIREITO PROCESSUAL PENAL

Realização



PUCRS | ESCOLA DE  
DIREITO

Apoio



## *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<sup>a</sup>. 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 mestrandos 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 imposter-gáveis 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 arrebatá; 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

<b>Prólogo - DISCURSO DE ABERTURA DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS: CRIMINOLOGIA GLOBAL .....</b>	<b>5</b>
José Carlos Moreira da Silva Filho	
<b>Apresentação - ANAIS DO 8º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DA PUCRS.....</b>	<b>11</b>
Augusto Jobim do Amaral	
<b>CAMINHOS ALTERNATIVOS AO DÉFICIT DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO BRASILEIRO PARA UM DEVIDO PROCESSO PENAL .....</b>	<b>19</b>
Daniela Dora Eilberg	
<b>O EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL: PARA ALÉM DO REDUCIONISMO DA TEORIA GERAL DOS RECURSOS CONSIDERADA NO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP ...</b>	<b>37</b>
Tiago Bunning Mendes	
<b>A (IM)POSSIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NAS PRISÕES PREVENTIVAS E TEMPORÁRIAS .....</b>	<b>53</b>
Jeferson Borges dos Santos Júnior João Paulo Calves	
<b>GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO: HIPÓTESE DE LEVANTAMENTO POR CRIME PERMANENTE E A NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA .....</b>	<b>63</b>
Gabriel Antinolfi Divan Daniel Nogueira Costa Filho	
<b>O VALOR PROBATÓRIO DA DECLARAÇÃO DA VÍTIMA E DE TERCEIROS NO CURSO DO PROCESSÓ PENAL .....</b>	<b>75</b>
Bruno Morel de Abreu Pedro Paulo Sperb Wanderley Vinicius Rocha de Almeida	
<b>DELAÇÃO (COLABORAÇÃO) PREMIADA: A TORTURA COMO MÉTODO PROBATÓRIO E A PERSISTÊNCIA DA MENTALIDADE INQUISITORIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>85</b>
Lucas da Silva Santos Felipe da Veiga Dias	
<b>AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....</b>	<b>99</b>
Gabriel Siqueira dos Santos Rejane Alves Arruda	

<b>O ATO DE COLABORAR COMO FONTE DE PROVA OU MEIO DE PROVA: OBSERVAÇÕES SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL</b> .....	<b>109</b>
Fábio Agne Fayet Andersson Vieira Carvalho	
<b>INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: O INTERROGATÓRIO COMO FONTE ESSENCIAL DE INFORMAÇÕES</b> .....	<b>127</b>
Débora Pacheco de Abreu Sabrina Schmidt	
<b>A NORMA DO ARTIGO 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUA CLASSIFICAÇÃO COMO REGRA DO PREJUÍZO E OS GANHOS PARA UM PROCESSO PENAL BRASILEIRO DEMOCRÁTICO</b> .137	
Pietro Cardia Lorenzoni André Machado Maya Mateus Martins Machado	
<b>“ERA UMA CASA MUITO ENGRAÇADA, NÃO TINHA TETO, NÃO TINHA NADA”: AS NARRATIVAS POLICIAIS PARA JUSTIFICAR BUSCAS DOMICILIARES NA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS DROGAS</b> .....	<b>151</b>
Pedro Zanella Caús	
<b>PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DO PREJUÍZO AO RÉU DECORRENTE DA INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO NO RITO ESPECIAL DA LEI DE DROGAS</b> .....	<b>161</b>
Arthur Gabriel Marcon Vasques Rejane Alves de Arruda	
<b>CONDUÇÃO COERCITIVA DO RÉU: ATÉ QUE PONTO O INSTITUTO SERVE COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL</b> .....	<b>177</b>
Vinicius Rocha de Almeida Bruno Morel de Abreu Rejane Alves de Arruda	
<b>EXPECTATIVAS CONTEMPORÂNEAS EM TORNO DO DIREITO E DO PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTOS DE CONCREÇÃO POLÍTICO-CRIMINAIS</b> .....	<b>187</b>
Paulo Thiago Fernandes Dias Tiago Lorenzini Cunha	
<b>A ORDEM LÓGICO-SEQUENCIAL DE QUESTIONAMENTOS ÀS TESTEMUNHAS</b> .....	<b>205</b>
Maria Cecília Butierres Ana Isabel Sani	
<b>RECOGNIÇÃO, PROBLEMÁTICA PROBATÓRIA E O ENCONTRO FORTUITO DE PROVA</b> .....	<b>219</b>
Maria Alice dos Santos Severo	

<b>UMA LEITURA CRÍTICA DA LIBERDADE JURÍDICA HODIERNA</b> . . . .	<b>239</b>
Lucas Bortolini Kuhn Liziane Menezes de Souza	
<b>FALSAS MEMÓRIAS E PROCESSO PENAL: UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR</b> .....	<b>249</b>
Fernanda de Vargas Bárbara Zaffari Cavedon Gabriel José Chittó Gauer	

# CAMINHOS ALTERNATIVOS AO DÉFICIT DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO BRASILEIRO PARA UM DEVIDO PROCESSO PENAL

Daniela Dora Eilberg<sup>1</sup>

## 1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL

O debate constante acerca da aplicação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos em âmbito interno dos Estados nacionais é essencial para que haja maior proteção dos direitos humanos. Atualmente, desenvolvem-se práticas de troca entre operadores de Direito, acadêmicos e especialistas, no intuito de sensibilizar os agentes estatais e os operadores jurídicos, através de diálogos jurisdicionais, a manter um compromisso com a comunidade internacional ao adotar os estandartes direitos e garantias previstos nas declarações, pactos e tratados internacionais de direitos humanos ratificados.

No intuito de dar respaldo aos estandartes internacionais, o controle de convencionalidade dialoga com essa perspectiva de sua concretização no âmbito doméstico; contudo, é uma ideia relativamente nova. Valerio Mazzuoli aponta a sua origem em uma decisão<sup>2</sup> proferida pelo Conselho Constitucional Francês<sup>3</sup>, acerca de uma lei sobre a interrupção voluntária da gravidez, momento em que o Tribunal reconheceu a sua incompetência em analisar a compatibilidade das leis francesas e dos tratados ratificados pela França.

1. Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
2. Decisão n.º 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975 do Conselho Constitucional Francês.
3. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. Coleção direito e ciências afins: vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

O controle de convencionalidade passou a ser frequente na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Na esfera da Corte Interamericana de Direitos Humanos, surgiu a chamada doutrina do controle de convencionalidade<sup>4</sup>, que vem buscando determinar o compromisso dos países que ratificaram o Pacto de São José da Costa Rica com a interpretação de qualquer norma nacional em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Assim, passou a haver uma preocupação de averiguar a compatibilidade entre uma lei interna e o *corpus iuris interamericano*, de modo que, a partir da adoção desse sistema de controle jurisdicional de convencionalidade das normas, surgiu a figura do “bloco de convencionalidade”<sup>5</sup>.

O controle de constitucionalidade surgiu no continente europeu, conforme já mencionado, na França, a partir da decisão n.º 74-54 DC, em 1975, e desde então vem sendo desenvolvido e aprimorado, principalmente no campo jurisprudencial das Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Mas é importante referir que não se restringe a elas, pois o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUEU) também teve um papel essencial na contribuição para a solidificação desse instituto, com o caso *Simmenthal*<sup>6</sup>, cuja decisão constou o seguinte excerto:

Consid. 17: Além do mais, por força do princípio do primado do direito comunitário, as disposições do Tratado e os actos das instituições directamente aplicáveis têm por efeito, nas suas relações com o direito interno dos Estados-membros, não apenas tornar inaplicável de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor, qualquer norma de direito interno que lhes seja contrária, mas também [...] impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais, na medida em que seriam incompatíveis com normas do direito comunitário.

Consid. 21: Decorre de tudo quanto precede que qualquer juiz nacional tem o dever de, no âmbito das suas competências, aplicar integralmente o direito comunitário e proteger os direitos que este confere aos particulares, considerando inaplicável qualquer disposição eventualmente contrária de direito interno, quer seja esta anterior ou posterior à norma comunitária.

O fundamento jurídico do controle de convencionalidade encontra-se

4. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, párr. 65.
5. Sobre o “bloco de convencionalidade”, ver o voto no Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. *Exceção Preliminar; Fondo, Reparaciones e Custas*. Sentença 26 de novembro de 2010. Série C No. 220.
6. Disponível em: <<https://eucaselaw.wordpress.com/2013/06/15/simmenthal-1978/>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

principalmente nos artigos 1.1<sup>7</sup>, 2<sup>8</sup>, e 29<sup>9</sup> do Pacto de San José, assim como nos artigos 26<sup>10</sup> e 27<sup>11</sup> da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e, de certo modo, da interpretação do artigo 46<sup>12</sup> da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Contudo, não apenas as previsões de dispositivos o determinam, como o corpo jurisprudencial das Cortes Internacionais de Direitos Humanos vêm contribuindo essencialmente no aprimoramento desse instituto.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, destaca-se a Opinião Consultiva OC-14/94 de 09 de dezembro de 1994<sup>13</sup> e o Caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador (1997)*<sup>14</sup> e *Barrios Altos vs. Perú (2001)*<sup>15</sup>. Este segundo retratou a ausência de convencionalidade das leis de anistia e

7. Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
8. 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.
9. Artigo 29. Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorram da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.
10. Artigo 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.
11. Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.
12. Artigo 46º. Força vinculativa e execução das sentenças 1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes. 2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução. 3. Sempre que o Comitê de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está a ser travada por uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de interpretação. A decisão de submeter a questão à apreciação do tribunal será tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares. 4. Sempre que o Comitê de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n.º 1. 28 29 5. Se o Tribunal constatar que houve violação do n.º 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar. Se o Tribunal constatar que não houve violação do n.º 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros, o qual decidirá-se-á pela conclusão da sua apreciação
13. “La corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de esta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado”. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (art. 1º y 2º Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.
14. Caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2017.
15. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)> Acesso em: 10 nov. 2017.

autoanistia. Antonio Cassese afirmou que foi o primeiro caso em que houve a atuação de um Tribunal Internacional como uma espécie de Corte Constitucional<sup>16</sup>. Mas, o principal caso contencioso que fortaleceu a ideia de controle de convencionalidade foi “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile* (2001)<sup>17</sup>, em que a Corte IDH fez o controle convencional sobre a Constituição chilena. No caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*, sentença de 26 de novembro de 2010, houve menção expressa ao conceito de “bloco de convencionalidade”.

Elaboradas as primeiras considerações a respeito, parte-se para a compreensão do seu conceito. Enquanto o filtro constitucional das leis ordinárias embasa-se na supremacia da Constituição, figurando o que seria o chamado “controle de constitucionalidade”, a filtragem convencional da produção legislativa interna tem como parâmetro o dever internacional de cumprir os pactos internacionais ratificados. Portanto, o chamado controle de convencionalidade embasa-se na supremacia dos diplomas internacionais.

Valério Mazzuoli entende que o controle de convencionalidade se trata da compatibilidade vertical entre as leis domésticas e os tratados internacionais de direitos humanos<sup>18</sup> e controle de suprallegalidade diz respeito à compatibilização das leis domésticas com os tratados internacionais gerais. Diferentemente, dispõe Luiz Flávio Gomes, que compreende o controle de suprallegalidade como um sinônimo do controle difuso de convencionalidade. Para Mazzuoli, pode haver tanto o controle de convencionalidade difuso (quando o controle se dá por meio de um juiz ou pelo tribunal), como concentrado (quando apenas um tribunal o faz, que seria o responsável pela preservação da Constituição – no caso brasileiro, o STF). Segundo o autor, portanto, é possível ocorrer o controle convencional da produção normativa interna, o que estaria respaldado com a orientação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do Relatório Anual 2006, e na OEA, conforme as Observações e Recomendações da Assembleia Geral/2007<sup>19</sup>.

No quadro brasileiro, há uma diferenciação do procedimento de

16. CASSESE, Antonio. “Y-a-t-il un conflit insurmountable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?”. In: CASSESE, ANTONIO Y DELMAS-MARTY, MIREILLE (eds.), *Crimes Internationaux et juridictions internationales*. 2002, p. 13-16.

17. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2017.

18. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

19. GIACOMOLLI, Nereu J. *O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 30.

incorporação dos tratados internacionais que acarreta consequências na maneira como se dará o controle de convencionalidade. Após a Emenda Constitucional de 2004, determinou-se que apenas quando a aprovação do diploma internacional de direitos humanos se dá por quórum qualificado (art. 5º, § 3º da CF<sup>20</sup>), que incorpora com equivalência à Emenda Constitucional e, então, “o direito-garantia é material e formalmente constitucional”<sup>21</sup>, de modo a permitir o controle da produção legislativa pela modalidade difusa e concentrada.

Contudo, a resistência da cultura jurídica nacional quanto à normativa internacional recai à obviedade, principalmente quando se depara com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O STF adota a tese da suprallegalidade<sup>22</sup> dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45, que possibilitou o *status* de Emenda Constitucional aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados com quórum qualificado.

Diferentemente do Peru, da Argentina, da Nicarágua e da Venezuela, países em que os diplomas internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, o Brasil possui uma barreira significativa à concretização da supremacia dos direitos humanos, como é possível se depreender a partir da decisão do STF quanto à natureza jurídica desses documentos, em que restou o voto do Ministro Celso de Mello vencido acerca da constitucionalidade desses tratados internacionais. Quanto ao ponto, ainda, merece menção:

(...) verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF) entre os direitos humanos localizados em tratados internacionais, uma vez ratificados, e os direitos fundamentais sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional,

20. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

21. GIACOMOLLI, Nereu J. *O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 30.

22. Em razão da inovação trazida por essa Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal buscou atualizar a sua jurisprudência na temática. Assim, julgou o RE nº 466.343, de dezembro de 2008, com voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos seria suprallegal, dotando a eles a força normativa no direito interno. Portanto, sua hierarquia é especial e privilegiada, uma vez que a sua natureza normativa suprallegal torna inaplicável qualquer legislação infraconstitucional que seja com eles conflitantes. A tese levantada pelo Ministro Celso de Mello, acerca da constitucionalidade dos tratados internacionais sobre os direitos humanos e consequente igualdade de hierarquia com a Constituição Federal, restou vencida pelo voto proferido, mas segue sendo defendida por diversos autores. O Brasil, diferentemente do Peru, da Argentina, da Nicarágua e da Venezuela – países que atribuem hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos – apresenta uma barreira significativa à concretização da supremacia dos Direitos Humanos e sua ampla proteção, ao definir que tais diplomas legais não seriam hierarquicamente iguais a sua Constituição Federal.

constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais.<sup>23</sup>

Portanto, tendo em vista que o Pacto San José da Costa Rica possui *status* supralegal, o cumprimento das sentenças provenientes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) enfrenta dificuldades, de modo a insurgirem questionamentos acerca dos caminhos processuais domésticos cabíveis para a efetivação dessas sentenças internacionais. Ainda, a regra de subsidiariedade das Cortes Internacionais de Direitos Humanos indica que, normalmente, só é possível acessar aos tribunais internacionais quando todas as instâncias internas previstas para impugnar já foram esgotadas.

No entanto, os reflexos disso, ao menos no âmbito do processo penal, são justamente o trânsito em julgado de uma sentença injusta. O que ocorre, portanto, quando há coisa julgada no processo penal e, em paralelo, a Corte Internacional de Direitos Humanos reconhece violação expressa à previsão convencional nesse julgamento? E qual o instrumento jurídico capaz de proporcionar o cumprimento de uma decisão que ordena a reabertura de um processo penal cuja sentença já transitou em julgado?

## 2. A EFETIVIDADE DAS DECISÕES INTERNACIONAIS NA CONCEPÇÃO DE UM DEVIDO PROCESSO PENAL: DISCUSSÃO E CRÍTICA À LUZ DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

As sentenças internacionais proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não dependem da homologação do Superior Tribunal de Justiça como as sentenças estrangeiras, pois são auto executáveis e têm força jurídica vinculante e obrigatória, razão pela qual o seu cumprimento deveria ser imediato<sup>24</sup>. A jurisdição da Corte é reconhecida pelo Estado brasileiro, de modo que as decisões proferidas pelo órgão passam a ser equivalentes a um título executivo judicial e os seus efeitos jurídicos seriam análogos aos de uma sentença proferida pelo próprio Poder Judiciário brasileiro. Caso não venha a ser

23. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 368.

24. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 348

executada essa sentença, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) indica o seu descumprimento em um relatório anual, de maneira especial e com as recomendações necessárias ao Estado-parte que não cumpriu.

As considerações acerca da efetividade das sentenças internacionais desaguam na necessidade de se elencar alguns casos jurisprudenciais que trazem à discussão o controle de convencionalidade, o cumprimento das sentenças internacionais e algumas das suas consequências no processo penal. Optou-se, neste estudo, por referenciar quatro casos. Em primeiro momento, o caso *Loayza Tamayo vs. Perú (1997)*<sup>25</sup>, proveniente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, situação em que houve a violação direitos e garantias reconhecidos convencionalmente, de modo que a condenação do Estado peruano ordenou a soltura imediata da presa. Na esfera do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), destacam-se o caso *Assanidzé vs. Geórgia (2004)*<sup>26</sup>, em que houve a determinação imediata liberdade do acusado, o caso *Ogaristi vs. Itália (2010)*<sup>27</sup>, em que se decidiu no sentido de condenar o Estado-parte a realizar um novo julgamento do réu pronunciado em um processo injusto, respeitando-se à normatividade prevista no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humano e, por fim, o caso *Drassich vs. Itália (2007)*, que despertou o debate acerca da necessidade de criar uma revisão criminal de sentenças domésticas já transitadas em julgado, porém com decisão notoriamente contrária à norma convencional.

### 2.1. LOAYZA TAMAYO VS. PERÚ (1997)

María Elena Loayza Tamayo, professora da Universidad Sant Martín de Porres, foi presa, no dia 06 de fevereiro de 1993, junto ao seu familiar, por ter sido denunciada por Angélica Torres García – presa no dia anterior – por supostamente integrar ao Partido Comunista de Perú (Sendero Luminoso – PCP-SL). Nos primeiros 10 dias em que esteve presa, não pode se comunicar sequer com advogado.

Segundo o Decreto-lei nº 25.659, quando se tratasse do delito relacionado ao terrorismo, o acusado não teria direito de recorrer, sendo proibido até mesmo o ajuizamento de *habeas corpus*. Nesse sentido, María Elena seguiu

25. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

26. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Georgia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Georgia_ENG.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

27. Disponível em: <[http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/sentenza/testo\\_ingleses/000/000/356/Ogaristi\\_c\\_Italia\\_it.pdf](http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/sentenza/testo_ingleses/000/000/356/Ogaristi_c_Italia_it.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

presa e foi encaminhada ao Hospital Veterinaria del Ejército, onde ficou detida até o dia 03 de março. Nessa data, foi transferida para o Centro Penitenciário de Segurança Máxima de Mulheres de Chorrillos, local em que ficou presa o restante do tempo.

A acusada foi processada tanto na Justiça Militar como na Justiça Comum. No âmbito militar, foi acusada pelo delito de traição à pátria. O Juizado Especial da Marinha a absolveu em março de 1993. No entanto, em abril do mesmo ano, foi condenada pelo Conselho de Guerra Especial da Marinha. Em agosto de 1993, o Tribunal Especial do Conselho Supremo da Justiça Militar a absolveu do delito de traição e ordenou remessa dos autos à Justiça Comum para que se julgasse o delito de terrorismo. A acusação apelou, mas Tamayo teve sua absolvição confirmada em segunda instância.

María Elena seguiu presa de agosto a outubro de 1993, mesmo depois de sua absolvição, período em que foi considerada como “absolvida, não processada nem condenada”. Na Justiça Comum, foi processada em diversas instâncias sobre o delito de terrorismo e, por mais que tivesse postulado o respeito ao princípio do *non bis in idem* e da coisa julgada material (absolutória, no caso), teve seu pedido rechaçado pelo “Tribunal Especial sem rosto de Justiça Comum”, que a condenou, em 1994, a 20 anos de pena privativa de liberdade. Foi interposto recurso de nulidade diante da Suprema Corte de Justiça, o qual não foi conhecido em 1995. Durante todo esse período, María Elena Loayza Tamayo permaneceu presa.

Assim, o caso contencioso originou-se da denúncia nº 11.154 contra a República do Peru. A Comissão Interamericana encaminhou à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 12 de janeiro de 1995, fundamentando violação aos artigos 7<sup>28</sup> (direito à liberdade pessoal), 5<sup>29</sup> (direito à integridade

28. Artigo 7. Direito à liberdade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. 5. 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 e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

29. Artigo 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade

pessoal), 8<sup>30</sup> (garantias judiciais) e 25<sup>31</sup> (proteção judicial), devido à privação ilegal de liberdade, tortura, maus tratos, violação das garantias judiciais e duplo processamento, com base nos mesmos fatos, de María Elena Loayza Tamayo, requerendo a sua reparação material e moral, e a decretação de sua imediata liberdade, de modo a conceder indenização por todas as violações expressas.

Em 17 de setembro de 1997, a Corte IDH decidiu que o Estado peruano teria violado os artigos 5, 7, 8.1, 8.2, e 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, condenando-o a pagar indenização à vítima e aos seus familiares, além de ordenar a liberdade de María Eduarda dentro de um prazo razoável.

## 2.2. ASSANIDZÉ VS. GEÓRGIA (2004)

O requerente do caso era candidato a prefeito da capital de Ajarian Autonomous Republic, na Geórgia, e membro da Suprema Corte de Ajarian. Em outubro de 2000, foi condenado pela Suprema Corte da Geórgia a 12 anos de prisão, pelo delito de sequestro. O réu recorreu e a Suprema Corte da Geórgia anulou a condenação, absolvendo-o em decisão que transitou em

de física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinquent. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

30. Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

31. Artigo 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

julgado e ordenando a sua imediata liberdade.

As autoridades de Geórgia tentaram, através de diversos meios políticos e legais, localizar o candidato a prefeito para que o soltassem e liberassem sua candidatura. Contudo, embora tivesse sido absolvido e a sua liberdade imediata ordenada pela Suprema Corte da Geórgia, seguiu detido, sem substrato legal e tampouco qualquer outra reabertura de processo que justificasse a sua detenção.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu que houve violação ao direito a um julgamento em processo penal justo e o descumprimento de sentença absolutória, figurando afronta aos artigos 5, §1º<sup>32</sup> e 6, §1º<sup>33</sup> da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O TEDH condenou ao Estado-parte à indenização por danos morais e materiais e a imediata liberdade do requerente.

### 2.3. DRASSICH VS. ITALIA (2007)

O caso em tela retrata a situação de M. Mauro Drassich, cidadão italiano, representado pela advogada Me. L. Stortoni, imputado dos crimes de *falso, abuso de ofício e corrupção*, previstos no Código Penal italiano. O italiano foi condenado, em primeiro grau, à pena de três anos de reclusão. Tanto a parte defensiva como a ministerial interpueram recurso de apelação e, em 12 de fevereiro de 2002, a pena do réu foi agravada e passou a ser de três anos e oito meses de reclusão.

Ao dar seguimento ao processo, Drassich interpôs recurso à Suprema Corte, pugnando pela prescrição do crime previsto no art. 319 do Código Penal italiano<sup>34</sup>, nos termos do art. 157 do Código Penal Italiano<sup>35</sup>, à época

32. Artigo 5º. Direito à liberdade e à segurança. 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

33. Artigo 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa

34. Art. 319 – *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio – Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni (1). (1) Articolo così sostituito dalla L. 26 aprile 1990, n. 86*

35. Art. 157 – *Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere – La prescrizione estingue il reato: 1) in venti anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni; 2) in quindici anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a dieci anni; 3) in dieci anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a cinque anni; 4) in cinque anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione inferiore a cinque anni, o la pena della multa; 5) in tre anni, se si tratta di contravvenzione per cui la legge stabilisce la pena dell'arresto; 6) in due anni, se si tratta di contravvenzione*

vigente, tendo em vista as circunstâncias atenuantes que haviam sido reconhecidas na sentença.

Ocorre que, no dia 02 de fevereiro de 2004, a Suprema Corte Italiana não apenas rejeitou o recurso, como também requalificou os fatos a ele imputado – de maneira mais gravosa –, passando de corrupção simples à corrupção em atos judiciais, nos termos do dispositivo 319<sup>ter</sup> do CP italiano<sup>36</sup>. Nesse sentido, decidiu a Suprema Corte pela impossibilidade de extinção da punibilidade do crime pelo instituto da prescrição, conforme requerido pelo réu, pois a pena seria mais gravosa e o pedido, portanto, indeferido. Assim transitou em julgado a sentença desfavorável ao réu.

Drassich recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos, que declarou pela admissibilidade do requerimento. Inicialmente, transcreveu os argumentos da parte, ressaltando o fato de que o requerente não contestou o direito das autoridades nacionais de requalificar os fatos, mas apenas as condições em que tal requalificação ocorreu, e o fato de não ter sido informado em tempo útil para realizar uma defesa balizada pelo efetivo contraditório.

O Governo italiano alegou semelhança com o caso *De Salvador Torres vs. Espanha* (julgamento de 24 de outubro de 1996), concernente à possibilidade de requalificação dos fatos imputados. No entanto, em momento algum o réu teria sido notificado ou teria sido a ele oportunizada a possibilidade de preparar uma defesa justa referente à nova qualificação dos fatos a ele imputados. Ademais, é preciso observar que essa requalificação gerou um grande prejuízo à Drassich, uma vez que se não tivesse ocorrido, a pena teria sido inferior a três anos e uma medida alternativa à prisão poderia ter sido adotada.

Nesse sentido, entendeu a Corte Europeia de Direitos Humanos restar clara a violação ao artigo 6º, §§ 1º e 3º, “a” e “b”<sup>37</sup> da Convenção Europeia

*per cui la legge stabilisce la pena dell'ammenda (1). Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circostanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti. Nel caso di concorso di circostanze aggravanti e di circostanze attenuanti si applicano anche a tale effetto le disposizioni dell'articolo 69. Quando per il reato la legge stabilisce congiuntamente o alternativamente la pena detentiva e quella pecuniaria, per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo soltanto alla pena detentiva. N.B.: La Corte costituzionale, con sentenza 31 maggio 1990, n. 275, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo articolo nella parte in cui non prevede che l'imputato possa rinunciare alla prescrizione del reato. (1) Numero così modificato dalla L. 24 novembre 1981, n. 689.*

36. Art. 319 *ter* – *Corruzione in atti giudiziari – Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da tre a otto anni. Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da quattro a dodici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da sei a venti anni (1). (1) Articolo aggiunto dalla L. 26 aprile 1990, n. 86.*

37. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua

de Direitos Humanos, já que não teria sido oportunizado o contraditório na requalificação do crime imputado ao acusado, assim como o requerente não teria sido informado detalhadamente acerca da possibilidade de uma “requalificação” em tempo útil<sup>38</sup>. Observa-se como determinou, *in verbis*, a sentença:

44. *Aux termes de l'article 41 de la Convention, « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »* 45. *Le requérant n'a présenté aucune demande de satisfaction équitable dans le délai qui lui avait été imparti à ce fin. Partant, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'octroyer de somme au titre de l'article 41 (Willekens c. Belgique, no 50859/99, § 27, 24 avril 2003).* 46. *Toutefois, lorsque la Cour conclut qu'un particulier a été condamné à l'issue d'une procédure entachée de manquements aux exigences de l'article 6 de la Convention, un nouveau procès ou une réouverture de la procédure, à la demande de l'intéressé, représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée (voir Öcalan c. Turquie [GC], no 46221/99, § 210 in fine, CEDH 2005-IV; Ünsal c. Turquie, n o 24632/02, § 36, 20 février 2007).*<sup>39</sup>

Portanto, a condenação do Estado-parte a realizar um novo procedimento ou a sua reabertura, ainda que transitado em julgado, foi uma sentença extremamente importante e de referência para despertar o debate sobre os mecanismos jurídicos existentes para contemplar o direito ao recurso quando há uma norma convencional violada em uma sentença já transitada em julgado.

A análise deste caso, portanto, remete à imprescindível discussão acerca do controle de convencionalidade e ao direito a um processo penal justo, de modo a incitar a reflexão sobre as possíveis alternativas para se implementar uma sentença que determina reabertura de um processo penal cuja sentença já transitou em julgado, mas violou à norma convencional.

Em suma, os casos acima destacados remetem a um questionamento acerca das alternativas para se garantir a efetividade das sentenças que

que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

38. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Drassich vs. Itália. 11 de dezembro de 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/001-83896.pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

39. 44. De acordo com o artigo 41 da Convenção, “Se o Tribunal declara que houve violação da Convenção ou dos seus Protocolos, e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.” 45. O requerente não apresentou qualquer pedido de satisfação justa dentro do prazo fixado para esse fim. Por conseguinte, o Tribunal considera que não é necessário conceder o montante do artigo 41 (Willekens c. Bélgica, nº 50859/99, § 27, 24 de abril de 2003). No entanto, quando o Tribunal conclui que um indivíduo foi condenado na sequência de um procedimento contaminado pela falta de exigências do artigo 6 da Convenção, um novo julgamento ou uma reabertura do processo, a pedido do interessado, representa, em princípio, um meio apropriado para corrigir a violação encontrada (ver Öcalan vs. Turquia [GC], nº 46221/99, § 210 in fine, CEDH 2005-IV, Ünsal vs. Turquia, nº 24632/02, § 36, 20 de fevereiro de 2007). (Tradução nossa).

requerem imediata liberdade de acusado preso injustamente ou até mesmo a reabertura de um processo penal ou realização de um novo julgamento já transitado em julgado, em razão de violação a direito e/ou garantia convencional. Esse questionamento remete, por consequência, à problemática da adoção de um instrumento jurídico capaz de garantir essa efetividade. Qual o devido remédio jurídico ao caso? Ou, ainda, que mecanismo seria capaz de absorver os efeitos jurídicos desse tipo de sentença internacional e executá-la?

No Brasil, está tramitando um Projeto de Lei do Senado, nº 220, de 2016, que dispõe justamente sobre o cumprimento das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, determinando a produção de seus efeitos jurídicos como imediatos no ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre que, além de haver o tempo de demora para a sua promulgação, ela por si só não provocará mudanças significativas. A situação requer um câmbio rigoroso da cultura dos magistrados e operadores jurídicos envolvidos no cumprimento dessas decisões provenientes de Cortes Internacionais de Direitos Humanos, na compreensão de que certos estandartes internacionais existem para conduzir as decisões em prol da proteção dos direitos humanos.

Ainda, é imprescindível observar que a mera criação dessa lei não resolveria os problemas de quando já existem sentenças violadoras de norma convencional já transitadas em julgado. Para tanto, dentro do cenário normativo do processo penal de diversos países – principalmente, no que diz respeito ao caso brasileiro – a “Revisão Criminal” parece ser a solução mais plausível e com maior substrato jurídico a ser sustentado para garantir o cumprimento dessas decisões já transitadas em julgado, porém violando direitos convencionalmente balizados.

Contudo, no cenário brasileiro, assim como o de outros países – tais como a Itália, que merece destaque em razão da referência às sentenças supra-mencionadas – o rol taxativo da revisão criminal previsto no diploma legal não contempla a situação de desconhecimento, por corte internacional, de violação à norma convencional.<sup>40</sup> Vem-se apontando a necessidade de mudança

40. Art. 621 do Código de Processo Penal Brasileiro. A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Art. 630 do Código de Processo Penal Italiano. *Casi di revisione. 1. La revisione può essere richiesta: a) se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale; b) se la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente*

e extensão de tal rol<sup>41</sup>, para que se possa suprir à situação problemática. Para além da revisão criminal “convencional”, o cabimento do *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2º CPP<sup>42</sup>) também parece ser uma figura jurídica razoável a auxiliar, ao menos por ora, no cumprimento de decisões que ordenam a liberdade imediata do preso injustamente.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No caminhar da reivindicação pela consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pautando-se pelos estandartes internacionais, os ordenamentos jurídicos devem convergir a uma mesma direção. Para tanto, uma leitura convencional dos Códigos de Processo Penal é essencial, preservando-se um teor humanizado do processo penal – que por si só, já não carrega tanta humanidade.

Inexiste, no Brasil, a padronização de um procedimento apto a cumprir as decisões provenientes de Cortes Internacionais, tampouco mecanismos institucionais específicos e sólidos capazes de executá-las no sistema político brasileiro. No entanto, tal realidade não é de exclusividade do Estado brasileiro. Evidenciam-se, constantemente, problemáticas concernentes à implementação das decisões internacionais nos países que são signatários de Tratados Internacionais de Direitos Humanos e que estão sob a jurisdição de alguma Corte Internacional de Direitos Humanos, o que desemboca no debate acerca do controle de constitucionalidade. Este estudo buscou realizar a análise dos casos em que um Estado-parte é condenado internacionalmente a i) anular sentença condenatória, já transitada em julgado, proferida por Corte doméstica, que decretou prisão injusta e/ou a ii) realizar imediata soltura de preso, por violação a direito ou garantia do devido processo penal convencionalmente reconhecido.

Questionou-se quais os caminhos processuais domésticos cabíveis para

*revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'articolo 3 ovvero una delle questioni previste dall'articolo 479; c) se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere proscioltto a norma dell'articolo 631; d) se è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato.*

41. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. A revisão criminal como instrumento de execução das sentenças dos tribunais internacionais de direitos humanos: o cenário brasileiro em comparação com a discussão italiana no caso Drassich. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 2, p. 25 – 51, maio/ago. 2017. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48670>>. Acesso em: 28 ago. 2017. DOI:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i2.48670>.

42. § 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

a efetivação dessas sentenças internacionais para que se possa garantir, de fato, um processo penal justo e humanizado. O controle de convencionalidade é, pois, um importante instrumento para fortalecimento do Direito Internacional de Direitos Humanos e a figura do bloco de convencionalidade surge como um parâmetro essencial ao controle jurisdicional, ainda em desenvolvimento, justamente no intuito de auxiliar como um mecanismo de implementação do direito internacional dos direitos humanos na esfera nacional.

O que garantiria a execução das decisões que condenaram um país internacionalmente, por violar uma norma convencional do devido processo penal, a reabrir um processo cuja sentença já transitou em julgado? Cabe utilizar instrumentos existentes – como o *Habeas Corpus* e a Revisão Criminal –, ou elaborar nova lei doméstica capaz de absorvê-las e garantir sua efetividade jurídica direta?

Certos doutrinadores afirmam que as decisões dessas Cortes Internacionais seriam de natureza meramente declaratória, de modo a não implicar consequências necessárias ao ordenamento interno do Estado-parte. Em contrapartida, tal entendimento vem sendo questionado por diversos autores e, inclusive, juristas, pois o próprio quadro jurisprudencial dessas Cortes Internacionais vêm demonstrando decisões que tiveram sua efetividade nos âmbitos doméstico. Nesse sentido, uma vez constatados os reflexos do cumprimento de tais decisões, quando há reconhecimento de violação expressa à previsão convencional em um processo penal, tais cortes vêm compreendendo a necessidade de interferir na coisa julgada e propiciar uma nova oportunidade de julgamento justo, democrático e humanizado.

Os Estados-partes que ratificaram as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, devem, portanto, buscar conformidade de atuação dos seus Poderes Judiciário e Legislativo e até mesmo do Executivo, para garantir a efetividade das sentenças internacionais, realizar o devido controle de convencionalidade e vislumbrar o seu comprometimento com a comunidade internacional, no que tange aos estandartes de proteção dos direitos humanos. Para tanto, a implementação de instrumentos capazes de absorver as decisões provenientes de Cortes Internacionais é essencial.

Nesse sentido, no intuito de garantir a efetividade dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, é preciso assegurar a efetividade do cumprimento das sentenças provenientes das Cortes Internacionais de Direitos Humanos e, em sendo o caso com condenação injusta/ilegítima,

nos termos reconhecidos pela Corte Internacional, melhor reparação conferirá a reabertura do processo penal, no intuito de realizar novo procedimento justo e democrático.

Logo, além da criação de uma lei que confira efeitos jurídicos imediatos às decisões provenientes de Cortes Internacionais de Direitos Humanos, faz-se de extrema importância a extensão do rol taxativo da revisão criminal, para se criar uma hipótese de previsão para quando há violação convencional, bem como usufruir do *habeas corpus* nos casos necessários de liberdade imediata, a fim de garantir o cumprimento efetivo das sentenças internacionais.

## REFERÊNCIAS

- CARVALHO RAMOS, André de. *Supremo Tribunal Federal Brasileiro eo ontrole de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 104, p. 241-286. Jan/dez. 2009.
- CASSESE, Antonio. “*Y-a-t-il un conflict insurmountable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?*”. In: CASSESE, ANTONIO Y DELMAS-MARTY, MIREILLE (eds.), *Crimes Internationaux et juridictions internationales*. 2002, p. 13-16.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *O controle de convencionalidade como parte do constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana*. In: Revista de Processo, vol. 232, Jun. 2014, p. 3.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fundo. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C No. 75. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)> Acesso em: 10 nov. 2017.
- \_\_\_\_\_. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Fundo, Reparações e Custas. Sentença 26 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Internacional/Casos/1.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- \_\_\_\_\_. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Fundo. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2017.
- \_\_\_\_\_. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Fundo, Reparações e Custas. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- \_\_\_\_\_. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fundo. Sentença de 12 de novembro de 1997. Serie C No. 35. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- GIACOMOLLI, Nereu J. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016
- GOMES, Luiz Flávio. *Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli “versus” STF*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090615165108665](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615165108665)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflitos e os critérios de solução*. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/375735/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Coleção direito e ciências afins: vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

MAZZUOLI, Valério; MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de Convencionalidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 348.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade na ordem jurídico-constitucional brasileira na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. In: *Revista de Processo Comparado*. v. 3, n. 5, p. 183-220, jan/jul. 2017: Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/111399>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Drassich vs. Italia*. Sentença de 11 de dezembro de 2007. Disponível em: <<file:///C:/Users/user/Downloads/001-83896.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Assanidze vs. Georgia*. Sentença de 2004. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Georgia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Georgia_ENG.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *Ogaritzi vs. Italia*. Sentença de 2010. Disponível em: <[http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/sentenza/testo\\_ingleses/000/000/356/Ogaristi\\_c\\_Italia\\_it.pdf](http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/sentenza/testo_ingleses/000/000/356/Ogaristi_c_Italia_it.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo 106/77, *Simmenthal*. Sentença de 9 de Março de 1978. Disponível em: <<https://eucaselaw.wordpress.com/2013/06/15/simmenthal-1978/>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. *A revisão criminal como instrumento de execução das sentenças dos tribunais internacionais de direitos humanos: o cenário brasileiro em comparação com a discussão italiana no caso Drassich*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 2, p. 25 – 51, maio/ago. 2017. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48670>>. Acesso em: 28 ago. 2017. DOI:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i2.48670>.

# O EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL: PARA ALÉM DO REDUCIONISMO DA TEORIA GERAL DOS RECURSOS CONSIDERADA NO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP

Tiago Bunning Mendes<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho visa investigar a ausência de efeito suspensivo nos recursos processuais penais de natureza extraordinária, demonstrando como esta herança oriunda da Teoria Geral dos Recursos de conteúdo civilista, tal como a Teoria Geral do Processo é descabida para o sistema recursal no processo penal.

Pretende-se demonstrar que as diferenças substanciais de objeto e funções do processo civil e do processo penal impõem a necessidade de categorias próprias aos recursos no processo penal.

A relevância do tema justifica-se, eis que a ausência de efeito suspensivo foi um dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP para permitir a execução antecipada de pena.

O objetivo principal de tudo que será exposto é propor uma releitura do efeito suspensivo nos recursos processuais penais, com fundamento na presunção de inocência, comprovando que ambas esta garantia fundamental impõe uma suspensão aos efeitos da sentença condenatória, que incide sobre a culpabilidade, independentemente dos efeitos recursais atribuídos.

## 2. DE ONDE SÃO CONCEBIDOS E QUAL CAMINHO DEVERIAM TRILHAR OS RECURSOS NO PROCESSO PENAL

Historicamente os recursos foram mecanismos concebidos durante a

1. Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

prevalência do sistema inquisitivo, em que os poderes de soberania exercidos pelo monarca absoluto eram delegados aos juízes inquisidores<sup>2</sup> que estavam obrigados a seguirem as regras e após decidirem devolveriam<sup>3</sup> a jurisdição delegada ao soberano, que por sua vez, reinvocava o julgamento que havia delegado numa forma de controle da atuação dos funcionários inferiores<sup>4</sup>.

Nesta concepção, os recursos foram reconhecidos como meios de controle burocrático, numa tentativa (ilusória) de conciliação entre justiça e certeza<sup>5</sup>, na busca de fazer valer a justiça sobre a segurança jurídica<sup>6</sup>. Chamamos de tentativa ilusória propositalmente, pois neste cenário, supostamente ideal da concepção recursal, é preciso questionar justiça para quem (?) e certeza do que (?), o que certamente nos leva a conclusão que estamos diante de preceitos inconciliáveis, na medida em que sua valoração dependerá do campo que se observa, além do que a certeza, tal como a verdade, jamais serão alcançadas por via processual.

De plano também é preciso superar na jurisdição penal a dicotomia valorativa de verdade e liberdade, pois, no processo penal a garantia do duplo grau encontra-se relacionada apenas ao valor da liberdade, pois, nada assegura que a decisão de segundo grau será necessariamente mais próxima da verdade, quiçá mais qualificada ou ainda mais justa<sup>7</sup>. Nesse cenário, não é possível admitir que o órgão revisor seria mais capacitado para declarar a verdade processual, de modo a perceber que o duplo grau, somente se justifica em razão do valor da liberdade, como verdadeira garantia individual daquele se resta perseguido em juízo<sup>8</sup>.

2. Tal como explica Rubens Casara, isso não significa que a ideia de impugnação das decisões não existia desde a antiguidade, quando no sistema egípcio os juizes singulares e tribunais superiores possibilitavam apreciar e reapreciar as matérias postas a respectiva apreciação, bem como, em Atenas, na época clássica (de 490 a.C a 322 a.C), em que havia possibilidade de que as decisões dos tribunais fosse revista pela Assembleia do Povo e também na Roma, durante o Reinado, em que era garantido aos condenados um pedido de clemência dirigido aos Comícios Populares, surgindo posteriormente, durante o Império, a *apellatio* como forma de impugnar qualquer sentença proferida em território romano. (CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 497)
3. E daqui se origina o efeito devolutivo como característica básica dos recursos.
4. MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 706/707.
5. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.21.
6. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 27.
7. Muito pelo contrário, Rubens Casara possui pesquisa (cujos resultados encontram-se publicados em sua obra Mitologia processual penal) que comprova a ilusão advinda do duplo grau de jurisdição, que diante da crise que instaura no sistema recursal e a subversão atribuída ao recurso de defesa acabam por provocar não passa de um simulacro que manipula a esperança dos recorrentes.
8. CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 505/506.

Tal como está posto, através da ótica da tríade ação-jurisdição-processo, considerou-se, até então, que o recurso é um prolongamento do direito de ação, por meio do qual aquela parte que restasse insatisfeita com o veredicto, seja ela acusador ou acusado, teria a possibilidade de submeter o caso a novo julgamento, por outros magistrados, de instância superior.

Geraldo Prado afirma que a doutrina brasileira acaba afirmando, erroneamente, que o recurso é um prolongamento dos direitos de ação e de defesa, entendimento este que possibilita a manutenção de uma concepção de que a ação e a defesa se prolongam, mediante recurso<sup>9</sup>. Esse pensamento também precisa ser superado, pois, tal como explica Fauzi Hassan Choukr a ideia da continuidade da relação processual é basilar à concepção do processo civil, absorvida e incorporada para dentro do processo penal no que tange ao sistema recursal<sup>10</sup>.

Neste histórico em que se concebem os recursos, decorrentes de uma Teoria da Impugnação ou Teoria Geral dos Recursos, que por sua vez encontram-se fundadas na famigerada Teoria Geral do Processo o resultado é uma prejudicial construção e interpretação dos recursos no processo penal, o que se faz com reflexo de contornos teóricos inquisitivos, senão civilísticos atribuídos ao sistema recursal.

#### Nas palavras de Ricardo Gloeckner

Se há uma categoria que tem sido sistematicamente compartilhada pelo processo penal e civil, apesar de toda a crítica necessária à teoria geral do processo, é a teoria da impugnação. Mais especificamente, a doutrina processualística (cível e penal) trabalha com categorias e institutos que em nada lembram a dessemelhança profunda e irreconciliável entre os dois paradigmas de processo. Para além da insuprimível diferença ontológica entre o processo civil e penal, cujo alerta já fora desde há muito tempo disparado pelo setor doutrinário crítico, a teoria da impugnação tem passado indene ao exercício de promoção de uma construção das bases epistêmicas de um processo penal não mais jungido ou modulado pelos contornos civilísticos.<sup>11</sup>

Desnecessário seria – ou ao menos deveria ser – advertir que a Teoria Geral do Processo (que é teoria do processo civil e não penal) aplicada ao

9. PRADO, Geraldo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro**: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. **Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2001, p. 114.
10. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 663/664.
11. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal**: uma crítica concepção bilateral da impugnação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 187.

Processo Penal (primo pobre<sup>12</sup>), não nos serve, eis que as diferenças estruturais e funcionais entre o processo penal e o processo civil corroboram ser impossível reconhecer o processo e sua teoria como um(a) só, necessário sim é a adoção de categorias jurídicas próprias, evitando valer-se das mesmas vestes da irmã mais velha<sup>13</sup>.

Nesse ambiente, o aporte de categorias que fundam o sistema recursal no processo civil, tal como a ideia de sucumbência que fundamentada no binômio prejuízo (com a decisão) e interesse (recursal) como requisitos de admissibilidade recursal traz consigo um arcabouço sucessivo de conceitos que a princípio não parecem ser adequados ao processo penal, no entanto, estes elementos não são repensados e sequer são objetos de tratamento distinto daquelas finalidades que lhe são atribuídas no processo civil.

Os princípios recursais, os requisitos e o juízo de admissibilidade recursal, assim como os efeitos recursais também passam por essa pretensa necessidade de ressignificação ao processo penal, que na verdade só pode ser integralmente sanado mediante a construção de uma Teoria Geral dos Recursos Processuais Penais, pois, não há que se falar em reinterpretação daquilo que jamais foi interpretado de modo especialmente voltado aos fins estruturais e funcionais de um processo penal.

O problema seria ainda maior se pensássemos num sistema recursal voltado à um processo penal acusatório cuja adequação exigiria uma absorção de direitos fundamentais tal como a prevalência do direito a liberdade, o *in dubio pro reo*, a presunção de inocência, a vedação do *bis in idem* (múltipla persecução penal) e a dupla conformidade em matéria penal<sup>14</sup> que nos obrigariam a ruptura com a bilateralidade recursal. Seria necessário evoluir, tal como explica Binder, isso seria ultrapassar a concepção de um sistema recursal como *controle do ato decisório* para um *controle do exercício do poder de julgar e de punir*<sup>15</sup>, um controle do Poder e não pelo Poder, mas *pelo* indivíduo e *para* garantir.

12. COUTINHO, Jacinto N. Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3ª tir. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 122.

13. E isso Carnelutti já advertia desde sua *Ceneretola* (CARNELUTTI, Francesco. **Ceneretola**. In: *Questioni sul processo penale*, 2ª ed., Bologna: Zuffi, 1950, p. 73/78).

14. Naspalavras de Julio B. Maier “un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal;” (MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004, p. 709).

15. Nesse ponto Alberto Binder bem define os meios de impugnação ao conceito de controle como princípio central na estruturação do processo e de todo sistema de justiça penal, sobretudo a partir dos pilares de que a sociedade e o Estado, através dos recursos, devem fiscalizar a maneira com que os juizes administram a justiça e aplicam o Direito (BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 221)

Neste cenário, o recurso somente poderia ser reconhecido como direito exclusivo do acusado à ser exercido em desfavor do poder punitivo estatal, e como direito-garantia afloraria no momento em que se profere decisão condenatória em desfavor do acusado impondo-lhe um gravame, que por sua vez, exige a possibilidade de submeter esta condenação a novo julgamento, realizado por outro órgão hierarquicamente superior, ao qual se permite reexaminar toda matéria do caso penal (de direito e de fato), sem distinção entre casos.

A escolha entre (re)elaborar os recursos como verdadeira garantia processual em favor do acusado ou simplesmente curvar-se diante do senso comum para admiti-los como meio de controle estatal dos órgãos superiores sobre decisões de seus inferiores, fundamentalmente, afetará naquilo que se mostra urgente, uma (re)interpretação do duplo grau de jurisdição e o abandono da ideia de bilateralidade recursal no processo penal.

No entanto, tal como indica o título deste trabalho, nossa pretensão momentânea limita-se a investigar o não cabimento de categoriais civilistas ao sistema recursal penal, sobretudo, a origem do efeito suspensivo nos recursos processuais penais, propondo uma nova configuração ao efeito suspensivo, adaptando sua afetação ao campo decisório do processo penal.

### 3. A ROUPA DA IRMÃ MAIS VELHA QUE PERMITE QUE A AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO FUNDAMENTE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA

A origem inquisitiva imposta por uma legislação facista<sup>16</sup> e o aporte de categorias oriundas da Teoria Geral do Processo – que se trata em verdade, de Teoria Geral do Processo Civil – , acabam provocando tratamento legislativo uniforme e, sobretudo, interpretações doutrinárias e jurisprudenciais uníssonas aos recursos no processo civil e penal.

Decorre disso a errônea interpretação daqueles que consideram possível a Execução Antecipada de Pena, tendo como um dos fundamentos a ausência de efeito suspensivo dos recursos de natureza extraordinária, acreditando que isso permitiria a execução da decisão condenatória ainda que pendente o julgamento de recursos.

Importante esclarecer a escolha pelo termo Execução Antecipada de

16. COUTINHO, Jacinto N. Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3ª tir. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 122.

Pena – ao em vez de Execução Provisória de Pena – eis que mais do que uma provisoriedade, o que se tem em verdade é a antecipação de efeitos penais condenatórios<sup>17</sup>, sobretudo, do efeito principal da condenação: a pena (privativa de liberdade). Considerando que, o que se permite é prender primeiro e decidir ou terminar de decidir depois, ignorando a presunção de inocência, o que não possui viés algum de provisoriedade, senão antecipatório, pois, a pena que deveria recair sobre o sujeito somente ao final do processo – inexplicavelmente – foi adiantada para decisão que somente pode ser impugnada por recursos não dotados de efeito suspensivo.

Na investigação acerca do histórico mais recente da execução antecipada de pena, fundamentalmente, visando verificar sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se antecedentes na ditadura de Getúlio Vargas (“Era Vargas”), que seguindo os passos de Hitler e de Mussolini, em novembro de 1937 logo após instituir o Estado Novo, Getúlio criou o Tribunal de Segurança Nacional (Decreto-Lei n. 88/1937) que aderiu o sistema da culpa presumida, introduzindo a prisão sem o trânsito em julgado da condenação como regra<sup>18</sup>, transferindo ao acusado a obrigação de provar sua inocência, pois, a acusação presumia-se sempre verdadeira.

Num salto histórico, a possibilidade da execução antecipada da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988<sup>19</sup>.

Esse cenário tormentoso ao processo penal veio a ser alterado no ano de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal passou a vedar a execução antecipada de pena advertindo que a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ser decretada a título cautelar, a partir da decisão proferida pelo Min. Eros Grau no HC 84.078/MG em 05/02/2009, cujo teor, dada sua atualidade, merece ter ao menos alguns trechos citados neste trabalho:

17. Também adotam o termo Execução Antecipada de Pena BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 10

18. Ao nosso sentir, essa prisão seria algo ainda menos autoritário e violador do que a Execução antecipada admitida atualmente pelo STF, pois tal prisão, aparentemente, tratava-se de uma prisão cautelar. Senão, vejamos a previsão do Decreto-Lei n. 88/1937: “Art. 15. O Tribunal e os juízes poderão dispensar a presença dos réus ou determinar o seu não comparecimento, quanto o entenderem necessário à ordem ou à segurança pública, ou por outro motivo relevante, bem como praticar todos os atos de processo, inclusive a decretação de prisão preventiva.”

19. HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (...) <sup>20</sup>

Não se pode afirmar que esse entendimento tornou-se pacífico, levando em consideração as constantes alterações de ânimo da jurisprudência, no entanto, ao menos existia alguma jurisprudência que fundamentava não ser possível a atrocidade de se executar pena criminal antecipadamente, em razão da presunção de inocência.

Nesse caminhar, com a Lei 11.719/2008 foi revogado o Art. 594 do Código de Processo Penal que exigia o recolhimento a prisão como condição para o acesso a recurso ao acusado condenado que fosse reincidente ou portador de maus antecedentes. Assim como através da Lei 12.403/2011 foi revogado o Art. 393, I do Código de Processo Penal que determinava a prisão como efeito da sentença condenatória, independente do trânsito em julgado.

Por tais razões, passou a se permitir apenas a execução provisória de pena *pro reo*, ou seja, a possibilidade de aplicar os benefícios do cumprimento de pena previstos na Lei 7.210/84, tal como a progressão de regime, ao acusado que respondia ao processo em prisão cautelar, da forma que elucida a Súmula 716 STF.

No entanto, em 2016 (Séc. XXI) involuímos, regredindo para novamente permitir a Execução Antecipada de Pena que se caracteriza como prisão

20. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>, Acesso em: 20/11/2017.

sem caráter cautelar antes do trânsito em julgado, a partir do julgamento do HC 126.292/SP de Rel. Min. Teori Zavasky, tendo como um dos principais fundamentos, a famigerada ausência de efeito suspensivo nos recursos cabíveis após o acórdão condenatório proferido em 2ª Instância.

Segundo a decisão:

a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).(...)... garantir que o processo – único meio de efetivação do jus puniendi estatal –, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.<sup>21</sup>

A ausência de efeito suspensivo nos recursos de natureza extraordinária, ocorre em virtude do Art. 27, §2º, da Lei n. 8.038/90, atualmente substituído pelos artigos 995 e 1.029, §5º do CPC/2015, que ao disciplinarem os recursos especial e extraordinário, genericamente tratado em todo campo jurídico, prevê como regra apenas o efeito devolutivo.

Durante décadas o hoje revogado Art. 27, §2º, da Lei n. 8.038/90 que disciplina a aplicação de efeitos suspensivo aos recursos de natureza extraordinária foi aplicado ao processo penal, propiciando que acusados fossem presos de forma automática após o acórdão condenatório (condenação em 2ª Instância) e, portanto, sem cautelaridade, mesmo na pendência de recurso especial ou extraordinário. Partia-se de uma leitura reducionista do binômio prisão-efeito recursal, por meio da qual muitos tribunais determinavam o imediato recolhimento do condenado após a decisão de segundo grau<sup>22</sup>.

Obviamente, se esta diante de mais uma herança maldita da Teoria Geral do Processo<sup>23</sup> – pois, a Teoria Geral dos Recursos ainda reside dentro

21. Acórdão do HC 126.292/SP, p. 18. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20/11/2017.

22. LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 139.

23. BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 28. No mesmo sentido, VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pg. 221 e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal**: uma crítica concepção bilateral da impugnação. Revista Justiça e Sistema Criminal. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 184.

daquela. Sobre isso, Gustavo Badaró e Aury Lopes Jr. em Parecer elaborado ao caso esclareceram que o:

art. 995 do novo Código de Processo Civil, não é aplicável ao processo penal, por desconsiderar suas categorias jurídicas próprias. Há que se compreender que o problema (de se prender antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero problema de ‘efeito recursal’. É da liberdade de alguém que se está tratando e, portanto, da esfera de compressão dos direitos e liberdades individuais, tutelados – entre outros princípios – pela presunção de inocência.<sup>24</sup>

Importa esclarecer que, não precisávamos da aplicação da Lei 8.038/90, assim como não precisamos da aplicação do novo Código de Processo Civil para disciplinar a atribuição de efeito suspensivo no processo penal. Isso porque, quando necessário o próprio Código de Processo Penal disciplinou a atribuição de efeito suspensivo, e no que tange ao mérito da decisão condenatória o Art. 5º, LVII da CF/88 prevendo a presunção de inocência até o trânsito em julgado, condicionou a execução da pena a este mesmo momento processual, uma *eficácia constitucional de proteção*<sup>25</sup> inexistente no processo civil.

Essa conclusão decorre da interpretação da presunção de inocência como dever de tratamento<sup>26</sup> que está relacionada diretamente com a figura do imputado, trata-se do dever de tratar todo cidadão como inocente durante todo curso da persecução penal, assim, Maurício Zanoide afirma que “*garante-se que os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente sejam aplicados após o seu trânsito em julgado. Nessa linha, violam a presunção de inocência como ‘norma de tratamento’ todos os dispositivos legais que, de forma absoluta e apriorística, imponham antecipação de qualquer espécie de sanção que, prima facie, somente adviria por força de decisão condenatória definitiva.*”<sup>27</sup>

A presunção de inocência como dever de tratamento impõe a obrigação incontroversa de tratar todo sujeito investigado, denunciado, acusado (réu) ou mesmo condenado sem trânsito em julgado como inocente, e disso se extraem

24. BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 28.

25. LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 143.

26. Preferimos adotar o termo dever de tratamento, ao em vez de norma de tratamento tal como dito por Maurício Zanoide, seguindo a consideração de Aury Lopes Jr. (LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94) buscando atribuir maior ênfase a imposição destinada ao magistrado, pois, acredita-se que a presunção de inocência por si só é norma-regra que garante o estado de inocência.

27. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 427.

duas regras: a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo (somente se permitindo prisões cautelares) e a vedação da imposição de pena ou de sua antecipação no curso do processo.<sup>28</sup>

Não se nega a possibilidade de se prender após a decisão condenatória de 2ª Instância, aliás, é possível prender muito antes, com a mera investigação (Art. 311 CPP e Art. 1º da Lei 7.960/89), mas desde que tal prisão seja cautelar (preventiva ou temporária). Diferentemente, a prisão (pena), no caso da execução antecipada de pena, não pode ser vista como consequência do efeito recursal, mas sim, como um tangenciamento da liberdade, da presunção de inocência e do trânsito em julgado em matéria penal.

Por isso Gustavo Badaró entende que a ausência de efeito suspensivo aos recursos no processo penal viola a presunção de inocência<sup>29</sup>. Com a vênua de discordar, em realidade dando um lugar ainda mais privilegiado a presunção de inocência, neste caso (no processo penal) nem é preciso a concessão de efeito suspensivo aos recursos para evitar a execução de pena antes do trânsito em julgado. E neste ponto vale lembrar os dizeres de Aury Lopes Jr. que defende ser “*muito mais do que categoria processual de ‘efeito recursal’, o que está em jogo é a eficácia da garantia constitucional da presunção de inocência*”<sup>30</sup> que proíbe uma execução antecipada de pena.

O efeito suspensivo sobre a decisão enquanto categoria recursal merece tratamento diferente no processo penal, porque é completamente incomparável iniciar uma execução provisória civil, cujos efeitos, em regra, são meramente patrimoniais – e, portanto, a reversão além de possível, é fácil –, do que se iniciar uma execução provisória penal, em que os efeitos incidem, em regra, sobre a liberdade e são irreversíveis, é impossível o retorno ao *status quo ante* do indivíduo que era livre e foi preso antecipadamente (Carnelutti já ensinava que o processo civil preocupa-se com o “ter” e o processo penal com o “ser” – de elevada e maior importância).

Aliás a execução sentença condenatória penal antes do trânsito em julgado sequer pode ser intitulada de execução provisória, tal como já afirmamos, há mais do que uma provisoriedade, o que se tem em verdade é a

28. BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultente: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 12.

29. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 172

30. LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 984.

antecipação de efeitos penais condenatórios com a imposição da pena privativa de liberdade. Além disso, não se pode falar em provisoriedade pela própria irreversibilidade de se violar a liberdade de forma injusta, mormente em casos de posterior reforma da medida, seja para absolver, converter a pena privativa em restritiva ou menos para alterar o regime de pena, operando impossível o retorno ao *status quo ante* do indivíduo.

Dito isso, somente a permanência das vestes da irmã mais velha permite considerar que a mera ausência de efeito suspensivo nos recursos penais seja suficiente à promover a execução antecipada da condenação penal. Muito diferente disso é o que propomos no presente trabalho.

#### 4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO CONDENATÓRIA NO PROCESSO PENAL

Esclarecendo ainda mais, sedimentado o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória e considerando-o como regra de tratamento garante-se que o imputado será tratado como inocente durante toda persecução, por isso, em seu desfavor não pode incidir qualquer pena, pois o cumprimento de pena no processo penal é medida que atinge somente culpados por sentença condenatória transitada em julgado.

Não se pode admitir uma interpretação gradualista da presunção de inocência, pois o próprio nascedouro da presunção de inocência com os pensadores iluministas nos mostra que, não somente sua adoção, mas sua própria criação, jamais esteve relacionada a probabilidade, isso porque, as experiências vividas até então, sobretudo, na Inquisição, tinham como única certeza – para além de mera probabilidade – a condenação<sup>31</sup>. Portanto, se a escolha fosse para presumir algo de acordo com sua probabilidade, a “lógica” era por se presumir a culpa e não a inocência.

Justamente neste contexto surge a presunção de inocência, visando impedir os abusos e violências estatais dominantes na atividade persecutória até então, fixando uma escolha axiológica a ser seguida. Portanto, a presunção de inocência não foi inserida como representação de uma constatação de probabilidade, mas como orientação ao Estado de seu dever de considerar e

31. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 144.

tratar todo e qualquer indivíduo como inocente até a decisão condenatória final (leia-se: transitada em julgado).<sup>32</sup>

Se há uma régua de medir a presunção ela não é técnico-jurídica, análises de presunção em categorias de absoluta/relativa ou legal/judicial foram criadas para o direito privado, essas sim, fundadas na realidade provável, auxiliando a superação de dificuldades surgidas na reconstrução fática. Notadamente, isso não tem a mesma natureza, finalidade e função da presunção de inocência no processo penal, esta presunção se mede com régua da ideologia política do humanismo e sua finalidade única é a proteção dos interesses do acusado.<sup>33</sup>

A ausência de efeito suspensivo nos recursos não guarda qualquer relação de prejudicialidade com o trânsito em julgado da decisão condenatória<sup>34</sup>. O cumprimento de pena no processo penal é medida que atinge somente culpados por sentença condenatória transitada em julgado, pois é assim que determina nosso conceito de culpabilidade jurídico-normativo do Art. 5º, LVII da CF/88 diferente de outros países que adotam a culpabilidade fática e, principalmente, diferente do processo civil onde existem interesses disponíveis que permite o trânsito em julgado “por etapas”, executando-se de modo definitivo a matéria que não foi impugnada e, provisoriamente os interesses ainda discutidos mediante recurso<sup>35</sup>.

Não adotamos o modelo norte-americano culpabilidade, o qual assentado no paradigma de controle social do delito se estrutura a partir de um conceito operacional de culpabilidade fática<sup>36</sup>, em que se considera comprovada a culpa na medida em que esteja comprovado o fato. Neste sistema, a culpabilidade penal confunde-se com a determinação de certeza no que tange a matéria fático-probatória de autoria e materialidade do crime.

No Brasil, por observância ao Art. 5º, LVII da CF/88 e ao Art. 283 do CPP adotamos o conceito normativo de culpabilidade em que somente se considera culpado e, portanto, abandona-se o estado de inocência, a partir de uma sentença condenatória transitada em julgado – pouco importando quando se deu por encerrada a análise da matéria fático-probatória. Neste sistema de culpabilidade, é errado afirmar que “a culpa está provada” após a

32. Idem., p. 144/145.

33. Idem., p. 146.

34. LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 143.

35. , Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 678

36. BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016, p. 20.

decisão de segundo grau, pois, o marco constitucional da presunção de inocência vinculado ao trânsito em julgado é o único momento em que se pode considerar “comprovada a culpa”<sup>37</sup>.

Caminhando a um mero esboço conclusivo, cabe perfeitamente o ensinamento de Fauzi Hassan Choukr para quem o efeito suspensivo no processo penal, decorre da presunção de inocência e implica no aperfeiçoamento da coisa julgada penal. E, isso impõe que qualquer constrição, que afete a liberdade pessoa ou mesmo bens patrimoniais pertencentes a pessoa acusada somente se justificam exclusivamente por natureza e fundamentos cautelares<sup>38</sup>.

Portanto, no processo penal, com suas próprias categorias a presunção de inocência altera a própria concepção do efeito suspensivo dos recursos. Parafraseando Vicente Gimeno Sendra<sup>39</sup> discutir o efeito recursal não tem o condão de mudar a regra da presunção de inocência e o direito a liberdade, pois, no processo penal não é o efeito suspensivo que proíbe a execução antecipada de pena, mas sim, a presunção de inocência.

Não se deve negar a existência do efeito suspensivo dentre os efeitos recursais, de fato ele existe e pode ser atribuído em certos casos com observância a realidade processual penal, tal como previsto no Art. 584 do Código de Processo Penal que disciplina a atribuição de efeito suspensivo a algumas hipóteses de recurso em sentido estrito (Art. 581, CPP).

Por isso, a decisão absolutória em favor de um acusado que se encontra em prisão cautelar, ainda que atacada mediante recurso, produzirá efeitos e afetará esta segregação, assim como qualquer outra medida cautelar imposta (Art. 386, parágrafo único, I e II do CPP), pois, sua decretação e manutenção dependem da verificação de indícios de autoria e prova materialidade delitiva (Art. 312 CPP e Art. 1º, III da Lei 7.960/89)<sup>40</sup> e a decisão absolutória, por sua vez, contradiz a anterior decisão de decretação quanto a estes elementos, eliminando por ora – ainda que este mérito possa ser revisto se objeto de

37. Idem.

38. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 678.

39. SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derechoprocesal penal**. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 711.

40. Fugindo de toda importação civilista é imprescindível eliminar o termo latim *fumus commissidelict*, oriundo de uma adaptação do termo *fumus boni iuris* presente no ambiente cautelar processual civil, que significa “fumaça do bom direito”, pois o crime jamais poderá ser considerado como uma fumaça de bom direito, no campo penal a os indícios de autoria e materialidade da prática de crime demonstram a probabilidade de violação da lei e não a verificação de probabilidade (uma fumaça) da aplicação da lei (bom direito), tal como ocorre na esfera cível. Se a ideia norte é romper com categorias do processo e direito civil é preciso abandoná-las por um todo, deixando de lado o *fumus commissidelict* que sequer existe em nossa legislação processual penal.

recurso da acusação – o juízo perfunctório que justificava a cautelaridade.

No entanto, quanto a aplicação (execução) da pena, não é o efeito suspensivo o responsável por garantir o cumprimento ou não de pena, fundamentalmente, a prisão ou não do acusado em caráter definitivo para cumprimento da condenação. A sentença ou acórdão condenatório, caso não determine a prisão preventiva do acusado-condenado (Art. 387, §1º do CPP) não influirão em nada na modificação de sua liberdade enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da decisão.

Todo esforço aqui posto, pretende concluir rompendo com as amarras da legislação processual civil, para demonstrar que no sistema recursal com categorias próprias ao processo penal – sem negar a existência de efeito suspensivo em casos cuja atribuição não diga respeito ao cumprimento de pena – existe um efeito suspensivo sobre a culpabilidade e que, portanto, impede o cumprimento de pena, pois, serve a presunção de inocência como efeito suspensivo em desfavor de qualquer reprimenda imposta, impedindo o efeito da sentença condenatória e a aplicação da pena imposta até o trânsito em julgado da decisão.

A admissão da presunção de inocência como regra de tratamento – garante ao sujeito durante toda persecução seu *status* de inocente que impede a incidência de pena – o que impõe uma cláusula ainda maior do que do que qualquer efeito recursal. Isso é dizer, no processo penal, não é a concessão de efeito suspensivo a recurso que impede a execução da sentença, mas é a presunção de inocência que incide como efeito suspensivo sobre a sentença condenatória e qualquer pena por ela imposta até o trânsito em julgado.

## REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016
- BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Parecer HC 126.292/SP**, Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas 2016
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003
- CASARA, Rubens R. R. O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017
- COUTINHO, Jacinto N. Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3ª tir. Curitiba: Juruá

Editora, 1998

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito fundamental ao recurso no processo penal**: uma crítica concepção bilateral da impugnação. Revista Justiça e Sistema Criminal. v.6, n. 11, jul./dez., 2014, p. 184.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHOS, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2017

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

PRADO, Geraldo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro**: homenagem as ideias de Julio B. Maier. In: BONATO, Gilson. Direito Penal e Direito Processual Penal uma visão garantista. Rio de Janeiro: LumenIuris, 2001

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho procesal penal**. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1999

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **HC 84.078/MG**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>, Acesso em: 20/11/2017

\_\_\_\_\_. **HC 126.292/SP**. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>: Acesso em: 20/11/2017

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Duplo Grau de jurisdição na justiça criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014

# A (IM)POSSIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NAS PRISÕES PREVENTIVAS E TEMPORÁRIAS

Jeferson Borges dos Santos Júnior<sup>1</sup>

João Paulo Calves<sup>2</sup>

**RESUMO:** O trabalho tem como objetivo descrever o instituto da audiência de custódia e suas implicações no processo penal. Por conseguinte, serão analisadas as espécies de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. De início, o estudo pautar-se-á no fato de parte da doutrina somente admitir a audiência de custódia para o preso em flagrante, contrariando uma melhor interpretação da Convenção Americana de Direito Humanos, que determina a imediata apresentação do preso à autoridade judicial. Para tanto, foi empregado para produção do texto uma análise bibliográfica, jurisprudencial e documental. Destarte, o estudo caracteriza-se como exploratório e descritivo, concluindo que o Pacto San Jose da Costa Rica dentre outros tratados, ao prever a apresentação de presos a autoridade judiciária, não se limitaram ao flagrante, motivo pelo qual a audiência de custódia deve ser realizada nas demais espécies de prisão, sob pena de revogação, por afrontar normas de direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Audiência de custódia, prisões cautelares, Convenção Americana de Direitos Humanos.

## 1. INTRODUÇÃO

Devido ao aumento da população carcerária que tem como principal motivo o agravamento do número de presos provisórios no Brasil o Supremo Tribunal Federal decidiu diante a Arguição de Preceito Fundamental de nº 347, que foi fundamentada na tese de estado de coisa inconstitucional, em razão do grave e insuportável quadro de desrespeito aos direitos fundamentais em relação à crise prisional do país, a obrigatoriedade de magistrados e tribunais em realizar a audiência de apresentação, analisando a necessidade, adequação e legalidade da prisão para evitar reclusões arbitrárias e desnecessárias.

Diante dessa obrigatoriedade imposta pelo STF, no final do ano de

1. Graduando em Direito na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Estagiário de Direito no Ministério Público Estadual. Mato Grosso do Sul (Brasil). E-mail: jefersonjr1997@gmail.com.
2. Mestrando em Direitos Humanos pelo programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Professor do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Mato Grosso do Sul (Brasil). E-mail: profjoaocalves@gmail.com.

2015 o CNJ realizou a resolução 213/2015 dando uma linha de efetividade e concretude para a audiência de custódia em todo o país, detalhando elementos e etapas que devem fazer parte desse instituto a fim de evitar a usurpação das prisões cautelares e não tornarem delas uma antecipação de pena, contrariando o princípio constitucional reitor do processo penal, que é a presunção de inocência.

Porém pela carência de uma descrição normativa a audiência de custódia abriu janelas para diversas interpretações, uma delas é em relação a (im) possibilidade desse instituto nas prisões preventivas e temporárias. Contudo, mesmo diante dessa falta de normatização interna o Brasil é signatário de Tratados Internacionais que fundamentam a audiência de apresentação não dando margem para a não aplicabilidade pois não cabe ao país descumprir normas que ele mesmo aceitou de forma voluntária.

## 2. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto da audiência de custódia não é algo novo no direito brasileiro, porém sua aplicabilidade é recente em nosso ordenamento jurídico. Desde 1992 os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário trazem em sua redação a audiência de custódia, contudo a aplicação desse instituto ganhou força com a Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça.

Antes desse sistema de convencionalidade, o preso em flagrante era levado à presença da autoridade policial, em que era lavrado o auto de prisão em flagrante e depois era encaminhado para o juiz que decidia com base no art. 310 do Código de Processo Penal se relaxava a prisão, convertia em preventiva ou aplicava alguma medida cautelar do art. 319 também do CPP.

Agora a modificação é que, assim que formalizado o auto de prisão em flagrante o preso será levado para uma audiência, pessoalmente, na presença de uma autoridade judicial, conforme aduz o art. 7.5 da Convenção Americana de Direito Humanos:

7.5. 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 e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Contudo, será analisado também a necessidade, legalidade e adequação da prisão, humanizando assim o processo penal, permitindo que o juiz faça um controle judicial imediato para evitar prisões arbitrárias e ilegais.

Um ponto importante a ser destacado na audiência de custódia são suas finalidades. A primeira delas se relaciona com a prevenção de tortura policial, ou seja, o respeito à integridade física do preso que está fundamentada no art. 7 do Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político que diz “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.” E também na própria Constituição Federal em seu art. 5 inciso III “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Outra importante finalidade do instituto é quanto o propósito de evitar prisões arbitrárias e ilegais fazendo um controle bifronte conforme ensina Gustavo Badaró (2014, p. 14):

No caso de prisão em flagrante, o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou bifronte: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.

Esse controle complexo, como também pode ser chamado, é de suma importância para não gerar a injustiça de se manter alguém preso sem necessidade ou contrariando a lei, e dar uma maior atenção às medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Uma relevante finalidade é a realização do controle de convencionalidade do processo penal brasileiro, ou seja, adequar a lei processual vigente aos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário, fazendo não só uma filtragem constitucional, mas também convencional do processo conforme ensina Aury Lopes Jr (2017, p.32):

A luta é pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no processo penal. Mais do que isso, é necessário fazer-se um controle judicial da convencionalidade das leis penais e processuais penais, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) goza de caráter supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias (como o CP e o CPP). Portanto, é uma dupla conformidade

que devem guardar as leis ordinárias: com a Constituição e com a CADH. Esse é o desafio.

Diante disso, é necessário tratar sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, já que o processo penal, assim como as outras leis ordinárias, devem ser filtradas não só pela Constituição mas também convencionalmente. Sendo assim, com fulcro no art. 5º §2º da CF que diz: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, chega-se a conclusão de que a Carta Magna de 88 declarou os direitos e garantias previstos em tratados internacionais como constitucionalmente protegidos, não tendo um caráter supralegal, mas sim constitucional. Com isso, Flávia Piovesan aduz que (2011, p. 110):

A Constituição de 1988 recepção os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Importante ressaltar também a característica materialmente constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, as garantias fundamentais e esses direitos, em razão de seu próprio conteúdo apresentam *status* constitucional, conforme ensina Paulo Bonavides (2004, p. 80):

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto pessoais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.

Portanto, há de se fazer uma interpretação que esteja em harmonia com os preceitos constitucionais, especialmente quando se trata do princípio da dignidade da pessoa humana que é um valor fundamental ao sistema jurídico de 88.

### 3. PRISÕES CAUTELARES PREVISTAS NO DIREITO PÁTRIO

Antes de se começar a falar das prisões cautelares em si, é de fundamental

importância e necessidade dizer sobre o princípio da presunção de inocência previsto em nossa Constituição Federal no art. 5º, LVII.

Princípio este não só consagrado na Carta Magna, mas também, em tratados internacionais, como por exemplo, no Pacto San Jose da Costa Rica e o Tratado de Direitos Cíveis e Políticos em seus arts. 8.2 e 14.2, respectivamente, que ditam: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Sendo assim as prisões cautelares devem ser admitidas somente com extrema necessidade já que seria uma total violação a este princípio manter alguém em cárcere sem nenhuma proporcionalidade e o pior, sem ter sido condenado por uma sentença transitada em julgado. Além de que, seria uma evidente forma de arbitrariedade estatal e um desrespeito aos princípios da Constituição Federal. Com isso Thiago Minagé (2015, p 50) diz que:

A principal ideia que trás o princípio da presunção de inocência do acusado é o de que ninguém poderá ser considerado culpado antes da sentença ter transitado em julgado. Dessa maneira, protege-se o acusado para que ele não acabe sendo submetido a uma pena ou medida penal como as adotadas para as pessoas já condenadas. Ainda, pode-se dizer que o princípio da presunção de inocência está ligado também às ideias de “favor rei”, ou seja, favoráveis à pessoa humana, com a absolvição por insuficiência de provas. Ele funciona sempre de modo favorável à pessoa humana.

Diante disso, ensina Aury Lopes Jr (2017, p 580): “Em suma, a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que o réu seja tratado como inocente)”.

A prisão preventiva, em qualquer fase da investigação ou do processo penal poderá ser decretada pelo juiz, sendo de ofício ou a requerimento do Ministério Público, querelante ou assistente ou ainda requisição do Delegado de Polícia conforme o art. 311 do Código de Processo Penal.

Para a decretação dessa prisão é necessário que seja observado os requisitos que traz o art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, o chamado *fumus commissi delicti* nada mais que a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Assim ensina o doutrinador Aury Lopes Jr: (2017, p 94)

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 desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequência apresentam como responsável um sujeito concreto.

Contudo vale ressaltar que a aplicação de uma prisão para um sujeito deve ser a última alternativa para o magistrado, tendo este que dar uma maior aplicabilidade ao art. 319 do CPP aplicando medidas cautelares diversas da prisão, evitando arbitrariedades a fim de evitar que inocentes fiquem reclusos, ainda mais nesse sistema carcerário medieval que é o brasileiro.

Já a prisão temporária prevista na Lei n. 7.960/89 em seu art. 1 e incisos já traz os requisitos para sua aplicação, tendo como posição majoritária, a cumulação de um dos crimes do inciso III, com o inciso I ou II. Igual à prisão preventiva a temporária necessita de decisão fundamentada do juiz, analisando se é adequado e está em conformidade com a lei. Lembrando que a prisão é a última alternativa que deve ter o magistrado não se esquecendo do art. 319 do CPP.

Porém a diferença entre esses dois tipos de prisão se dá em virtude de que a prisão temporária só é possível antes do oferecimento da denúncia, pois seu principal objetivo é assegurar o êxito da investigação policial e também em relação ao prazo, pois a prisão preventiva não apresenta um prazo legal já a temporária sim, e mais, apresenta um prazo com sanção, ou seja, decorrido o tempo fixado por lei o imputado deve ser posto em liberdade.

#### 4. (IM)POSSIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NAS PRISÕES POR MANDADO

Fazendo uma relação entre as prisões cautelares do nosso ordenamento jurídico com a audiência de custódia, se chega à pergunta se é possível esse instituto nas prisões preventivas e temporárias. Como já dito anteriormente, nos filiamos à doutrina que defende que os tratados internacionais que o Brasil é signatário tem força constitucional, sendo assim, o processo e o direito penal devem se adequar a esses tratados passando pelo “filtro” constitucional e também convencional.

Com isso o Defensor Público Federal, Caio Paiva (2016, p. 92) nos ensina que:

A audiência de custódia deve ser realizada nos casos de prisão preventiva e temporária? A resposta é sim, de modo que, nestas ocasiões, a finalidade da apresentação do preso ao juiz, além de protetiva da integridade física e psicológica do conduzido, será predominantemente prospectiva, voltada para o futuro, para verificar ou reavaliar a necessidade da prisão, notadamente os fundamentos que ensejam a sua decretação.

Em sentido contrário os Promotores de Justiça Cleber Masson e Vinicius Marçal entendem não ser possível a audiência de custódia nas prisões por mandado visto que a regramento do Conselho Nacional de Justiça deixou de forma clara, para o preso em flagrante, que a audiência de custódia terá duas finalidades: protetiva e meritória.

Porém não deixou isso de maneira explícita para as prisões preventivas e temporárias, sendo para entendimento dos Promotores, somente o escopo protetivo e não meritório, não sendo permitido que o juiz da audiência avalie a necessidade da prisão com o objetivo de revoga-la

Dessa forma, não seria lógico que um mesmo juiz que fundamentou sua decisão de prender o imputado, revogasse em uma audiência de apresentação. No mesmo sentido que seria ilegítimo que juiz da audiência, que se encontra no mesmo escopo hierárquico de outro juiz, revogasse a decisão desse, pois se tornaria uma pseudoinstancia revisora, assim alegam:

Em verdade, ainda que a audiência de apresentação seja realizada por juiz diverso daquele que ordenou a prisão cautelar, ordinariamente não caberá ao magistrado, em audiência, modificar (*ad exemplum*) a ordem de prisão temporária proferida com a marca da imprescindibilidade para o sucesso da investigação. Seria mesmo um despautério admitir que uma autoridade judiciária que desconhece por completo o procedimento investigatório viesse a modificar a decisão do juiz que o conhece e adequadamente fundamentou sua decisão. O juiz da audiência de custódia – que se encontra em igual plano hierárquico do juiz da medida cautelar, diga-se – seria ilegitimamente transformado numa pseudoinstância revisora, o que se afigura inconcebível. (MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinicius 2016)

Para finalizar o pensamento, os promotores aduzem que:

Em razão disso, vale a pena ilustrar nosso raciocínio com um silogismo: se o grande propósito das audiências de apresentação é a redução da população carcerária provisória, e se a concessão da liberdade só tem cabimento, ordinariamente, na audiência de custódia ocorrida em razão de prisão em flagrante, parece-nos contraproducente a realização desta audiência solene – que movimenta polícias, juízes, defensores, promotores de justiça, servidores, etc. – por decorrência do cumprimento de mandado de prisão cautelar ou definitiva, apenas para o cumprimento da finalidade protetiva. (MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinicius 2016)

Em concordância com o defensor público Caio Paiva, Gustavo Badaró (2014, p. 3) ensina que:

Já no caso de prisão temporária ou prisão preventiva, por decorrerem de

prévia e fundamentada decisão judicial, não é necessária uma posterior análise de sua legalidade. Todavia, mesmo assim, a pessoa presa tem direito, com fundamento no art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, a ser levada, sem demora, perante um juiz, que deverá ouvi-la, e reavaliar a necessidade e adequação da prisão, que poderá ser relaxada, revogada ou substituída por medida cautelar alternativa à prisão, se as circunstâncias do caso assim o indicarem adequado.

Portanto, se chega à resposta de que é plenamente possível a audiência de custódia nas prisões preventivas e temporárias não se limitando aos casos de prisão em flagrante como está fundamentado no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

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 e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Ou seja, é uma imposição da Convenção Americana de Direitos Humanos que não cabe ao Brasil desprezar, mas sim cumprir de maneira efetiva. Além do mais, a própria resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça já entendeu em seu art. 13 que é plenamente possível e assegurado às pessoas presas em decorrência de mandado o direito da audiência de apresentação.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho foi abordado o instituto da audiência de custódia e seus benefícios para o desenvolvimento do direito processual democrático, necessitando as leis penais e processuais se adequarem à constituição federal e também aos tratados internacionais de direitos humanos.

Logo depois foi tratado sobre as prisões cautelares em nosso ordenamento jurídico, ferindo de diversas formas o princípio basilar do processo penal que é a presunção de inocência, tornando-a exceção enquanto deveria ser regra em nosso Estado Democrático de Direito, o que é inconcebível pois tirar a liberdade de um sujeito deve ser a última alternativa para o magistrado

Com isso, foi apresentado divergência doutrinária em relação a (im) possibilidade da audiência de apresentação nas prisões por mandado, e ficou constatado que é plenamente possível o exercício desse direito, pois é uma imposição dos Tratados Internacionais citados que não cabe ao Brasil desprezar.

## REFERÊNCIAS

- LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. Ed. rev. atual, e ampl. São Paulo : Saraiva, 2017.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12 . Ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2011.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. Ed. São Paulo : Saraiva, 2017.
- LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3. Ed. São Paulo : Saraiva, 2017.
- PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. Ed. rev. e ampl. Florianópolis : Empório do Direito, 2017.
- BADARÓ, Gustavo. **Parecer sobre audiência de custódia**. 31 jul 2014. Disponível em: [https://edis-ciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod\\_resource/content/0/Parecer\\_AudienciaCustodia\\_Badaro.pdf](https://edis-ciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf). Acesso em 01 dez. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2004.
- MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2015.
- MASSON, Cleber e MARÇAL Vinicius. **É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado?**. 17 fev 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>. Acesso em 01 dez. 2017.
- CONVENÇÃO americana de direito humanos. 22 nov 1969. Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 01 dez 2017.
- BRASIL. Decreto Nº 592, de 6 de jul 1992. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 01 dez 2017
- BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 out 1941** . Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 01 dez 2017.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 out 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 01 dez 2017.

# GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO: HIPÓTESE DE LEVANTAMENTO POR CRIME PERMANENTE E A NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA<sup>1</sup>

Gabriel Antinolfi Divan<sup>2</sup>

Daniel Nogueira Costa Filho<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho científico busca uma análise da aplicação da garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, com foco principal em entendimentos jurisprudenciais recentes acerca das possibilidades de sua relativização e, em alternativa, de sustentação. Inicialmente, averigua o instituto em plano teórico e doutrinário, consoante a visão fornecida e impelida dos autores. Ainda, contempla as linhas jurisprudenciais atuais sobre o tema (a partir dos influxos do posicionamento das Cortes superiores), indagando e refletindo sobre a proposição constitucional nas múltiplas conjunturas e cenários. Ao final, discute o antagonismo das assertivas encontradas em cada ponta da contenda, em realização da interpretação do ordenamento jurídico e seus nortes. Em conclusão, é exposto o estreitamento dos preceitos constitucionais em diversos contextos jurídicos e sociais.

**PALAVRAS-CHAVES:** Busca e Apreensão; Garantias processuais, Inviolabilidade do Domicílio, Justa Causa.

## 1. INTRODUÇÃO

No final do ano de 2015, foi alvo de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro o Recurso Extraordinário número 603.313, oriundo do estado de Rondônia, dotado de repercussão geral, o qual versou acerca da possibilidade de ingresso forçado em residência, com o levantamento da garantia de inviolabilidade do domicílio, sem mandado de busca e apreensão, nos casos de flagrante delito, mais especificamente no caso de crime considerado permanente, invocando-se a justa causa, verificada na realização do

1. O presente texto é fruto das colaborações entre os autores, com conclusões parciais oriundas da participação no Projeto de Pesquisa “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política” (Faculdade de Direito – Universidade de Passo Fundo – UPF-RS).
2. Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Professor do Programa de Pós-Graduação / Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF-RS), Brasil. E-mail: [divan.gabriel@gmail.com](mailto:divan.gabriel@gmail.com)
3. Acadêmico graduando em Direito na Universidade de Passo Fundo-RS. Integrante do Projeto de Pesquisa: “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política” (UPF-RS). E-mail: [138850@upf.br](mailto:138850@upf.br).

controle judicial “a posteriori”. Decidiu a Suprema Corte que as autoridades estão permitidas a violar o domicílio particular nos casos de flagrante delito, como excepciona a própria Carta Magna, inclusive nos casos de crimes que se distendem no tempo, isto é, os chamados crimes permanentes. Por seu turno, firmaram o entendimento de que os “agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida”, de modo que “Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida”, sendo estabelecido ainda que “elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa” (BRASIL, Recurso Extraordinário nº 603.616/RO, 2015).

Ou seja, pôs-se fim ao entendimento amplamente deflagrado pela jurisprudência de que a mera constatação, mesmo que posterior ao ingresso forçado, da ocorrência de crime considerado permanente autoriza o levantamento da inviolabilidade do domicílio, o que tornava as provas eventualmente obtidas livre de qualquer tipo de ilicitude.

Inobstante o alinhamento da jurisprudência do STF, não são exceções decisões dos primeiros graus do judiciário que, acolhendo o mantra do crime permanente, justificam inúmeros ingressos não autorizados pelos moradores sem a constatação de justa causa posteriormente, principalmente em apontamentos da prática de crimes de tráfico de drogas, onde a maioria das acusações recai sobre indivíduos de classes sociais menos abastadas.

Em consequência disso, o presente ensaio buscará, em seu primeiro tópico, efetuar análise da garantia à inviolabilidade de domicílio e todos os institutos jurídicos orbitantes no que concerne à exceção constitucional do caso de flagrante delito.

Na sequência, o segundo tópico capítulo terá por objetivo a exposição do Recurso Extraordinário número 603.313, nos mais relevantes aspectos da decisão e do longo voto do Relator, bem como a análise, não quantitativa, das decisões recentes no tocante ao tema focalizado, além da exposição das circunstâncias de fato, com relevo especial às decisões contrárias à leitura efetuada pelo Supremo Tribunal Federal ao do décimo primeiro inciso do artigo quinto da Constituição Federal de 1988.

O terceiro e último tópico se ocupará em expor tanto a controvérsia doutrinária e jurisprudencial ainda remanescente como realizar decomposição da premissa reveladora da atuação estatal (executiva e judicial) dissemelhante – o que não se confunde com excepcionalidade, pelo contrário – implementada

quando diante de cenários sociais vulneráveis ou de parcela larga da população dotada de características culturais e socioeconômicas identificáveis pelos agentes do estado, o que poderia importar não simples e elementar contrariedade ao ordenamento constitucional adotado pela República, identificada geralmente como limitação ao garantismo jurídico, mas, sim, importar uma forma de operação e funcionamento estatal discriminada e uniforme, forma já determinada pela verdadeira política, muito embora não oficializada.

Este artigo não se limita portanto, muito embora o faça em parte, a tecer uma crítica a respeito da repetida limitação às garantias constitucionais, porém, partindo dos posicionamentos críticos tomados pelos autores citados, pretende refletir sobre o ordenamento jurídico, sobre o Estado e a sistemática que ele estabelece e simboliza e, impreterivelmente, sobre a política e suas formas.

Para tanto, utiliza o método hipotético-dedutivo a partir da abordagem bibliográfica fornecida.

## 2. O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO E SUAS PROBLEMÁTICAS RECORRENTES

A proteção ao domicílio atualmente está inserida dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais, previstos na Constituição Federal.

Analisando-se o contexto histórico recente, dentre as gêneses deste direito podem ser citadas manifestações de cunho político, realizadas no parlamento britânico ainda no século XIII, as quais buscavam assegurar ao homem, frente a coroa, anteparos contra a violação de seu lar por mais humilde que fosse (MORAES, 2016, p.56). Com o passar dos séculos, a salvaguarda contra as arbitrariedades das buscas foi presente nos mais importantes documentos declaratórios de direitos e nas cartas constitucionais, integrando esta lista a Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia (1776), a Constituição Americana (emenda datada de 1791), a primeira Constituição da França (também de 1791), a Constituição belga (1831), a Declaração Americana dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), inclusive a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

É de se vislumbrar e apontar, em tempo, que o liberalismo em ascensão, a partir de sua euforia filosófica e social, com a captação, propagação

e regulamentação dos contratos, definiu os contornos dos Estados e suas formas, cujos traços subsistem nos reflexos que hoje se pode observar, sendo oriunda destas limitações a proteção do domicílio particular (MIRANDA, 1990, p. 87-88).

A evolução constitucional brasileira consagra a inviolabilidade do domicílio desde a Constituição de 1824, estando presente nas constituições subsequentes, de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967.

Não podendo ser diferente, a atual Carta Magna prevê 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”.

Ao limitar constitucionalmente a violação da residência de toda e qualquer pessoa, não se prendeu o legislador constituinte a preservar um mero local espacialmente delimitado, avaliável economicamente, mas buscou tutelar os direitos de personalidade, dentre eles a vida privada, a qual é interdependente aos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2008, p. 396), e a intimidade (SOUZA, 2009, p. 45-46):

A moradia, conceitualmente, é um bem da personalidade, com proteção constitucional e civil. É, portanto, um bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável da sua vontade e indisponível, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo; secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas é objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da ‘moradia’ é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Existe independentemente de lei, porque também tem substrato no direito natural. Atualmente, é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico, é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana.

A previsão constitucional, inserida no rol de pêtreo de Garantias Fundamentais, da inviolabilidade de domicílio não aparece como mera expectativa programática a ser aprofundada em regramento infraconstitucional, mas surge como princípio cuja coerção é deslocada diretamente desde o texto fundamental até a relação jurídica tutelada, por sua característica de aplicação imediata (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, pp. 241-242).

Não poucas vezes, é alvo de enfrentamento, ocasionados por problemas interpretativos oriundos da fórmula adotada pela Constituição Federal em disciplinar a inviolabilidade de domicílio e suas restrições, o próprio conceito

de domicílio, os titulares e destinatários da proteção e a compreensão adequada às exceções da tutela constitucional.

Ademais, em debates e divergências localizadas dentro das exceções é que se encontra o objeto do presente ensaio, cujo foco principal será analisado em momento adequado.

Ao conceito de domicílio, ou de casa como emprega a Constituição, sobretudo, é dada interpretação elástica, a fim de se olvidar a mitigação de preceitos fundamentais inadvertidamente. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que se encontram inseridos no conceito de casa “(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade” (mandado de segurança nº 23.595., DJ de 01/02/2000, rel. Min. Celso de Mello).

Com relação aos titulares, sujeitos de direito, o são tanto pessoas físicas, jurídicas, familiares, trabalhador que ali exerce seu ofício, posseiros provi-sórios, dentre outros que possuam no local o exercício dos seus direitos de personalidade (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2014, p. 422).

No tocante às exceções à proteção, o texto constitucional é claro:

XI – 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;

Não apenas claro, mas taxativo ao prescrever neste ponto reserva absoluta de jurisdição, ponto pacífico na jurisprudência e doutrina nacionais, tornando qualquer outra determinação que acrescente hipótese a partir da qual se permita o ingresso ao domicílio particular inconstitucional ou não recepcionada – pelo regime constitucional escolhido pelo legislador constituinte originário (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, pp. 329).

Ponto que aqui nos interessa, onde reside grande parte da controvérsia jurisprudencial e doutrinária sobre o assunto, é a dimensão do arbítrio conferido pela Carta Magna à autoridade a fim de que efetue o ingresso nos casos em que é verificado delito em estado de flagrância, sobretudo do crime permanente.

Há que ser ponderada, inicialmente, a realização de interpretação do texto constitucional, buscando compreender o escopo da norma máxima:

a finalidade as normas devem, ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao espírito e à sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo

que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito (BARROSO, 2009, p. 143).

Considerando-se, portanto, a exceção do flagrante delito aliada às demais hipóteses segundo as quais a entrada é constitucionalmente autorizada, buscou a Constituição limitar a inviolabilidade aos casos onde estaria completamente afastada prognose em que se violariam direitos de personalidade, a exemplo da prestação de socorro, bem como nos casos onde razoavelmente estaria distante a possibilidade de arbitrariedade, como no caso de mandado judicial. Ou seja, a permissão do ingresso em flagrante delito é fornecida de modos a impossibilitar o uso da inviolabilidade frente aos mandamentos legitimamente cumpridos, embaraçando eventos de iniquidade.

É posto em questionamento, portanto, o caso do flagrante do crime permanente, onde a “conduta ofensiva se protraí no tempo, sendo que a consumação somente cessa (o crime é exaurido) no momento em que termina o comportamento anti-jurídico (ação ou omissão ou ação e omissão) através da vontade do agente ou por outro motivo qualquer” (AMARAL, 2012, apud RAMPIONI, 1988, p. 20), de modo que o estado permanente do delito permitiria, enquanto durar sua consumação, o ingresso a qualquer tempo.

### 3. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603616/RO E AS LINHAS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O LEVANTAMENTO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NO CASO DO CRIME PERMANENTE

Entendido como abarcado pelas exceções constitucionais à inviolabilidade de domicílio, a percepção de flagrante em crime permanente permitia o ingresso desautorizado a domicílio, consoante posição adotada pelo Supremo, entendimento reconhecido no voto do ministro relator no próprio Recurso Extraordinário 603.616-RO:

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal afirma sem ressalvas que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem a autorização de seu dono, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente.

Distinta a decisão tomada no julgamento do referido Recurso não apenas pela repercussão geral atribuída à questão, mas pela aderência à tese de que a mera natureza permanente do flagrante não autoriza a entrada forçada em domicílio, posto que em verdade sua adoção importa o esvaziamento da cláusula constitucional de inviolabilidade domiciliar.

No voto, discorre fartamente em análise ao direito comparado, citando as disposições constitucionais de diversos países, as quais reconhecem de forma semelhante ao legislador constituinte brasileiro a proteção devida ao domicílio: dentre elas a alemã, a paraguaia, espanhola, japonesa, angolana, italiana, argentina. Cita a inserção de tal garantia na constituição estadunidense e traz à argumentação diversos tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ressaltando a possibilidade de seus mandamentos afastarem disposições do texto constitucional limitadora dos Direitos e Garantias Fundamentais. Reconheceu ainda a previsão de tal inviolabilidade nas cartas constitucionais brasileiras já superadas.

Após ressaltar a importância da inviolabilidade do domicílio, apresenta o contrassenso ao entendimento antes acolhido pelos demais membros da corte suprema, a partir do qual verifica arbitrariedade no ingresso justificado exclusivamente e a qualquer tempo pela permanência do flagrante, pois a “entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida”. Portanto, “A proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois”.

Ou seja, não basta à autoridade que ingresse no domicílio e se defronte com crime permanente – livrando instantaneamente as provas obtidas e provenientes de qualquer ilicitude –, mas deve ser apontado posteriormente que o agente possuía conhecimento prévio daquele crime sob cuja prática buscava intervir.

No bojo do acordão, aliás, ficou expressada a intenção de prevenção à mitigação do preceito constitucional ao impossibilitar contorno à interpretação atribuída à exceção constitucional no momento em que suprime do possível rol justificativas provas ilícitas, informações de inteligência policial, além daquelas isentas de valor probatório em Juízo.

Conclui, portanto:

estabelecendo a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados

A corte máxima nacional, com isso, ultrapassou o entendimento amplamente deflagrado entre a jurisprudência a partir do qual o mantra do crime permanente reduzia drasticamente o preceito fundamental da inviolabilidade do domicílio.

Nada obstante, reiteradas decisões entesam interpretações firmadas em sentido diverso à leitura fornecida pela corte guardiã da constituição, valendo-se do estado permanente dos flagrantes a fim de se validar as provas obtidas, mesmo que sem justificativas da prévia ciência do crime despontado.

No julgamento da Apelação Crime número 70075528695, proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foi decidido, no tocante a preliminar de ilicitude da prova por suposta violação de domicílio, que ausente estava a nulidade em virtude do flagrante permanente, condenando-se o acusado por tráfico de drogas – por apreensão de 14 bucinhas de maconha e seis munições :

Configurado o estado flagrancial, afastada está qualquer ilegalidade em eventual busca domiciliar efetivada, porquanto o próprio inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, quando estabelece a inviolabilidade do domicílio, excepciona a regra em casos de flagrante delito. Outrossim, por tratar o delito de tráfico de drogas, bem como o de posse ilegal de munição, de crime de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o flagrante se verifica no momento em que é constatada uma das ações previstas no tipo penal, sendo crime de ação múltipla.

As concessões de ordens de Habeas Corpus também restam denegadas, a exemplo do HC número 70075819730, cujo julgamento desta vez foi proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

REGRA DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA [...]Tendo em depósito os pacientes, no interior de residência, as substâncias entorpecentes, como delito de que trata o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, é de natureza permanente, encontrava-se presente a situação de flagrância, com o que a ação policial não demandava prévia obtenção de mandado de busca, estando autorizados os agentes policiais ao ingresso na residência, sem autorização do morador.

Distante de conclusão, sobretudo perante os casos postos à sensibilidade judicial, encontra-se então a contenda versando sobre extensão e cabimento da guarida ao domicílio segundo o ordenamento jurídico-político nacional.

De se salientar também a referencial posição recente capitaneada pelo Min. Ricardo Lewandowski que joga ainda mais luzes (jurisprudenciais) sobre

a discussão e suas controvérsias – em um julgado recente que merece ainda que ligeira e incompleta menção, aqui:

Na decisão do HC n. 138.565-SP, que julgou por bem extinguir a Ação Penal originária do caso, os ministros confirmaram o entendimento de que a flagrância (que, ainda, fora constante de uma quantidade ínfima de entorpecentes que inclusive espelharia posse para consumo – corrigindo a imputação inicial por tráfico), precisa respeitar certos parâmetros e não se sobrepuja como espécie de *check up* posterior para toda atividade policial. Na espécie, se configurou inadequada a atitude dos policiais que decidiram abordar um cidadão que filmava uma atividade rotineira policial, ato entendido como intimidatório ou mesmo vingativo por parte dos agentes diante de uma prática não invasiva do então suspeito em relação a um ato público. Consagrada, pelo Pretório Exelso, a ideia de que os limites do que é uma “causa provável” (justa) para a averiguação e mesmo do que se perfaz em consentimento para o ingresso das autoridades em um domicílio merece justificação sólida e comporta avaliação posterior.

A nota distintiva do caso, inclusive, foi sua consideração de grave violação dos direitos individuais, somada à categoria de urgência e relevância que fez o Relator propor inclusive a desconsideração da Súmula 691 da própria Corte (“*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de Habeas Corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*”), uma vez que fora impetrado o remédio constitucional diante de uma decisão monocrática em sede do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Para os Ministros, a gravidade e a evidência de tal conjuntura serviram de catalisador para o afastamento do entendimento consagrado quanto à ordem de impetração e de competências para Habeas Corpus. O que só comprova que a discussão acerca dos limites e extensões do conceito de consentimento podem se somar às excepcionalidades antes pétreas do binômio flagrância-crime permanente e gerar construções jurisprudenciais constitucionalizadas e pertinentes na temática.

#### 4. RELEITURA DAS LIMITAÇÕES AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E A GUARIDA DESSEMELHANTE DAS GARANTIAS POLÍTICAS

Pretéritas ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da inviolabilidade de domicílio, já eram diversas as críticas e alertas sobre a ampla magnitude dos poderes conferidos às autoridades estatais em razão da

interpretação rotineiramente conferida pelo Judiciário às exceções de proibição de ingresso não permitido a domicílio, mormente no flagrante delito do crime permanente.

Para além das adversidades recorrentes no tocante à uniformização da jurisprudência, muito embora já tendo sido o debate encerrado por julgamento doado de repercussão geral, denota-se com atividade jurisdicional que resiste no ponto a, destoando com os mandamentos emanados da mais alta corte judicial nacional, negar a garantia dos direitos fundamentais, acabando por se ignorar o que entendeu por bem o STF como meio a melhor garantir a inviolabilidade de domicílio.

A crítica jurídica tradicional a respeito assevera a transferência de preceitos morais de gênese utilitarista à sensibilidade judicial, colocando-se de lado os preceitos constitucionais, concretizando cálculo sopesando o fortalecimento da segurança pública, por intermédio da tutela penal, contra a escancarada violação de Direitos Fundamentais, o que é inaceitável em Estado Democrático cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2006, p. 59), protestando-se que “não se podem tolerar violações de Direitos Fundamentais em nome do resultado” (ROSA, 2014).

Outrossim, pode ser vislumbrada como patente a similitude dos cenários – o que é verificado pela leitura da íntegra dos acórdãos citados no capítulo anterior –, onde em seu desenrolar fático ocorre a apreensões de drogas por parte das autoridades e, pela natureza permanente do crime apontado, são livradas as provas obtidas de qualquer mácula quando sob apreciação do Juiz, desconsiderando-se na dianteira, com estreita discussão, a possibilidade de ocorrência de ação arbitrária concretizada pela violação de preceitos constitucionais.

Ao momento do julgamento do recurso extraordinário 603.616-RO, momento em que a posição do STF foi alterada, além da demonstração da mitigação ao preceito constitucional pela acepção antes existente, reconheceu-se especial fragilidade da proteção constitucional percebida em múltiplos cenários socioeconômicos:

A busca e apreensão domiciliar é uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal. Abusos podem ocorrer, tanto na tomada da decisão de entrada forçada quanto na execução da medida. As comunidades em situação de vulnerabilidade social são especialmente suscetíveis a serem vítimas de ingerências arbitrárias em domicílios.

O status de marginalização do qual são dotadas largas parcelas populacionais, privadas dos proveitos econômicos proporcionados pela

convivência social, frutos pragmaticamente alocados em gritante discrepância distributiva, é característica comum dos integrantes localizados em ambientes onde as garantias político-jurídicas malogram alcance:

a escassa consciência garantista de que padecemos no Brasil é favorecida, também, pelo fato de que as populações atingidas pelas ações policiais que violam domicílios são aquelas já conhecidas pela seletividade do sistema penal repressivo: grupos rebaixados sócio-economicamente e à margem do processo de produção e acumulação do capital financeiro global. São os pobres e estropiados de sempre. O fato da quase totalidade das diligências invasivas de domicílio atingirem tal grupo, certamente, favorece ainda mais esse esquecimento da força vinculante dos direitos fundamentais (AMARAL, 2012).

Por sua vez, a controvérsia nem sempre é vista como fruto da simples distância entre aquela leitura do direito através das lentes da hermenêutica literal de uma interpretação com cunho teleológico, ou mesmo como mero esquecimento das garantias, preteridas em afago a razões utilitárias. Tais recorrentes violações às mínimas garantias postas no texto constitucionais podem ser vislumbradas a partir de um ângulo diverso, o qual supera, em seu estudo, a mera tratativa das contingências do poder estatal observando as controvérsias e padrões provenientes da estrutura desde ente, contemplando-se a forma política do Estado, inaugurada a partir da ascensão do estado moderno, surgido em dissolução ao modelo absolutista cuja reposição foi dada em uso aos ideais contratualistas (MASCARO, 2013, p. 44).

As insuficiências jurídicas e políticas expostas assim se dão em virtude da finalidade diversa das garantias fundamentais em relação aos objetivos tradicionais reiteradamente assinalados pelos juristas e filósofos, garantias cuja tutela não tem papel principal senão assegurar a manutenção desta mesma situação de desigualdade econômico-social afugentadora dos párias integrantes da comunidade, de quem casebres podem ser legitimamente invadidos em arbitrárias buscas que nada podem encontrar.

## 5. CONSIDERAÇÕES E APORTES FINAIS

Fruto de inúmeras contribuições críticas, com o Recurso Extraordinário 603.616-RO foi dado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal almejando por fim à utilização do mantra da flagrância em crime permanente como autorização ao levantamento da inviolabilidade domiciliar, fixando a imprescindibilidade da demonstração posterior dos motivos autorizadores do ingresso como amparadores do ingresso, apontando sua integração às exceções

previstas pela Constituição Federal.

Não obstante, distante se encontra o cenário jurisprudencial brasileiro em efetuar alinhamento à inclinação da corte suprema, o que importa a identificação de inúmeras atuações executivas, ratificadas pelo controle judicial dos Tribunais, onde a proteção constitucional ao domicílio restou desrespeitada.

Alinhamento que, por sua vez, pode não ter data próxima a se suceder, em razão da forma tomada pelo estado moderno, desenhada a partir da manutenção dos níveis de reprodução social, cujos reflexos acessórios podem ser entrevistados no desrespeito institucional corriqueiro ao exercício das mais básicas liberdades compreendidas tradicionalmente como finalidade última da tessitura social, em negação que ganha ares paradoxais, de ostensiva contradição, quando é posta de lado em privilégio a valores reconhecidos como secundários.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Claudio Prado. Gecap-USP. **Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente**, 2012. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/20130204135003/20130204134855/artigospublicados/162inviolabilidadedodomicilioeflagrantedecrimepermanenteoporclaudioamaral>>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603616-RO**. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisa de Jurisprudência, Manifestação de Amicus Curiae, 15 setembro 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9401662&ad=s#11%20%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%201>>. Acesso em: 22 ago. 2017
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2008.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo I – 4ªed. rev. e atual. – Coimbra: Editora Coimbra, 1990.
- RAMPIONI, Roberto, **Contributo alla Teoria del Reato Permanente**, Ed. Cedam, 1988.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes**. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014ago01/limitepenalmantracrimpermanenteentoadolegitimarilegalidadesflagrantes>>. Acesso em: 15 nov. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. 1ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação – Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2009.

## O VALOR PROBATÓRIO DA DECLARAÇÃO DA VÍTIMA E DE TERCEIROS NO CURSO DO PROCESSO PENAL

Bruno Morel de Abreu<sup>1</sup>

Pedro Paulo Sperb Wanderley<sup>2</sup>

Vinicius Rocha de Almeida<sup>3</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Um grande número de crimes ocorre diariamente, em locais onde a passagem de pessoas é permitida ou mesmo onde existe um grande aglomerado destas, durante o dia ou sob o manto da Lua. Nestes casos, a investigação e a produção processual de provas serão realizadas tendo, como um dos meios de prova, a prova testemunhal.

Todavia, existem alguns tipos de crimes que são cometidos em lugares ermos, sem qualquer possibilidade de trânsito de indivíduos, ou mesmo no interior da residência do autor ou vítima. Nesta situação, a produção de provas, seja na fase investigativa, seja na fase processual, será feita com meios de provas diversos da prova testemunhal, o que dá às declarações do ofendido um valor quase absoluto (que muitas vezes, é utilizado como único meio de embasamento de uma sentença condenatória).

O ofendido, por ser, certamente, a pessoa atingida diretamente pelo fato delituoso, tem a tendência em carregar fantasias e até mesmo sentimento de vingança em seu depoimento, criando, por muitas vezes, situações que eximem

1. Graduando em Direito pela, Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, E-mail: bruno.tra10@hotmail.com.
2. Mestrando em desenvolvimento local pela UCDB. Pós graduado em desenvolvimento local pela UCDB. Pós graduado em direito pela Uniasselvi. Graduado em direito pela UCDB. Advogado. Professor Universitário. E-mail: ppsperb@gmail.com
3. Graduando do 6º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. Campo-Grande, MS; Estagiário no escritório de advocacia Chiesa Advogados Associados, especializado na área tributária; Membro da Comissão de Acadêmicos e Estagiários, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul – CAED OAB/MS; Membro do Grupo de Pesquisa Jurídica Aplicada Vespasiano Barbosa Martins; E-mail: viniciusrocha.almeida@outlook.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6314282618773169>

qualquer ação própria que tenha contribuído na prática delitiva (dentre outras condutas, cita-se a Síndrome da Mulher de Potifar). Tal fato torna muito complicado e perigoso a utilização exclusiva da declaração do ofendido como fundamento condenatório, recaindo aqui a problemática do presente estudo.

O presente artigo, metodologicamente realizado por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, explora as principais características dos meios de provas frequentemente utilizados no Processo Penal Brasileiro – testemunhal e declaração do ofendido.

## 2. A PROVA TESTEMUNHAL

Tem-se no processo penal brasileiro, a elucidação dos fatos definidos como crimes, em esmagadora maioria, por meio da prova testemunhal. Tal situação se dá por uma série de fatores, como a falta de estrutura do Estado (seja a estrutura física, de materiais ou profissionais) no tocante a peritos e outros *experts*, o que, caso o contrário fosse, poderiam dar uma solução mais técnica e segura a investigação e instrução probatória.

A prova testemunhal é um dos meios de prova que carecem de muita atenção e cuidado no tocante a sua força probatória. A testemunha, como todo ser humano, é passível de, ao presenciar uma cena delituosa, auferir impressões errôneas sobre o fato, ter uma influência de seu meio de convivência (roda de amigos, outras testemunhas oculares e meios de comunicação), bem como tomar um partido, julgando quem é o certo em que é o errado no crime presenciado.

Dispõe o art. 202 do Código de Processo Penal que “toda a pessoa poderá ser testemunha”. A doutrina Brasileira ensina que testemunha:

É a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca dos fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo (BRASILEIRO, 2015);

A testemunha, ao ser inquirida, seja na fase policial ou processual, deverá prestar o compromisso de dizer tão somente a verdade, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho, em obediência ao artigo, 203 do Código de Processo Penal. Portanto, os deveres da testemunha são o de dizer o que sabe, não calar a verdade e não proferir inverdades (BRASIL, 1941).

A legislação brasileira, em especial a processual penal, expressa uma

grande preocupação ao referenciar deveres, direitos e punições aos cidadãos que servem como testemunha, tudo para demonstrar a lisura e a busca de uma força probatória capaz de influenciar na decisão do magistrado.

Visando uma colheita de uma prova testemunhal verdadeira e apta ao embasamento de uma sentença de mérito (seja ela condenatória ou absolutória) a legislação processual penal impede determinados cidadãos de serem testemunhas, seja por uma recusa facultativa ou uma vedação obrigatória, conforme os artigos 206 e 207 do Código de Processo Penal.

Existe ainda uma classificação dos cidadãos que comparecem ao processo para dizer o que viram ou sabem sobre determinado fato, porém, por alguma circunstância pessoal, não assumem o compromisso de dizer a verdade sob pena de incorrer no crime de falso testemunho. São os chamados informantes.

Diversamente das pessoas que são proibidas de depor, a Lei Processual Penal, em seu art. 206, faculta a algumas pessoas (ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, o pai, a mãe, o filho adotivo), a recusa de depor, caso haja outros meios de provar as alegações que envolvem o fato. Caso sejam estas pessoas ouvidas, serão ouvidas sem prestar o compromisso de dizer a verdade.

Informantes, conceitualmente são aquelas pessoas que são ouvidas, porém sem prestar o compromisso de dizer a verdade. Além das pessoas do art. 206, que porventura prestarem seus depoimentos, também estão incluídos os menores de 14 (quatorze) anos, os doentes e deficientes mentais conforme disposto no art. 208 do código de processo penal.

## 3. DAS DECLARAÇÕES DO (A) OFENDIDO (A)

Além da prova testemunhal (compromissadas ou mero informantes), o Código de Processo Penal permite/estabelece que o sujeito passivo do crime, objeto da pretensão punitiva, seja ouvida. Esta espécie de prova é encontrada nos artigos 201 do diploma processual penal, e estabelece que sempre que possível o ofendido será ouvido.

A definição do que vem a ser o ofendido, se difere da testemunha, na medida em que enquanto esta é um terceiro divorciado do plano processual (de quem se espera uma ação imparcial), aquela é parte integradora do fato em julgamento e sim “a pessoa diretamente atingida pela infração, ou seja, cujo bem jurídico fora violado em decorrência do delito”. (DEZEM, 2016,

P. 575), sendo assim, por não ser considerada testemunha, a declaração do ofendido não está submetida ao compromisso do dizer da verdade.

Apesar de figurar como a parte mais “prejudicada” na relação processual, o ofendido tem alguns deveres a seguir, como, dentre outros a obrigatoriedade de comparecimento, quando intimada, e sem a apresentação de justificativa plausível de sua ausência, sob pena de ser conduzida coercitivamente a Juízo (Código de Processo Penal, 1941).

Por ser uma personagem diretamente atingida pelo crime praticado, a legislação brasileira zelou por proteger, manter ou restaurar a integridade física e, principalmente psicológica do ofendido, ao instituir alguns direitos que devem ser sempre observados, tais como o de ser comunicado dos atos praticados (ainda que por meio eletrônico), sala reservada nos fóruns, para não ser possível o encontro com o acusado, bem como encaminhamento para serviços de atendimentos (multidisciplinares), caso necessário. (DEZEM, 2016, p. 578)

A importância da declaração do ofendido recai principalmente em determinados tipos de crime, conhecidos como crimes clandestinos (ou crimes cometidos na clandestinidade), caracterizados pela ausência de prova testemunhal, já que cometidos em locais não públicos como a residência da vítima ou do acusado, ou ainda, quando cometidos em locais comuns na calada da noite, ou mesmo em lugares ermos e inabitados.

Esta modalidade de crimes causa uma grande dificuldade aos julgadores, já que, na ausência de prova, seja ela prova técnica (pericial) ou testemunhal, vê-se diante de um verdadeiro duelo: de um lado palavra do ofendido (na maioria das vezes, carregada de emoção e sentimentos vingativos), e de outro lado a palavra do acusado/réu.

A pergunta a se fazer é: como fazer um julgamento com base em Juízo de certeza, quando se tem a escassez probatória, e ainda, o que se tem, traz em sua bagagem uma porção elevada de parcialidade, para um ou para outro extremo da relação?

#### 4. A FORÇA PROBATÓRIA DA TESTEMUNHA DO OFENDIDO

A consequência da prática destes crimes cometidos longe dos olhos de terceiros (testemunhas), que, em grande parte, se dá nos crimes praticados contra a dignidade sexual e no âmbito da violência doméstica e familiar contra

a mulher, é dar à declaração do (a) ofendido (a) um peso maior do que nos crimes não clandestinos.

Em relação ao peso e a força probatória da declaração do ofendido nos crimes clandestinos, BADARÓ (2016, p. 467) reza que “tem sido dado maior valor probatório à palavra da vítima no caso de crimes cometidos na clandestinidade, por ocorrerem longe dos olhos de terceiras pessoas que poderiam intervir como testemunhas, como nos crimes sexuais”.

O valor dado ao depoimento da vítima nos crimes cometidos na clandestinidade deve ser superior em relação aos crimes que envolvem terceiros (testemunhas), porém, isto deve ser realizado com muita cautela pelos operadores do direito, e em especial, claro, os Magistrados que fundamentarão de suas decisões.

Ao se tratar do depoimento da vítima, deve-se, sempre, ter uma inclinação no sentido de que a vítima poderá, mesmo que de forma inconsciente, demonstrar uma tendência a “supervalorizar” os atos praticados pelo autor do fato, incrementando detalhes inexistentes, fantasias e outras más tendências a aumentar a chance de uma reprimenda àquele(a) apontado(a) como acusado(a) em um processo penal.

No tratamento e julgamento dos crimes clandestinos cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, especificamente, deve-se profundamente analisar, dentre outros fatores, o relacionamento entre vítima e acusado, já que se podem encontrar nas declarações da ofendida intenções vingativas, retaliações a iniciativa do fim do relacionamento ou outros “imbróglios” dele resultantes, por parte do suposto autor do fato, bem como outras hipóteses de fazer com que não seja dita a verdade real do crime processado.

Os tribunais brasileiros têm entendido que a palavra da vítima não deve ser utilizada como única prova para o embasamento de uma sentença condenatória, devendo ser esta prova ratificada por outros meios legais (perícia, testemunhas, etc), sob pena de necessidade de absolvição do acusado (LOPES JR, 2013, p. 655).

Há ressalvas no entendimento anteriormente especificado dos Tribunais do nosso país. A exceção referida diz respeito aos julgamentos nos crimes clandestinos, bem como nos cometidos contra o patrimônio, cometidos com violência e grave ameaça. Em tais situações:

Nesses casos, a palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência

de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (ainda que frágil), tem sido aceitas pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória. Mas, principalmente nos crimes sexuais, o cuidado deve ser imenso. Se de um lado não se pode desprezar a palavra da vítima (até por que seria uma odiosa discriminação), por outro não pode haver precipitação por parte do julgador, pois a história judiciária desse país está eivada de imensas injustiças nesse terreno (a recordar, sempre, entre centenas de outros, o chamar “Caso Escola Base”, em São Paulo). (LOPES JR, 2013, p. 657)

Além dos crimes descritos no parágrafo anterior, deve-se atentar, também, para os crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, pelos mesmos motivos, já que, via de regra, ocorrem na clandestinidade.

## 5. DA SÍNDROME DA MULHER DE POTIFAR

Nos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar, geralmente ocorridos em meio a um conturbado relacionamento, ou na fase final deste, não há como negar que, por vingança, ódio, ciúmes ou qualquer outro, a vítima possa declarar inverdades, com a finalidade de projetar uma condenação, ou até mesmo agravar a situação do acusado (autor do fato).

Ainda que se refira, principalmente, aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, seu conceito pode ser estendido a todos os outros tipos de crimes, já que, geralmente, a vítima vislumbra uma acusação “supervalorizada” a quem lhe tenha causado mal.

A situação descrita é conhecida como a síndrome da mulher de Potifar, história constata nas Sagradas Escrituras, em seu livro inicial (Gênesis), fazendo referência, exatamente, a uma negação de relação sexual oferecida por uma mulher a José (servo de Potifar), tendo esta, como retaliação, dito que o seu “alvo” inicial tivesse a tentado sexualmente.

De acordo com a Bíblia Sagrada:

E José foi levado ao Egito, e Potifar, eunuco de Faraó, capitão da guarda, varão egípcio, comprou-o da mão dos ismaelitas que o tinham levado de lá. E o Senhor estava com José, e foi varão próspero; e estava na casa de seu senhor egípcio. Vendo, pois, o seu senhor que o SENHOR estava com ele e que tudo o que ele fazia o SENHOR prosperava em sua mão, José achou graça aos seus olhos e servia-o; e ele o pôs sobre a sua casa e entregou na sua mão tudo o que tinha. E aconteceu que, desde que o pusera sobre a sua casa e sobre tudo o que tinha, o SENHOR abençoou a casa do egípcio por amor

de José; e a benção do SENHOR foi sobre tudo o que tinha, na casa e no campo. E deixou tudo o que tinha na mão de José, de maneira que de nada sabia do que estava com ele, a não ser o pão que comia. E José era formoso de aparência e formoso à vista. E aconteceu, depois destas coisas, que a mulher de seu senhor, pôs os olhos em José e disse: Deita-te comigo. Porém ele recusou e disse à mulher do seu senhor: Eis que o meu senhor não sabe do que há em casa comigo e entregou em minha mão tudo o que tem. Ninguém há maior do que eu nesta casa, e nenhuma coisa me vedou, senão a ti, porquanto tu és sua mulher; como, pois, faria eu este tamanho mal e pecaria contra Deus? E aconteceu que falando ela cada dia a José, e não lhe dando ele ouvidos para deitar-se com ela e estar com ela. Sucedeu num certo dia, que veio à casa para fazer o seu serviço; e nenhum dos servos da casa estava ali; E ela lhe pegou pela sua veste, dizendo: Deita-te comigo. E ele deixou a sua veste na mão dela, e fugiu, e saiu para fora. Chamou os homens de sua casa e falou-lhes, dizendo: Vede, trouxe-nos o varão hebreu para escarnecer de nós; entrou até mim para deitar-se comigo, e eu gritei com grande voz. E aconteceu que, ouvindo ele que eu levantava a minha voz e gritava, deixou a sua veste comigo, e fugiu, e, saiu para fora. (GÊNESIS, cap. 39).

O término desta passagem bíblica é a mesma esperada pelas vítimas que, motivadas por um sentimento vingativo (ou por qualquer outra motivação), imputam aos “algozes” falsas práticas delitivas, qual seja, a punição injusta. No referido texto sagrado, José é entregue por seu senhor (Potifar) ao cárcere, mesmo sem o cometimento crime algum.

Dado o acima exposto, faz-se possível observar a fragilidade que carrega a prova obtida por meio da palavra da vítima, podendo esta ensejar em uma possível e eventual sentença condenatória, bem como na desobediência do princípio de que, havendo um átomo de dúvida, a absolvição é imperativa.

No que tange aos denominados crimes clandestinos, as consequências da valoração absoluta da palavra da vítima é utilizada na elaboração do édito condenatório, mas reflete o momento da produção de provas, no sentido de que, acatando esta linha de entendimento, o autor da ação penal, Ministério Público, não vislumbra a necessidade de produção de outros meios de comprovação da verdade dos fatos, fazendo com que, muitas vezes, a defesa assumo o papel do órgão responsável por provar a não veracidade do alegado, invertendo a ordem processual (ônus da prova).

Em sentido contrário ao entendimento majoritário de que não há possibilidade jurídica de se fazer uma fundamentação adequada de sentença condenatória, baseada, unicamente, na palavra do ofendido, existe uma corrente doutrinária encampando o pensamento de que a palavra da

vítima deve ser levada em consideração em uma sentença, porém quando amplamente amparada por outros meios de prova. Neste segmento, nas palavras do prestigiado doutrinador:

A situação psicológica da vítima no processo é bem paradoxal: de um lado, está capacitada mais do que qualquer outra pessoa de reproduzir a verdade, e, de outro, a sua vontade não pode ser considerada como isenta de fatores emocionais. Em primeiro lugar, por ter suportado a ação [...] Não se pode encontrar uma vítima despida totalmente de sentimentos, com tal frieza emocional que seja possível falar-se em imparcialidade. Além do mais, não podemos esquecer que não são raros os casos de pseudovítimas, criadas por uma imaginação traumatizada. (ARANHA, 2004, p. 276)

Entendimento como o supramencionado se demonstra razoável mesmo em casos de prisão em flagrante. Ainda que nessas situações estejam presentes elementos de convicção mais concretos, é possível que a vítima incorra em erro omitindo ou acrescentando fatos ao caso in concreto, mesmo que não prestados intencionalmente devido ao forte e intenso abalo causado durante a ocorrência da infração penal. Tais informações prestadas podem levar a condenação de crimes não cometidos pelo réu, repercutindo diretamente na pena imputada.

Devido a forte e intensa emoção causada durante a infração penal, ainda que presentes alguns elementos de convicção, é possível que ocorra omissões e acréscimos nos fatos, informações estas que podem levar a condenação de crimes não cometidos, mesmo que não prestadas intencionalmente.

Ainda que não se comprove a presença/existência de características presentes na chamada Síndrome da mulher de Potifar em um caso concreto de crimes clandestinos, impossível divorciar absolutamente a vítima de uma carga emocional considerável, no sentido de criar algum tipo de fantasia ou exagero no momento de reviver e narrar os fatos por ela sofridos, seguindo a lógica, leciona GRECO:

Quem tem alguma experiência na área penal percebe que, em muitas situações, a suposta vítima é quem deveria estar ocupando o banco dos réus, e não o agente acusado de estupro. Mediante a chamada *síndrome da mulher de potifar*, o julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos relatados pela vítima são verdadeiros, ou seja, comprovar a *verossimilhança* de sua palavra, haja vista que contradiz com a negativa do agente. A falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir a absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório. (GRECO, 2010, p. 314)

Por esses motivos expostos, e tantas outras razões que, torna-se necessário um aprofundamento maior no tocante à produção de provas nos crimes cometidos na clandestinidade, e, não havendo quaisquer outros meios de prova além do depoimento do(a) ofendido(a), auferir, inclusive por meios psicológicos e psiquiátricos se a pessoa contra qual o crime foi praticado, não está sendo instrumento da chamada síndrome da mulher de Potifar.

## 6. SÍNDROME DA MULHER DE POTIFAR NA ATUALIDADE

Muito embora a tamanha antiguidade do texto bíblico, citado no item anterior, é possível vislumbrar na atualidade situações fáticas advindas, total ou parcialmente, dos embaraços emocionais do indivíduo ocupante do polo ativo (vítima) da relação processual.

Tem-se como exemplo o caso recente de Larissa Borges da Silva, mais conhecida como “Rainha do Golpe”, devido 31 ocorrências, envolvendo crime de Estelionato, Furto, Extorsão e Ameaça, além de diversas tentativas de golpes a terceiros.

Uma das tentativas foi o famoso “golpe da barriga”, onde ela tentou aplicar em um homem que teria saído apenas três vezes. Apresentou exames falsos de gravidez, e chegou a perturbar a vítima no trabalho e em casa. Ao ser rejeitada, tentou ingressar no apartamento daquele. Não sendo autorizada pelo porteiro, Larissa foi motivada por sentimento de vingança e fantasias, que a levaram a adentrar com o carro no prédio onde o homem reside, quebrando o portão de vidro. Não contente, após o delito, se dirigiu à delegacia da mulher e registrou um boletim de ocorrência falso alegando ter sido agredida pelo companheiro.

Desta forma, está cabalmente demonstrada a correlação entre a situação fática supracitada e o texto bíblico, onde a declaração da vítima continua sendo utilizada atualmente como fácil e rápido instrumento de vingança, no sentido de que muitas vezes o mero testemunho do ofendido é suficiente (na concepção de alguns magistrados) para condenação do réu, ou seja, indubitavelmente Larissa se encaixa na Síndrome da Mulher de Potifar.

Assim, resta confirmada a hipótese de que se Larissa não fosse descoberta pelos crimes que já cometeu, teria sido observada/enxergada como vítima inocente, que foi agredida pelo marido, crime que alegaria ter sido cometido em lugar ermo, com difícil acesso às pessoas, etc. E mais um episódio de vingança estaria concretizado.

## 7. DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, extrai-se a pergunta: será que o valor probatório da declaração da vítima e de terceiros no curso do processo penal é suficiente para suprir uma condenação? Ou é dever do Estado investir em uma estrutura carregada de tecnologia, aplicações e métodos técnicos para serem utilizados com o fim de buscar a veracidade dos fatos, do testemunho da vítima e do ofendido, objetivando não julgar erroneamente os crimes cometidos clandestinamente?

Entende-se que há uma tendência cultural no Brasil de que o investigado, mesmo na fase processual, é visto/enxergado erroneamente como culpado, quando na realidade não se conhece, nem se presume o sentimento e significado de estar sentado no banco dos réus aguardando possível condenação ou absolvição.

Portanto, conclui-se que é medida justa e necessária o imediato investimento material e técnico, que reprimem e evitam o uso do testemunho e declaração do ofendido como instrumentos de vingança contra o réu, visto que na maioria das vezes, esses são os únicos fundamentos condenatórios utilizados pelo juiz ao decidir sobre a sentença.

Por fim, para concretizar o raciocínio construído no decorrer das análises realizadas, é válido observar a frase do grandioso filósofo iluminista francês François Marie Arouet, mais conhecido como Voltaire, que diz: “Mais vale arriscar-se a salvar um culpado do que a condenar um inocente”.

## REFERÊNCIAS

- ARANHA, A.J.Q.T.C. Da prova no processo penal. 6º. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BADARÓ, G.H. Processo Penal. 4º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BRASIL. Decreto lei nº 3. 689, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 10 de Agosto de 2017.
- DEZEM, G.M. Curso de Processo Penal. 2º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- LIMA, R.B. Manual de Processo Penal. 3º. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- LOPES JUNIOR, A. Direito Processual Penal. 10º. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. v. III. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

## DELAÇÃO (COLABORAÇÃO) PREMIADA: A TORTURA COMO MÉTODO PROBATÓRIO E A PERSISTÊNCIA DA MENTALIDADE INQUISITORIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Lucas da Silva Santos<sup>1</sup>

Felipe da Veiga Dias<sup>2</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo analisar o instituto da delação (colaboração) premiada, e questionar o sentido do uso demasiado das práticas de delação, presentes nas atuais investigações criminais no país. No entanto busca-se questionar a “negociação” de uma delação premiada via prisão preventiva, ou seja, utilizar-se de uma medida extrema como a prisão, como método de tortura psicológica “legalizada”, como instrumento probatório nas investigações criminais. Assim, por meio do método dedutivo, almeja-se discutir os crimes de Estado, mais precisamente a tortura, e compreender os discursos maniqueístas, e anseios punitivistas presentes nos operadores do direito, que buscam legitimar a prática de tortura como instrumento investigativo lícito, na ilusória tentativa de atingir a segurança jurídica, através da expansão do poder punitivo.

**PALAVRAS CHAVES:** Delação, Prisão Preventiva, Tortura, Poder Punitivo.

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa ora proposta tem como escopo analisar o instituto da delação (colaboração) premiada, e questionar a razão do uso demasiado das práticas de delação, presentes nas atuais e principais investigações criminais no país. No entanto busca-se questionar a “negociação” de uma delação premiada via prisão preventiva, ou seja, utilizar-se de uma medida extrema como a prisão, como prática de uma tortura psicológica “legalizada”, como método probatório nas investigações criminais.

Para tanto busca-se compreender os discursos maniqueístas, e anseios

1. Graduando em Direito na Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Integrante do grupo de pesquisa em Poder, Controle e Dano Social (IMED) coordenado pela Profª Drª Marília De Nardin Budó. Email: [lucassantospf@gmail.com](mailto:lucassantospf@gmail.com)
2. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Integrante do grupo de pesquisa em Poder, Controle e Dano Social (IMED) coordenado pela Profª Drª Marília De Nardin Budó. Advogado – [felipevdias@gmail.com](mailto:felipevdias@gmail.com).

punitivistas presentes nos operadores do direito e agentes estatais, que em seus discursos buscam legitimar a prática de tortura como instrumento investigativo lícito, na ilusória tentativa de atingir a segurança jurídica, através da expansão do poder punitivo e na continuidade dos crimes do Estado (devidamente enquadrado nos crimes dos poderosos).

O presente estudo utiliza-se do método de abordagem dedutivo, junto ao método de procedimento monográfico, além da utilização da técnica de pesquisa da documentação indireta, alicerçando-se nos fundamentos teóricos gerais do processo penal e bases constitucionais.

Posto isso, busca-se discutir o atual contexto nacional, onde é manifesto o uso desenfreado desse instituto, como meio de negociação da justiça criminal brasileira, no qual utilizam-se basicamente como único método de atividade na busca/obtenção de material probatório a colaboração premiada.

Antes de adentrar na seara das disposições incompatíveis para com um processo penal verdadeiramente democrático, presentes na Lei 12.850/13 da Organização Criminosa, é preciso debater com relação das possíveis práticas, estratégias de negociações presentes em uma delação (colaboração) premiada.

Principalmente métodos que afrontam garantias fundamentais, que asseguram um processo penal respeitador das regras do jogo, sendo assim, necessário compreender acerca das reais munções, estratégias que o operador da confissão, às vezes parcial/discricionário, possui para “negociar” uma delação premiada, métodos persecutórios/investigativos, que possam ser baseados em práticas violentas, ameaças e blefes.

Em síntese, um Estado-Acusador, que perde o *status* da imparcialidade e busca produzir provas, independentemente de quais métodos venham a ser utilizados, a fim de comprovar a realização de uma prática criminosa. Entretanto a condenação acaba por perder sua legitimidade, ademais a partir desses métodos advém supressões de direitos e garantias fundamentais na busca incessante de alcançar a “verdade” no processo penal. Utilizando-se simplesmente de um discurso legitimador falacioso de ser, às vezes o único método de identificação/punição de possíveis práticas criminosas.

De certa forma confirma-se a incapacidade na produção probatória por parte do Estado-Acusador, sendo assim, corroborando a atuação danosa, bem como a cultura punitiva que se implementa no processo penal brasileiro. Porém, a reiteração de violações estatais vem buscando discursos de

legitimação, e com base nisso agravando a situação prisional, dentre outros problemas causados. Esses pressupostos movimentam o presente estudo.

## 2. CRIMES DE ESTADO E A DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

A proposição deste estudo parte da leitura dos crimes de Estado, tendo em vista que estes estão alocados na concepção de crimes dos poderosos (*crimes of the powerful*), os quais contam com a invisibilidade proporcionada pelo próprio sistema penal para manter suas condutas violatórias. Afirma-se isso tendo em vista que essas condutas são realizadas por Estados e Mercados, produzindo danos sociais massivos, mas que por vezes não estão tipificados ou ainda estão dentro das margens legais estabelecidas para sua melhor realização (BARAK, 2015, p. 105).

Com base nisso dois aspectos centrais são denunciados: a) ao tomar por base apenas a atuação do sistema penal dentro dos parâmetros do desvio e dos instrumentos de controle coercitivo seria insuficiente, o que coloca em cheque a própria criminologia e seus objetos de estudo, a fim de denunciar práticas capazes de representar danos sociais em larga escala (BUDÓ, 2016, p. 129); b) bem como tal perspectiva permite evidenciar práticas violadoras perpetradas por agentes estatais, e que por vezes encontram-se “normalizadas” a partir de ações “legais”, mas que se encontram em franca oposição a garantia de direitos humanos.

Ademais o raciocínio estabelecido permite superar a contradição de esperar que o Estado, por meio do sistema penal, fosse capaz de punir e prevenir condutas as quais ele mesmo autoriza dentro da sua esfera de atuação, ou ainda que ele mesmo realiza (SARMIENTO et al., 2014, p. 50).

Posto isso, dentre as ações violadoras praticadas por agentes estatais, e que se enquadram nos crimes dos poderosos e igualmente como condutas do Estado, estão o genocídio e a tortura (BARAK, 2015, p. 106). Conforme já aludido a invisibilidade do sistema penal é a regra para tais atos, pois os debates em torno do genocídio da população negra no Brasil ou a tortura como uma prática recorrente por parte dos agentes estatais costuma ser obscurecida.

Embora se contabilize números crescentes de denúncias sobre a tortura como um padrão de conduta estatal no país (O GLOBO, 2014), a estratégia ainda é a de negação do problema. Tal linha é semelhante ao que

se executa quanto a violência policial no Brasil, a qual além de contar com a negativa, quando é reconhecida costuma ser apontada como fenômeno isolado e de um agente único, ou seja, executa-se o policial para salvar a corporação (DIAS, 2017, p. 99 – 100).

Todavia, indagam-se aqui os crimes estatais, em especial aqui a tortura, mas não a nível somente físico, mas sim psicológico. Em outras palavras, ao executar um modelo baseado na combinação entre prisões e delações, o Estado tenta legitimar, por vias legais, a tortura psicológica de seres humanos como algo regular no processo penal.

Esse ponto de partida contesta igualmente a postura do Estado enquanto elemento de produção de danos sociais, mas ao mesmo tempo coloca em cheque o modelo democrático de direito que permite que os agentes públicos institucionalizem condutas violadoras de direitos humanos, simplesmente ao normatizarem tais atos, demonstrando assim as fragilidades na contenção do poder punitivo estatal.

### **3. A PERSISTÊNCIA DA MENTALIDADE INQUISITORIAL: A PRISÃO PREVENTIVA COMO MÉTODO DE TORTURA NA DELAÇÃO PREMIADA**

A delação (colaboração) premiada, que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, na década de 90, através da Lei 8.072/90 dos crimes hediondos, dispõe em seu artigo 8º, parágrafo único que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1990).

Ademais a delação premiada e colaboração premiada possuem previsão em outras Leis penais: Lei n.º 9.613/98 de lavagem de dinheiro, Lei n.º 11.343/06 de drogas, no entanto esse instituto foi intensificado e ampliado através da Lei 12.850/13 da organização criminosa, que dispõe sobre a investigação criminal, e os meios de obtenção de provas.

O acordo de colaboração premiada previsto na Lei 12.850/13 será negociado entre Ministério Público/Delegado de Polícia e o acusado devidamente assistido por um advogado/defensor, no momento da negociação, não podendo haver participação do magistrado, que fica somente restrito a possível homologação do acordo, ocasião em que é verificado sua regularidade,

legalidade e voluntariedade (BRASIL, 2013).

Ocorre que o instituto da delação/colaboração, vem sendo utilizado pelo Estado, como instrumento de barganha, onde o delator/colaborador assistido por advogado negocia com o Ministério Público (sem a participação do Magistrado), novas e relevantes informações para investigação criminal, em troca de “prêmios”. Deste modo tornado o processo penal, um verdadeiro jogo processual onde através da barganha, o Estado negocia o perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade, ou, substituição da pena de privação de liberdade por restritiva de direitos (ROSA, 2016, p.292-293).

A requerimento das partes, o juiz poderá conceder à redução de pena, substituição ou perdão judicial, conforme dispõe o artigo 4º da Lei 12.850/13, além da previsão de quais resultados/requisitos são necessários para que o delator seja beneficiado por tais “prêmios,” do instituto da colaboração premiada (BRASIL, 2013).

Deste modo, cabe ressaltar que a colaboração/delação deve ser voluntária e efetiva com a investigação e com o processo criminal. E que advenha um ou mais dos seguintes resultados: a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (BRASIL, 2013).

Desta forma é notório a expansão do instituto da delação (colaboração) premiada no cenário processual penal brasileiro, a partir da Lei 12.850/13, principalmente em operações investigativas que possuem apoio midiático, e consequente apoio do senso comum.

Identificam-se, práticas investigativas características de sistemas inquisitórios, principalmente no tocante a utilização da prisão preventiva como instrumento que visa constranger, torturar psicologicamente o acusado, na busca desenfreada de alcançar a “verdade”, que traz o processo penal brasileiro ao passado, em que a confissão possuía o caráter máximo dentre todas as provas.

No entanto a utilização da prisão preventiva como instrumento de

barganha, para pressionar uma delação/colaboração do investigado, afronta totalmente o devido processo legal, além das características/requisitos para decretação da prisão cautelar.

Pois, além de ser uma medida excepcional, a prisão preventiva possui o caráter de provisionalidade, na medida em que é necessário ser priorizada sempre a via menos gravosa, e que cause menor limitação ao direito de liberdade. Aliás, a prisão preventiva deve ser somente utilizada quando não for praticável a sua substituição por nenhuma outra medida cautelar. Igualmente cabe mencionar que sua decretação exige a presença dos requisitos *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, isto é, quando desaparecida a estrutura legitimadora das “fumaças”, deve-se cessar a prisão imediatamente (BADARÓ, 2015, p.960; LOPES JÚNIOR, 2014, p.578).

Sendo assim, a colaboração premiada, prevista na Lei 12.850/13, possui o simples caráter de transformar, instrumentalizar um método ilegítimo, traço de produção de provas ilegais, em uma via “legalizada”. Apesar da prisão preventiva não possuir uma relação “natural” com o instituto da colaboração premiada, no entanto é inerente, que atualmente ambos possuem uma ligação na prática, possuindo o Estado-Acusador como instrumento de barganha o uso da prisão preventiva.

Ademais negociar uma delação/colaboração, quando o acusado está preso, lesa totalmente a característica da voluntariedade prevista no artigo 4º da Lei 12.850/13, além de afetar as percepções do acusado com a situação fática em que se encontra, rompendo com a paridade de armas.

Em complemento Lopes Júnior do mesmo modo, vem corroborar que a delação (colaboração) premiada via prisão preventiva, tem o escopo de pressionar/constranger o acusado para obtenção de confissões:

[...] degeneração das prisões cautelares [...] que vêm sendo usadas como um meio de constrangimento situacional para obtenção de confissões ou delações premiadas, que posteriormente serão usadas como provas [...] ou seja, uma releitura do modelo medieval, em que se prendia para torturar, com a tortura se obtinha a confissão, e, posteriormente usava-se a confissão como a rainha das provas (LOPES JÚNIOR, 2014).

Em síntese a utilização demasiada e abusiva de uma medida excepcional como as prisões preventivas e provisórias, detém claramente uma instrumentalidade chantagista de levar acusados, investigados, a fornecer e contribuir para produção probatória da acusação, mesmo que resultando em provas

ilegítimas. Mas para tanto vem sendo necessário a dispensa do ônus de produzir, do direito ao silêncio, e afastando-se o estado de inocência inerente a todo e qualquer sujeito (KARAM, 2009, p.40-41).

Logo, o discurso do punitivismo penal é a situação, onde se pode revelar com facilidade os intensos anseios, desejos, que buscam justificar a punição. Apesar de tal resultado não respeitar o devido processo legal, no entanto, ainda que característico dessa linguagem de combate à impunidade relaciona-se tal estratégia com os melhores objetivos, como segurança, diminuição de criminalidade.

Consequentemente tais discursos, mesmo que estejam revestidos das “melhores intenções”, ocultam o manifesto desejo daquilo que verdadeiramente se busca, ou seja, o desejo do controle (de alguns sujeitos determinados), o “poder” de definição do bem jurídico que requer maior proteção, consequentemente que receberá maiores punições (ROSA, AMARAL, 2017, p. 55).

Neste norte, os anseios punitivos os quais buscam atropelar/enfraquecer direitos e garantias individuais, sob a ilusória perspectiva de o sistema penal atingir a diminuição da criminalidade. Conjuntamente a isso se intenta alcançar o controle da violência, utilizando-se como instrumento para tal resultado, a expansão do poder punitivo como mecanismo que visa punir com maior severidade (determinados sujeitos), mostra-se a confirmação de uma cultura punitivista que possui como escopo, a inversão de direitos fundamentais, como a liberdade, e substituí-la, pela segurança, invertendo as premissas do Estado Democrático de Direito (KARAM, 2009, p. 4-6).

Portanto, identifica-se que a decretação da prisão preventiva como método para pressionar/constranger (ou até mesmo torturar) o investigado, possui o escopo de exclusivamente possibilitar uma “negociação” de delação premiada, frente a redução de possibilidades/perspectivas para o investigado. Ainda possuindo um discurso maniqueísta na busca do inimigo, que visa simplesmente justificar o abuso de poder, e atropelo de direitos e garantias individuais, frente ao discurso de prevalência do interesse público (LOPES JÚNIOR, 2016, p.36).

Esse fato recrudescer a superfície de legalidade perpassada sobre os crimes de Estado, e que neste caso em especial contam com a atuação beligerante de agentes públicos, os quais se encontram submergidos na missão de combater a corrupção no país e acabam por não vislumbrar as violações

cometidas pelos entes públicos.

Assim, a tortura psicológica enquanto instrumento de coerção, por meio da prisão, acaba por sustentar delações/colaborações completamente alijadas do devido processo legal e ao mesmo tempo confirmam a institucionalização dos crimes dos poderosos nas vias processuais penais brasileiras.

#### 4. OS DISCURSOS QUE VISAM LEGITIMAR A DELAÇÃO PREMIADA VIA PRISÃO.

O atual cenário criminal brasileiro, no qual é característico a presença de uma cultura punitivista, onde verifica-se, principalmente a partir das mídias de grande massa, uma naturalização diária da violência. Sob este prisma em tempos nebulosos, em que fascismos e pensamentos autoritários prosperam, ganham protagonismo discursos que visam legitimar práticas persecutórias ilegítimas, características dos antigos métodos da inquisição (ROSA, AMARAL, 2017, p.80).

As pulsões autoritárias presentes em instituições como Ministério Público, Polícias e Judiciário, são corroboradas em parcela de seus agentes, quando esses emanam discursos populistas frente ao senso comum, na busca de distribuir punições em larga escala. Deste modo criando-se para a sociedade papéis de heróis, pois combatem a corrupção, independentemente de quais direitos e garantias venha a ser aniquilados.

Arrisca-se afirmar que a dinâmica das megaoperações policiais e seus megaprocessos nada menos arbitrários, vertidos sob o slogan do “combate à corrupção” – que a justiça criminal brasileira apreendeu a importar tardiamente, pouco importando ao menos se questionar o que tais práticas acarretam de concreto nas experiências dos países que as realizaram (ROSA, AMARAL, 2017, p.81).

Em megaoperações tal como a midiática operação “lava-jato”, o discurso de combate a corrupção/impunidade de criminosos é o mais eloquente. No entanto ao utilizar-se de forma frequente o instituto da delação premiada, não caberia a adoção do discurso de combate à impunidade. Pois ao se dispor da delação premiada, o Estado está justamente promovendo a impunidade do delator, ainda o recompensando pela conduta traidora, senão ainda lhes aplicando punição inferior à qual seria legalmente submetido (KARAM, 2009, p.40).

No processo penal do espetáculo cessa o consenso, isto é, rompe a formação dialética que vislumbra a solução do caso penal a partir das atividades

das partes, sobrepondo pelo discurso dirigido e construído, pelos meios de comunicação de massa para agradar às maiorias de ocasião. Consequentemente vislumbram que para solucionar os mais diversos e complexos problemas de impunidade e corrupção, direitos fundamentais são como obstáculos à eficiência do Estado (CASARA, 2015, p.12).

Nesse quadro, delações premiadas (que, no fundo, não passam de acordos entre “mocinhos” e “bandidos”, em que um criminoso é purificado – sem qualquer reflexão crítica – e premiado com o aval do Estado), violações da cadeia de custódia (com a aceitação de provas obtidas de forma ilegítima, sem os cuidados exigidos pelo devido processo legal) e prisões desnecessárias (por vezes, utilizadas para obter confissões e outras declarações ao gosto do diretor) tornam-se aceitáveis na lógica do espetáculo, sempre em nome da luta do bem contra o mal (CASARA, 2015, p.13).

Em pelo menos quatro pareceres em *Habeas Corpus*, a Procuradoria Regional da República da 4ª Região, defendeu a utilização e manutenção da prisão preventiva, como método de segregação do acusado, ou seja, para que tal prática influencia-se em uma possível “colaboração premiada”.

Nos quatro pareceres em *Habeas Corpus*, os textos que foram obtidos pelo Consultor Jurídico (Conjur) em novembro de 2014, apresentaram redações bastante parecidas. As mudanças evidentemente são referentes, a narração dos possíveis delitos praticados por cada réu, e alguns detalhes presentes na redação da parte dispositiva (CONJUR, 2014).

Segundo o parecer de mérito enviado ao Tribunal de Regional Federal da 4ª região, o Procurador da República Manoel Pastana afirma: que a fim de garantir a preservação das provas é viável a determinação da prisão preventiva “consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos” (MPF, 2014).

Em Complemento:

A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que os investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso dos pacientes, que lidam com o pagamento a vários agentes públicos, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos (MPF, 2014).

Não por acaso, nos discursos punitivistas/populistas, que emanam de

grande parcela dos agentes públicos, no qual verifica-se, o direito processual penal como um instrumento de coação e violação de liberdades individuais. Pois na urgência por respostas instantâneas (além da própria vontade de punir), vislumbram alcançar a utópica “verdade”, através da mitigação de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, não é admissível em um processo penal democrático, agentes estatais que visam a aceleração das regras do jogo processual. Por conseguinte, que em suas práticas persecutórias promovam a objetificação do acusado, ademais cometam toda e qualquer conduta violatória, sob a justificação de um discurso falacioso de impunidade, na ambição por alcançar e concretizar a imaginária “verdade real” (KHALED JÚNIOR, 2016, p.162).

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório, como 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 (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos) e com a figura do juiz ator (inquisidor) (LOPES JÚNIOR, 2010, p.260).

O instituto da delação (colaboração) premiada, “são apresentadas à sociedade como instrumentos neutros de combate ao crime, mas, a verdade, escondem a perda da superioridade ética do Estado, que, ao violar a lei e afrontar os direitos fundamentais (sob o argumento de ‘combater o crime’), acaba por se igualar ao criminoso” (CASARA, 2015, p.17).

A ligação entre prisão e liberdade, apresenta uma manifesta relação de poder, quando o Estado compreende a dimensão de tal poder, e dispõe de discricionariedade, ou seja, quando julgar oportuno utilizar-se da prisão, como instrumento que visa auxiliar na investigação e produção probatória, acaba-se revelando exercícios arbitrários e abusivos do poder de punir por parte de um Estado que perde seu *status* de imparcialidade.

Contudo verifica-se a parcialidade na utilização da delação premiada, pois não são quaisquer investigações que são submetidas a tal instituto. Pois na realidade a delação tem como finalidade a confirmação das convicções por parte do inquisidor, desse modo, servindo ao juízo como provas que corroboram decisões já anteriormente tomadas.

Embora nenhuma sentença condenatória possa ser proferida, sendo baseada exclusivamente nas declarações do colaborador, devendo ser corroborada por outras provas, é nítido a atual relevância desse instituto. Pois

“a delação acaba por se tornar atualmente o eixo sobre o qual gira um novo regime de verdade no processo penal brasileiro. A sua importância é evidenciada, portanto, pela tamanha submissão a qual tanto a investigação quanto a sentença devem a ela obedecer” (ROSA, AMARAL, 2017, p.90).

São muitos os discursos que visam a manutenção das estruturas de poder, no entanto são necessários alguns questionamentos. Quem possui o privilégio de cometer os crimes de corrupção/colarinho branco no Brasil? “Homens de poder”, quem julgará e investigará os crimes desses poderosos? Outros ocupantes de cargos/espacos de poder? (BUDÓ, 2017, p.223).

Quais serão os privilegiados que lhe serão oportunizados os prêmios da “colaboração premiada”? Tais como perdão judicial, redução de pena, ou ainda imunidade para si e seus familiares. Quem poderá efetivamente colaborar para investigação criminal de forma verdadeiramente voluntária/espontânea? Isto é, não serem submetidos a vivenciar as torturas diárias presentes nas prisões brasileiras, para serem influenciados na vontade de delatar?

Por fim, discursos que emanam de determinados agentes estatais, que ocupam espaços de poder como membros do Judiciário e Ministério Público. No qual expressam oralmente em entrevistas, ou ainda em pareceres escritos, a utilização da prisão para segregar e influenciar a vontade de colaborar do acusado, acaba-se revelando realmente suas “versões”, cultura a qual concebem na “busca pela verdade” a todo e qualquer custo.

## 5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa apresenta como objetivo discutir e analisar o instituto da delação (colaboração) premiada, no qual é consabido a sua relevância nas atuais investigações criminais brasileiras, principalmente após o advento da Lei 12.850/13. No entanto busca-se questionar a razão da banalização do uso desse instituto nas práticas investigativas, mas especialmente a negociação de uma delação quando o acusado está em situação de privação de liberdade.

Porém, questiona-se aqui os crimes estatais, em especial aqui a tortura, mas não a nível somente físico, mas sim psicológico. Em outras palavras, ao exercer um modelo baseado na combinação entre prisões e delações, o Estado tenta legitimar, por vias legais, a tortura psicológica de seres humanos como algo legítimo no processo penal.

Desta forma, compreender os discursos que emanam dos operadores

do direito e agentes estatais, que defendem a necessidade de relativizar ou até mesmo aniquilar direitos e garantias individuais em prol do combate à corrupção, assim discutir quais as munições e estratégias o Estado-Acusador possui, e está disposto a utilizar na produção probatória em determinadas investigações.

Portanto constata-se os efeitos perversos de uma cultura da punição/mentalidade inquisitória, quando se busca meios “legais” de mitigar direitos e garantias individuais, pois, à medida que agentes estatais defendem oralmente ou em pareceres escritos condutas violatórias. Através de discursos maniqueístas de prevalência do interesse público, como argumentos para a busca do inimigo, visando simplesmente justificar o abuso de poder, e atropelo de direitos e garantias individuais.

Tais condutas como a degeneração da prisão preventiva, uma medida excepcional que acaba tornando-se regra, pois é um instrumento que visa pressionar, chantagear, ou seja, “influenciar” na vontade de uma “colaboração” para com a gestão probatória da acusação. Deste modo revela-se a qual cultura esses sujeitos estão realmente inseridos.

Os discursos de combate a corrupção/impunidade, mais precisamente, a busca por “justiça”, independentemente das regras processuais, direitos que venham a ser sacrificados sob a ilusória perspectiva de o sistema penal atingir a diminuição da criminalidade, tais como: direito a não se auto-incriminar, presunção de inocência, ônus da prova, revelam o modelo de justiça criminal brasileira, enraizado em uma matriz inquisitorial.

O atual cenário criminal brasileiro, a delação (colaboração) premiada traz uma nova modalidade, diferente do processo penal tradicional, ou seja, há uma negociação de pena sem processo. Criando-se assim uma Justiça criminal negociada, sem que as regras que cabem de forma intrínseca a cada parte estejam claramente estabelecidas.

Posto isso, não podendo tal modelo estar simplesmente disciplinado e adstrito pela Lei 12.850/13, pois tais negociações acontecem a margem do controle jurisdicional, podendo assim, acontecer ameaças, blefes e jogos sujos (como a prisão para influenciar uma possível delação). Ademais deixar o poder nas “mãos” do Ministério Público, que pode optar por não oferecer a denúncia, mostra-se que o Estado define quais crimes receberão maior persecução.

Por fim, com base no exposto conclui-se que o problema em questão

não está somente nos diplomas legais, mesmo que contenham “imperfeições”, incompatíveis para que um processo seja respeitador das garantias e direitos individuais. Tampouco na relação da prisão preventiva com a colaboração premiada, mas o verdadeiro problema está na mentalidade punitiva dos operadores, que se utilizam de normas para satisfazer suas vontades e anseios subjetivos por “justiça”.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em 07 de setembro de 2017.
- BRASIL. Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>. Acesso em 07 de setembro de 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARAK, Greg. The crimes of the powerful and the globalization of crime. **Revista Brasileira de Direito**. v. 11, n. 2, p. 104 – 114, jul-dez. 2015.
- BUDÓ, Marília De Nardin. Danos silenciados: a banalidade do mal no discurso científico sobre o amianto. **Revista Brasileira de Direito**. v. 12, n. 1, p. 127 – 140, jan-jun. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Volume 2. Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda; Paula, Leonardo Costa de; Silveira, Marco Aurélio Nunes da (Org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- CASARA, Rubens Roberto Rebelo. **Processo Penal do Espetáculo**: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. 1. ed. – Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.
- CONSULTOR JURÍDICO. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prises-preventivas-forcar-confissoes>>. Acesso em 15 de setembro de 2017.
- DIAS, Felipe da Veiga. A violência (mortal) do Estado contra crianças e adolescentes: um estudo a partir do retrato midiático do caso Jhonata Dalber Mattos Alves. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 25, vol. 130 – abril, 2017.
- KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o Desejo da Liberdade e Conter o Poder Punitivo**. Vol. 1. Escritos sobre a Liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2 ed. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2016.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- \_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal**: (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2017.

O GLOBO. Denúncias de tortura no Brasil cresceram 129% nos últimos 3 anos: até chegar à Justiça, crime cometido por agentes públicos vira lesão corporal ou abuso de autoridade. 2014. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/brasil/denuncias-de-tortura-no-brasil-cresceram-129-nos-ultimos-3-anos-12050252>>. Acesso em: 03 de setembro de 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da, AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição: A ostentação do horror**. 3.ed. Rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. Más allá de la criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA, Iñaki (Coord.). **Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social**: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthopos, 2014. p. 35 – 80.

## AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Gabriel Siqueira dos Santos<sup>1</sup>

Rejane Alves Arruda<sup>2</sup>

**RESUMO:** A pessoa presa ou detida pela prática de um crime com sua liberdade privada merece ser levada a uma autoridade competente, visando resguardar seus direitos previstos na Constituição Federal, para isso criou-se a audiência de custódia, que, de modo geral, garante ao preso autuado em flagrante delito, de ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade competente para que esta, na ocasião, verifique a necessidade da manutenção da custódia cautelar e, ainda, se houve algum tipo de abuso por parte da autoridade policial no momento da prisão ou mesmo imediatamente após, garantindo o princípio da ampla defesa, do mesmo modo objetivando a efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário. A problemática encontra-se na questão “Se o preso não está com o seu direito cerceado”. Para realização da pesquisa utilizar-se-á do método dedutivo e o procedimento será o analítico, servindo-se de pesquisa referência bibliográfica e documental e para a elaboração do estudo se utilizará materiais relativos à audiência de custódia, sendo eles: doutrinas, direito comparado, tratados internacionais e atualizações jurídicas dos julgados sobre o presente tema. O objetivo, assim, do presente artigo é apresentar sobre o importante sistema de justiça criminal no que se refere aos que gozam do princípio da inocência, bem como o abuso desarrazoado da detenção provisória, ignorando o direito constitucional em seu devido processo legal e privando o direito de ir e vir. Por fim, apontará os possíveis resultados benéficos e maléficis, mormente aos direitos do acusado que estão sendo violados pelo Estado, no mais, verificará a implementação da audiência de custódia no sistema processual penal e seus procedimentos a serem tomados, além de observar o uso dessa ferramenta para o controle da aplicação da restrição de liberdade pela prisão provisória, demonstrando assim que a matéria é de grande divergência, tanto doutrinária como jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito fundamental, prisão, processo penal, audiência de custódia, julgados

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O sistema brasileiro enfrenta vários problemas no cenário atual, a superlotação e a insalubridade são alguns deles. O meio degradante ao qual o

1. Acadêmico do Curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. Endereço eletrônico: gabriel\_siqueirasantos@outlook.com
2. Doutora e Orientadora Rejane Alves Arruda. Endereço eletrônico: rejane.arruda@hotmail.com

detento é exposto fere a dignidade humana e sua integridade física e moral, estas dentre algumas de suas garantias que são postergadas enquanto está recolhido ao cárcere.

Diante da situação exposta o Partido Socialismo e Liberdade teve a iniciativa, através de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de pleitear o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais da população carcerária, sendo esta caracterizada por um estado de coisas inconstitucionais e um os fatores que resultaram essa situação são as ações omissivas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em seu nº 347, ou seja, a arguição que elucidou a audiência de custódia foi uma medida que começou a ser utilizada em 2015, dessa maneira, determinou ao Estado que o preso em flagrante seja apresentado diante a autoridade judiciária em até 24 horas, contadas a partir do momento da prisão, e também que a audiência de custódia seja realizada em até 90 (noventa) dias, possibilitando seu comparecimento e também permitindo que haja maior contato pessoal entre o juiz e o detido em flagrante.

Os pactos e tratados dos quais o Brasil é signatário, juntamente com o Projeto de Lei do Senado Federal de nº 554/2011 e com a ADPF nº 347, foram passos importantes na geração da audiência de custódia. Consta que o segundo foi responsável por promover a alteração do artigo 306 do Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, em seu parágrafo primeiro que mostra sobre a apresentação do preso em flagrante dentro de vinte e quatro horas perante o magistrado. Ainda assim, o projeto ainda não foi aprovado pelo Congresso Nacional, fazendo com que alguns estados, como São Paulo, adotem as medidas da audiência de custódia, entendendo ser uma garantia emanada pelo Pacto de San José da Costa Rica, adotando-se o mesmo com equivalência suprallegal (LIMA, 2016).

Como forme os fatores supramencionados, outro foco de debate é a aproximação da relação juiz-presos, estudando-se a oportunidade de a audiência de custódia viabilizar esse contato mister que permite que o indiciado fique próximo do processo. O que acontece em nosso país é que o primeiro contato do preso com o juiz se dá, por vezes, após anos, visto que o interrogatório é o último ato a ser feito, o que faz com que uma prisão ilegal seja apurada depois do processo instaurado e após muito tempo decorrido. Por isso, a audiência de custódia pode evitar estes equívocos, pois no momento

da prisão já apura se houve tortura ou outro tipo de violência na condução do paciente, por exemplo.

As muitas colaborações para a efetivação da audiência de apresentação no país, o Conselho Nacional de Justiça, juntamente com outros órgãos, teve grande atuação no projeto Audiência de Custódia, fazendo com que o mesmo se concretizasse.

## 2. PREVISÃO LEGAL

A Audiência de Custódia encontra-se prevista em tratados internacionais em que o Brasil é signatário, como o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York. Cumpre salientar que os referidos tratados possuem status de normas suprallegais, conforme entendimento já consolidado no STF.

Vejamos o art. 7º, item 5 e 6 do Pacto de San José da Costa Rica:

*Artigo 7. Direito à liberdade pessoal*

[...]

*5. 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 e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*

*6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.*

Além demais, obtém trazer à baila o disposto no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York

ARTIGO 9

[...]

*3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas*

*que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.*

*4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.*

No contexto nacional, a Audiência de Custódia ainda não encontra respaldo legal. Diante da ineficiência legislativa, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução Nº 213 de 15/12/2015, que entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016. Tal documento determinou que todos os Tribunais de Justiça e Federais realizem a audiência em estudo. Observamos:

*Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, 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.*

*§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.*

*§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.*

Portanto, com adesão aos pactos internacionais o Brasil trouxe e implementou uma nova maneira de tratar o preso de uma forma mais digna e justa, disponibilizando-o contato direto e imediato com o juiz.

## 2.1. CONCEITO

Em relação à conceituação da audiência de custódia, expõe Lima (2016), Lopes Junior e Paiva (2015) no sentido de explicar e conceituar como uma audiência “*sem demora*”, na visão dos autores a audiência deverá ser realizada após a prisão em flagrante, esta permitindo o contato do preso (acompanhado de defensor público, dativo ou constituído) com o juiz e com o Ministério Público. Os autores ainda afirmam no sentido de que a audiência de custódia serve como um mecanismo de apuração de infrações e ilegalidades, fazendo cessar os atos de maus tratos e tortura, provenientes do ato de prisão do paciente quando apresentado ao juiz, este podendo conforme o caso, relaxar a

prisão. Todas essas alternativas visando

reforçar os princípios de eficiência e legalidade, fatores basilares do sistema de justiça criminal.

O autor Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016) conceitua a audiência de custódia ou interrogatório de garantia como uma autodefesa, onde o suposto autor do fato pode expor suas razões para o cometimento de tal delito, além disso o paciente possui o direito de ser apresentado imediatamente a um juiz que avaliará sua prisão, fazendo com que seus direitos fundamentais sejam assegurados. Por fim o autor discorre que a audiência de custódia é “meio de controle judicial acerca da licitude das prisões.”

Já para Nucci (2016, p. 1118), a audiência de custódia é definida como:

[...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento.

Temos também a definição do Conselho Nacional de Justiça:

Projeto Audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento de medidas alternativas ao cárcere, garantindo que presos em flagrante sejam apresentados a um juiz de Direito, em 24 horas, no máximo.

Nota-se que a definição de audiência de custódia feita por Nucci (2016) e pelo Conselho Nacional de Justiça estabelece o espaço de tempo de 24 horas após a prisão em flagrante, diferentemente de, por exemplo, Lima (2016), Loper Junior e Paiva (2015) que diz que para a realidade de nosso país não seria possível se cumprir esse prazo, e ainda, sugestiona o prazo de 72 horas, adequando-se a realidade brasileira.

O autor Alexandre Cebrian Araujo Reis (2016, p. 476) define audiência de custódia como o procedimento no qual o juiz deve dar seu aval sobre a prisão ou concessão de liberdade provisória, baseando-se na cópia do auto de prisão em flagrante. O mesmo ainda discorre no sentido de que a audiência de custódia também chamada de audiência de apresentação implantou-se em “unidades da federação” – isto quer dizer, não é uma medida utilizada por todo país – através de atos provindos do Poder Judiciário, sendo um procedimento obrigatório e que deve ser seguido em até

24 horas, necessitando de deliberação do Ministério Público e do defensor no sentido de manter a prisão ou não.

Vê-se com o exposto acima que quanto à conceituação da audiência de custódia não há uma grande divergência de pensamento, diferentemente de outros aspectos relativos ao tema. A previsão legal da audiência de apresentação sofre controvérsias, como também a recepção da audiência de custódia no sistema processual penal brasileiro é uma grande questão a ser dirimida, pois há defensores para o sim e para o não, e todo esse acumulado de ideias dispares reflete-se na jurisprudência, que decide tanto para a nulidade processual quando não houver o procedimento, quanto para um ato dispensável que não gera nenhum efeito negativo.

## 2.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana, como um atributo de toda pessoa humana, é um valor em si absoluto, sendo fundamental para a ordem jurídica, pois, como o fundamento dos direitos humanos é também a condição prévia para o reconhecimento de todos os demais direitos, devendo sua presença na Carta Magna ser uma condição “sine qua non” para a validade do contrato social, tudo pelo motivo de ser este princípio fundado no respeito mútuo entre os seres humanos e ser esta a condição mínima para a existência dos nichos sociais, sendo assim sempre ocupou um lugar de destaque no pensamento filosófico, político e jurídico, inclusive tendo sido positivado por inúmeras constituições.

A República Federativa do Brasil em comparação aos Países do velho mundo, ainda, é uma nação em construção que labuta na resolução de suas necessidades essenciais, este Grande País desde sua primeira Carta em 1824 tem trazido a tonante do princípio da dignidade da pessoa humana à suas páginas, mas como o conceito da dignidade da pessoa humana é histórico e em termos sofre uma construção através do tempo e, por conseguinte as oito Constituições Brasileiras não foram uníssimas na sua valoração.

O ato de humanizar, ou seja, tornar tolerável a prisão é um obstáculo a ser vencido, o Brasil há de evoluir muito para permitir que isso aconteça, pois quando se fala em ilegalidade da prisão não é somente com a audiência de custódia que irá se sanar esse problema, serão necessárias outras medidas para que realmente surta efeito tudo o que foi idealizado.

Observando-se o exposto acima se vê que a discussão e oposição de pensamento quanto ao espaço de tempo afirmado na expressão “sem demora” e quanto ao cabimento da audiência de custódia é díspar. Causando uma multiplicidade de decisões sobre o mesmo tema, gerando inconstância diante de casos análogos.

## 3. RECEPÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

A audiência de custódia em competência de outros Poderes, pois a medida visa à organização administrativa dos mesmos, devolvendo ao paciente seus direitos básicos e também evitando prisões ilegais, e todos esses fatores refletindo-se no problema de superlotação carcerária.

No mesmo sentido Ricardo Lewandowski (presidente do STF) ressaltou que o Brasil está em quarto lugar, na escala de países com maior população carcerária do mundo (dados negativos para nosso país), que só perde para os Estados Unidos, China e Rússia. Com isso, defende a realização das audiências de custódia, que as mesmas representam uma evolução para nosso sistema, visto que metade dos presos que foram submetidos à audiência de apresentação tiveram suas prisões relaxadas, obedecendo requisitos para concessão, como a conduta de menor potencial ofensivo. Ainda se ressaltou a importância da efetividade da audiência de custódia e sua representação positiva no ordenamento jurídico e nos cofres públicos.

Para Lima (2016), a audiência de custódia tem grande importância em nosso sistema processual penal, pois permite uma visão multifocal sobre as conversões das prisões em flagrante, ou seja, permite que haja maior observância sobre a necessidade ou não de manutenção de prisão cautelar. Frisando, ainda, a importância do contato juiz-presos para a resolução dos conflitos. A título de conhecimento, fez-se uma pesquisa de campo em São Paulo, está tendo como resultado de que após a implementação da audiência, entre 25 presos em flagrante, 17 foram postos em liberdade provisória e somente 8 tiveram suas penas convertidas em prisões cautelares. Ou seja, há uma diminuição significativa de presos em situação de cárcere.

Lopes Junior e Paiva (2015, p.2), no mesmo sentido, fazem elogios à audiência de custódia, afirmando que a mesma trás segurança ao controle judicial, assim, evitando que se façam prisões de modo ilegal e ainda garantindo o direito de liberdade, vida e integridade física ao preso. Os autores

ainda discorrem sobre a aceitação da audiência de custódia, explicando que o olhar de preconceito e pré-conceito que temos de presos poderá substituir-se por um olhar a um ser humano comum, de carne e osso. Ainda ressaltam a importância do contato humano juiz- detento, porém com uma ressalva de que não basta que o flagranteado seja apresentado ao juiz após a prisão, mas ele deve ser ouvido, deve prestar sua declaração (LOPES JUNIOR; PAIVA; 2015, P.2).

Em contrapartida Nucci (2016, p. 1119) faz críticas à audiência de custódia, ressaltando seus aspectos negativos, expondo sobre os motivos para seu surgimento, afirmando que:

[...] sabe-se haver a velha política criminal para “dar um jeito” na superlotação dos presídios, sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas. E surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz *veja* o preso à sua frente, *ouça* as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva.

E, ainda, critica os percentuais, que apontam uma diminuição de 40% em prisões, afirmando que os juízes ao receberem o auto de prisão em flagrante nem leem ou leem com má vontade, assim, prevaricando, convertendo prisões em prisão preventiva e mais, que o juiz será escolhido a dedo pela Presidência do Tribunal, para realizar audiência de custódia e soltar o maior número de detentos (NUCCI, 2016, P. 1119).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio desse trabalho, se verifica que a audiência de custódia representa um grande avanço em nosso sistema processual penal e ordenamento jurídico como um todo, com a mesma pode se criar um processo mais justo, permitindo que o preso tenha contato com o magistrado de forma imediata e permitindo também que o primeiro preste suas declarações e que o segundo possa apurar ilegalidades e tortura no ato da prisão, lembrando que esse contato só foi viabilizado pelos Pactos dos quais o Brasil é signatário que unindo-se ao advento da Lei 11.449 de 2007 alterou o artigo 306 do Código Processual Penal, acrescentando a audiência de custódia em seu parágrafo primeiro.

A discussão do tema gira em torno do questionamento sobre sua real efetividade no Brasil, os efeitos de sua implantação, a redução de custos para o governo e por último e muito importante, a observância dos direitos

do preso. Há que se levar em conta os avanços que a audiência de custódia juntamente com as

centrais penais alternativas trazem ao sistema legal do país, haja vista que implementando esses projetos poder-se-á ter um sistema prisional mais justo, onde os direitos fundamentais do preso sejam observados.

A audiência de apresentação permitiu que em havendo alguma ilegalidade ou se o detento praticar uma conduta de menor potencial ofensivo pode o mesmo ser liberado após a audiência de apresentação, evitando, assim, o encarceramento e evitando também a superlotação e o mais importante, preservando o direito a liberdade que todo ser humano tem.

A divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto em tela reflete a preocupação de autores e magistrados quanto à eficácia da audiência de custódia, se esta medida é a mais adequada para solucionar problemas como a superlotação e se o contato do preso com o juiz será efetivo e trará mudanças positivas e por fim e não menos importante, se realmente os direitos do preso serão observados.

#### REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 15 jul. 2016. **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. San José,
- Costa Rica, 22 de nov. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- \_\_\_\_\_. **Tudo o que você precisa saber sobre Audiência de Custódia**, disponível em: <https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/414730318/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia>
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 592. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília. 1992.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 678. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília. 1978.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689. **Código de Processo Penal**. Projeto de Francisco Campos. Brasília. 1941.
- \_\_\_\_\_. Sexta Câmara Criminal. **Recurso de Habeas Corpus**. HC nº 0064910-46.2014.8.19.0000, 2015. Relator Des. Luiz Noronha Dantas. Rio de Janeiro, 25 jan. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/decisao-audiencia-custodia-tj-rj.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.
- \_\_\_\_\_. Diário de Justiça Eletrônico. **PROVIMENTO CONJUNTO Nº 03/2015** – Audiência de Custódia. Disponível em: <[http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=65062](http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062)>. Acesso em: 10 jun. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Provimento Regula Procedimentos nas Audiências de Custódia em São Paulo**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=25447>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240 São Paulo**. Relator Min. Luiz Fux. São Paulo, 20 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

COSTA, Thiago. **Audiência de custódia – avanço ou risco ao sistema acusatório?**. Disponível em: <<http://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

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

## O ATO DE COLABORAR COMO FONTE DE PROVA OU MEIO DE PROVA: OBSERVAÇÕES SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

Fábio Agne Fayet<sup>1</sup>

Andersson Vieira Carvalho<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo versa sobre o instituto da colaboração premiada, previsto na Lei nº 12.850/13 e como é aplicado no âmbito do processo penal brasileiro. Aborda como problema de pesquisa a falta de clareza no texto de lei a respeito da valoração da colaboração premiada, questionando se o instituto é fonte de prova ou meio de prova, pois, a depender de como é aplicada, na prática, pode dar contornos e resultados diferentes ao processo e às partes. Em virtude da metodologia hipotético-dedutiva, a pesquisa apresenta como hipótese a verificação da possibilidade de a colaboração premiada ser utilizada como meio de prova no processo penal e servir à condenação de terceiros com base apenas nos relatos de agente colaborador. O texto é desenvolvido com base em doutrina e jurisprudência a respeito do tema, e aponta como exemplo elucidativo, decisão proferida pela 8ª Turma do TRF4, determinando a absolvição de réu que foi condenado com base em colaborações premiadas realizadas por terceiros.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal. Colaboração Premiada. Atividade Probatória.

### 1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.850/13, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com uma nova forma de contribuição do agente investigado ou acusado no processo penal, chamada de colaboração premiada. O mecanismo de colaboração com a justiça, apesar de não ser novo no ordenamento jurídico brasileiro, passou a ser conhecido pela sociedade e utilizado de forma mais corriqueira por atores jurídicos, sobretudo, nos últimos anos devido aos acordos firmados no âmbito de investigações policiais e processos criminais de grande repercussão no país (exemplo notório é a conhecida Operação Lava Jato).

1. Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUC/RS). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (Coimbra/Portugal). Professor de Direito Penal e Processo Penal do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha. Advogado Criminalista. E-mail: [prof.fabio@fayet.adv.br](mailto:prof.fabio@fayet.adv.br)
2. Acadêmico do 8º Semestre do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha. Monitor da Disciplina de Processo Penal II, sob a orientação do Professor Doutor Fábio Agne Fayet. Pesquisador no Grupo de Pesquisa e Extensão em Globalização, Direitos Humanos e Criminalidade, do Centro Universitário da Serra Gaúcha. Estagiário. E-mail: [anderssonvieira1@hotmail.com](mailto:anderssonvieira1@hotmail.com).

Frente às proporções tomadas pela criminalidade organizada, principalmente aquela voltada à prática de delitos de viés econômico em empresas públicas e privadas, os instrumentos probatórios tradicionais deixaram de ser aptos no enfrentamento e repressão a essa modalidade de criminalidade, abrindo espaço para que o instituto da colaboração premiada passasse a ser utilizado como o novo mecanismo na atividade probatória realizada no plano processual penal, mudando, com isto, alguns paradigmas da justiça criminal brasileira voltada à persecução de delitos financeiros.

Ocorre que, embora a Lei nº 12.850/13 determine diretrizes para a utilização e aplicação da colaboração, o instituto ainda não apresenta contornos bem definidos em várias questões, podendo ser questionado em diversos pontos, como, por exemplo, no tocante à valoração que é dada aos relatos trazidos por agentes colaboradores, independente do momento em que realizados. Assim é que, nesse prisma, a lei não estabelece se a colaboração é fonte ou meio de prova. Com isso, investiga-se, neste estudo, se a colaboração premiada, nos moldes previstos em lei, deve ser utilizada pelos magistrados como meio de prova ou fonte de prova à condenação dos agentes em conflito com a lei.

O método desenvolvido no presente texto é o hipotético-dedutivo, pois a hipótese levantada, a partir do problema de pesquisa, passa pela verificação da resposta se a colaboração premiada pode ou não ser utilizada como meio de prova; quanto à técnica de pesquisa utilizada, será a exploratório-bibliográfica, pois norteada por textos doutrinários e decisões judiciais a respeito do assunto.

Nesta medida, o estudo se desenvolve abordando, inicialmente, alguns elementos da colaboração premiada, oriundos da Lei nº 12.850/2013, para, na sequência, verificar qual a valoração que merece a colaboração premiada no atual cenário do processo penal brasileiro: se *fonte* de prova ou *meio* de prova, com o intuito de elucidar o limite da aplicação da colaboração no âmbito da persecução penal.

## 2. A COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI Nº 12.850/2013: DIGRESSÕES NECESSÁRIAS

Inicialmente, cabe salientar que o presente texto não pretende abordar o instituto da colaboração premiada de forma crítica, isto é, não serão realizadas considerações políticas, éticas ou morais acerca do assunto. Pelo contrário, a abordagem será apenas e tão somente em relação aos aspectos jurídico-dogmáticos do instituto da colaboração premiada previsto na Lei nº

12.850/13, de modo que, a exposição neste tópico possa dar suporte ao próximo tópico, e por consequência, à resposta ao problema de pesquisa suscitado.<sup>3</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, apesar da existência de outros institutos semelhantes à colaboração premiada anteriores à lei de 2013, em várias leis esparsas, foi apenas com a entrada em vigor da Lei de Organizações Criminosas ¾ Lei nº 12.850/2013 ¾, que o legislador deu contornos jurídicos à colaboração e sua forma procedimental, nos artigos 4º a 7º da referida legislação.<sup>4</sup> De plano, verifica-se que o legislador, nas hipóteses dos crimes cometidos por organizações criminosas, optou pela utilização do termo “*colaboração premiada*”, no lugar da expressão “*delação premiada*”, no intuito

3. A respeito de considerações críticas sobre a colaboração premiada, por todos, indica-se a exposição de Bittencourt sobre a colaboração premiada: “*Trata-se de instituto importado de outros países, independentemente da diversidade de peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam. O fundamento invocado é a confissão da falência do Estado para combater a dita “criminalidade organizada”, que é mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma “organização” ou “sofisticação” operacional da delinquência massificada. Como se tivesse descoberto uma poção mágica, o legislador contemporâneo acena com a possibilidade de premiar o traidor – atenuando a sua responsabilidade criminal – desde que delate seu comparsa, facilitando o êxito da investigação das autoridades constituídas. Com essa figura o legislador brasileiro possibilita premiar o “traidor”, oferecendo-lhe vantagem legal, manipulando os parâmetros punitivos, alheio aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade.*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosas**: lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116-117).
4. Como exemplo das legislações anteriores à Lei nº 12.850/13: “*A Lei nº. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro) foi a que por primeiro disciplinou o tema no art. 25 e § 2º (... “nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”). A Lei nº. 8.072/90 (crimes hediondos) dispôs no art. 8º e § único (“o participante e o associado que denunciar a autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”). A Lei nº. 8.137/90 (crimes tributários) estabeleceu no art. 16, § único (“nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”). A Lei nº. 9.034/95 que trata das organizações criminosas, hoje revogada pela Lei nº. 12.850/2013, disse no art. 6º (“nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”). A lei de proteção às testemunhas – a Lei nº 9.807/99 – dispôs mais longamente nos arts. 13 a 15 (“Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. § 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.”). Por fim, a Lei nº 11.343 de 2006, a lei de tóxicos, garantiu no art. 41 (“o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de um terço a dois terços.” (DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015, p. 15-17).*

claro de “suavizar a conduta do agente que “entrega” seu comparsa de prática delitiva, já que o termo delação se releva bastante carregado”,<sup>5</sup> embora na prática ambos tenham a mesma consequência: “premiar aquele que denunciou os outros coautores ou partícipes no empreendimento delituoso”.<sup>6</sup>

Em verdade, o termo colaboração premiada pode ser empregado como colaboração preventiva ou colaboração repressiva, a depender de como e quando ocorre.<sup>7</sup> Explica-se: a colaboração preventiva ocorre durante a fase de investigação criminal, e o acusado, além de confessar seus delitos para as autoridades encarregadas do acordo, evita que novas infrações venham a consumir-se; já a colaboração repressiva, em síntese, ocorre quando se verifica o auxílio concreto por parte do colaborador à atividade policial, trazendo provas contra os demais coautores, possibilitando, inclusive, suas prisões.<sup>8</sup>

Assim, independente do momento e da forma, pode-se dizer que o ato de colaborar significa, praticamente, a prestação de auxílio, cooperação, contribuição, de forma associada à expressão premiada, que representa a vantagem ou recompensa auferida.<sup>9</sup> De acordo Nucci, “o instituto (colaboração premiada), tal como disposto em lei, não se destina qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração”.<sup>10</sup> Com esse entendimento, o autor aponta tratar-se de verdadeira delação, no perfeito sentido de “acusar ou denunciar alguém”<sup>11</sup>, logo, sem diferença entre os termos delação e colaboração.

Especificamente sobre a previsão legal do instituto, a Lei de Organizações Criminosas instituiu, nos artigos 4º a 7º a colaboração premiada, trazendo uma série de requisitos e formas de procedimentos, os quais não serão objeto de detalhado estudo no presente texto, por questão de tempo e espaço. Portanto, cabe frisar que se deve observar, neste ponto, é que a colaboração premiada trata-se de negócio jurídico processual, onde as partes ¾ Ministério Público e colaborador ¾ firmam um pacto, prevendo benefícios ao colaborador, que variam entre imunidade de denúncia, perdão judicial, redução da pena, substituição

5. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 155.
6. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 155.
7. SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53.
8. SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53.
9. NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 3.ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 55.
10. NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 3.ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 55.
11. NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 3.ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 55.

por penas alternativas ou progressão antecipada de regime.<sup>12</sup>

Nesse sentido, a colaboração premiada, qualifica-se, então, como um acordo de vontades, que gerará efeitos tanto materiais, quanto processuais, caracterizando-se, sobretudo, pela discricionariedade do Ministério Público ou da autoridade policial, que podem propor o acordo e os efeitos que dele advirão.<sup>13</sup> Os resultados materiais são aqueles concernentes à aplicação da pena criminal, já os processuais, são os inerentes à cooperação do colaborador na atividade probatória, bem como a renúncia do direito ao silêncio e a implícita confissão.<sup>14</sup>

Com efeito, a colaboração premiada acaba sendo um *plea bargain* realizado à brasileira,<sup>15</sup> em virtude de a acusação e a defesa poderem realizar um acordo, lastreado apenas na confissão do colaborador e em eventuais elementos de informação pré-processuais.<sup>16</sup> Tanto é que, os objetivos firmados no

12. RODRIGUES, Paulo Gustavo. **A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal**: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 103-130, jan./abr., 2017, p. 122. Nesse ponto, Canotilho e Gomes bem sintetizam explicando o seguinte: “A colaboração pode começar por ser pactuada no período que vai até à prolação da sentença, antes ou depois do oferecimento da denúncia/acusação (art. 4º, §§ 1º a 4º, da Lei 12.850/2013). Nesta fase, podem as partes convencionar uma das seguintes três vantagens, de natureza penal, enunciadas no caput do art. 4º em termos alternativos (e não cumulativos) ou o perdão judicial; ou a redução da pena privativa da liberdade em até 2/3; ou ainda a substituição da pena privativa da liberdade por pena restritiva de direitos. Ainda nesta fase, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efectiva colaboração, o § 4º do art. 4º admite a atribuição de um benefício processual: a abstenção de oferecimento de denúncia. Se, pelo contrário, a colaboração só for acordada e efectuada após a sentença, nos termos do § 5º do art. 4º, “a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objectivos.” (CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 133, ano 25, p. 133-171, jul./2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 156).
13. COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017, p. 112. Em complemento a esse ponto: “A mobilização do instituto da colaboração premiada está dependente da verificação de uma pluralidade de condições e pressupostos de ordem material e processual e da obediência a específicos ritos processuais, todos eles legalmente tarimbados e insusceptíveis de derrogação ou ultrapassagem pelos sujeitos processuais intervenientes no pacto de colaboração premiada.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul., 2017, p. 147).
14. COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017, p. 108.
15. No tocante às comparações da colaboração premiada com a chamada “justiça negociada”, assumindo posição contrária a esse entendimento, aponta-se Canotilho e Brandão, que referem: “A colaboração premiada inscrita na Lei 12.850/2013 não se identifica ainda com outra realidade processual que em numerosos países tem feito o seu curso sob o rótulo de justiça negociada. Apesar de se tratar de um movimento inspirado na experiência norte-americana da *plea bargaining*, o seu acolhimento nos sistemas processuais de civil law tem ocorrido através da adopção de procedimentos que, formal e materialmente, se mostram completamente distintos do modelo norte-americano da barganha. Em ordenamentos continental que, à semelhança do brasileiro, assentando embora num paradigma acusatório são marcados por um princípio de legalidade ou da obrigatoriedade da promoção processual e assim pela indisponibilidade do objecto do processo e pela imutabilidade da acusação, os esquemas processuais penais de natureza negociada deixam de fora a delação de terceiros, circunscrevendo-se à confissão de crimes próprios.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul., 2017, p. 144-145).
16. RODRIGUES, Paulo Gustavo. **A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal**: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 103-130, jan./abr., 2017, 122-123.

acordo de colaboração premiada (verdadeiras cláusulas contratuais) não são, necessariamente, cumulativos, mas sim, alternativos e negociáveis, a depender do que o colaborador pode informar e quais as necessidades da investigação.<sup>17</sup>

Depois de firmado o acordo de colaboração, conforme estipulado em lei, ele deverá ser levado ao juiz, para a homologação e produção dos efeitos firmados entre colaborador e Ministério Público.<sup>18</sup> Assim, de acordo com Costa, “a atuação do juiz durante o curso da colaboração premiada (negociações, homologação e execução) é bastante pontual, marcada por duas atividades: a homologação e a apreciação da efetividade da colaboração na sentença”.<sup>19</sup>

Nesse ponto, aparece uma importante questão a respeito da colaboração premiada que reflete na atividade probatória (ponto do item subsequente): a efetividade dos relatos trazidos pelo colaborador. A relação de fatos informados pelo indivíduo que pretensamente colabora com a justiça deve ser eficaz para que se atinja um ou mais dos resultados esperados com a colaboração, do contrário, nenhuma benesse poderá ser concedida àquele colaborador.<sup>20</sup> Em resumo, a validade do ato resta subordinada à confissão do colaborador, que deve, por intermédio da colaboração, identificar demais coautores e partícipes do empreendimento criminoso, assumindo, inclusive, sua responsabilidade perante os delitos perpetrados pela organização criminosa.<sup>21</sup>

17. COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017, p. 136.
18. Conforme estipulado no artigo 4º, parágrafo 7º, da Lei n. 12.850/13, o acordo será remetido ao juiz para homologação: Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...] § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. (BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Brasília, 2 agos. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 20/10/2017).
19. COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017, p. 147.
20. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 164.
21. Nesse sentido, Mossin e Mossin explicam o seguinte: “É pressuposto fundamental para eventual obtenção da benesse legal que o “dedo-duro” “tenha colaborador efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal”. Tendo por via de consideração os termos investigação e processo judicial, a “colaboração” em espécie deve ocorrer, quer na fase investigatória, quer na judicial, ou seja, quando há processo-crime em curso. A primeira forma de colaboração deve ser “efetiva”. A mencionada colaboração está intimamente vinculada com o resultado decorrente da colaboração premiada. Assim, a denúncia feita pelo indiciado ou acusado terá que produzir um dos resultados concretos apontados nos incisos do dispositivo esquadrihado. Ademais, se o legislador prevê que da colaboração “advenha um ou mais resultados”, é evidente que a cooperação do delator deverá ser real, efetiva. Disso resulta, que a previsão de efetividade da delação poderia ser dispensada. De outro lado, não teria sentido conceder ao delator a benesse legal, se de sua colaboração não resultasse nenhum fruto de interesse das investigações ou mesmo da ação penal. Seria uma premiação sem causa antecedente que a justificasse.” (MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 161-162).

Além disso, tendo em vista que cabe ao colaborador trazer fatos verdadeiros em sua colaboração, caso os relatos trazidos sejam considerados inverídicos, após investigação realizada pelas autoridades competentes, o colaborador poderá ser enquadrado na infração penal prevista no artigo 19, da Lei 12.850/13.<sup>22</sup> Assim, como expõe Costa, “o colaborador não tem direito à mentira, sendo responsabilizado penalmente pelas informações falsas que revelar no âmbito de sua colaboração premiada”.<sup>23</sup>

É por isso que, a colaboração premiada deve ser verificada com certa cautela, pois, apesar de em muitos casos ser eficaz para, por exemplo, o desmantelamento de organizações criminosas e enquadramento de condutas, o intuito do colaborador, em verdade, nas palavras de Mossin, “não é absolutamente colaborar com a justiça, mas procurar conseguir algum prêmio ofertado pelo legislador”.<sup>24</sup> Além do mais, o autor aponta que “tendo em linha de consideração seu próprio caráter vicioso (da colaboração), que não recomenda confiabilidade, pode distorcer a verdade daquilo que realmente ocorreu em termos de atividade criminosa”.<sup>25</sup>

De outro lado, também importa abordar a questão da voluntariedade do colaborador no momento que decide firmar acordo de colaboração premiada, considerando que, também como a efetividade do ato, a voluntariedade pode refletir na atividade probatória.<sup>26</sup> Dessa forma, o ato empregado pelo colaborador, no sentido de colaborar com a justiça criminal, consoante expõe Bittencourt, “deve ser produto da livre manifestação pessoal do delator, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso”.<sup>27</sup>

Todavia, nesse ponto, adentra-se em questão delicada referente à

22. Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Brasília, 2 agos. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 20/10/2017).
23. COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017, p. 132.
24. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 202.
25. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 202.
26. Sobre a voluntariedade, Mossin refere o seguinte: “Do ponto de vista etimológico, voluntário é o mesmo que espontâneo. Logo, fica afastado de sua incidência quando o comportamento do indivíduo decorre de ato coativo, que, em sentido amplo, é incompatível com o direito, não podendo gerar nenhuma consequência no âmbito legal”. (MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 164).
27. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119.

colaboração premiada, pois há divergências doutrinárias no que tange à voluntariedade e validade da colaboração. Para Mossin, por exemplo, “plenamente válida é a entrega de outros companheiros do crime, quando orientada pelo defensor do indiciado ou acusado”,<sup>28</sup> pois, para o autor, “pode ser de conveniência da defesa a aquisição do prêmio prometido pelo legislador”.<sup>29</sup> Assim, conforme esse entendimento, apesar de instigada por outras pessoas, nessa situação não há ato coativo, e, por consequência, está presente a voluntariedade do acordo de colaboração premiada.

Não obstante, embora a colaboração premiada seja um instrumento relativamente novo no ordenamento jurídico, e com uma série de requisitos previstos em lei para a sua celebração, há que se atentar para o fato de que se trata de um mecanismo de mão dupla, perigosa ideia de custo benefício no processo penal brasileiro. Então, justamente por se tratar de “novidade” no sistema jurídico-penal brasileiro, a popularização desse mecanismo importa na realização de debates e considerações sobre a relevância que é concedida aos relatos do colaborador, e como isso reflete no processo penal brasileiro, desde a instrução processual até eventual sentença penal condenatória.

### 3. FONTE DE PROVA OU MEIO DE PROVA: AFINAL, QUAL A VALORAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO?

No que tange à atividade probatória e à colaboração premiada, cabe ter presente que a discussão proposta passa, forçosamente, pela avaliação relativa à natureza jurídica das palavras do agente colaborador no plano processual penal: se constituem-se em *fonte* ou *meio* de prova.

Pela leitura do artigo 3º da Lei nº 12.850/13, nota-se que o legislador colocou a expressão “meios de obtenção da prova”, e no inciso I, do mesmo artigo, a colaboração premiada como sendo um destes meios.<sup>30</sup> Ocorre que,

28. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 164.

29. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 164.

30. Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão admitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada; II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilo financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. § 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para con-

a expressão “meios”, *ab initio*, pode ocasionar uma confusão semântica ao intérprete e aplicador da norma. Assim, justificável que, neste momento, o estudo esteja voltado à compreensão da atividade probatória e à diferenciação entre meio e fonte de prova.

Inicialmente, a respeito de onde está situada a atividade probatória, cabe salientar que essa se dá durante o processo penal, que é o instrumento à disposição do Estado, para que proceda ao julgamento de indivíduos que, em certo momento, cometeram condutas consideradas ilícitas. Porém, para que se chegue à pena ou à absolvição ao final do processo, é imprescindível que, nesse *iter procedimental*, ocorra a reconstrução aproximativa dos fatos, nos dizeres de Lopes Jr.<sup>31</sup>

Essa reconstrução histórica dos fatos, cujo primordial objetivo é proporcionar ao magistrado o conhecimento a respeito das condutas que estão sendo processadas, é onde estão situadas as provas, que são os meios pelos quais será realizada a reconstrução do passado.<sup>32</sup> Assim, como expõe Lopes Jr., “é a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória”.<sup>33</sup>

Com isso, vale dizer que a prova possui uma função persuasiva dentro do processo, sobretudo o penal, pois sabendo que o Juiz desconhece ou que deveria desconhecer os fatos trazidos pelo *parquet*, será pela introdução destes elementos, que haverá a persuasão do julgador.<sup>34</sup> Até porque, para poder sentenciar e legitimar o poder decisório, mormente quando se trata de sentença condenatória, é imprescindível que o Juiz tenha chegado à certeza dos fatos, situação de que ocorrerá pelos meios de provas trazidos para dentro do processo.<sup>35</sup> Nesse sentido, oportuna a lição de Greco Filho:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca

tratamento de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. § 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno pela realização da contratação. (BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, 2 agos. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 20/10/2017).

31. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 348.

32. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 564.

33. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 352

34. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 175.

35. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 352.

a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza suficiente na convicção do magistrado.<sup>36</sup>

Com efeito, a prova pode ser diferenciada entre variados meios, que possam servir, de forma direta ou indireta à reconstrução dos fatos, e podem ocorrer através de documentos, perícias, testemunhos, dentre outras formas, previstas no Código de Processo Penal e demais legislações processuais penais.<sup>37</sup> Dessa maneira, os meios de prova, nos dizeres de Giacomolli, “são os mecanismos ou instrumentos processuais utilizados para introduzir no processo os elementos emanados das fontes de prova (perícia, documentos, reconhecimento, acareação, *v.g.*)”.<sup>38</sup>

Por outro lado, as fontes de prova são consideradas elementos que possam dar indicações sobre determinados fatos, mas que, diferente dos meios de prova, necessitam de comprovação, como é o caso da peça acusatória, que indica a ocorrência de fatos supostamente criminosos, mas não carrega prova suficiente à condenação.<sup>39</sup> Como fonte de prova, podem ser consideradas as pessoas (relatos) ou certos objetos (documentos), de onde, verificada a idoneidade da informação, poderão ser extraídas precisas indicações para a produção de determinada prova.<sup>40</sup>

Outrossim, a respeito da diferença entre meios de prova e meios de sua obtenção, oportuno apontar o conceito realizado por Bottino, ao dizer que os meios de prova são o “conjunto de instrumentos aptos a demonstrar a realidade dos fatos relevantes para o processo”,<sup>41</sup> e que os meios de obtenção, ou seja, as fontes de prova, são as “ferramentas empregadas na investigação e ulterior recolha de meios de prova, sejam fatos ou coisas”.<sup>42</sup> Em complemento ao exposto, traz-se entendimento de Taruffo, ao explicar sobre meios de prova a partir das seguintes palavras:

Os elementos de prova constituem dados cognitivos e informações, dos quais

36. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 220.

37. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 565.

38. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 173.

39. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 565.

40. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 173.

41. BITTAR, Walter Barbosa. **O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr., 2017, p. 243-244.

42. BITTAR, Walter Barbosa. **O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr., 2017, p. 243-244.

a verdade dos fatos em litígio pode derivar, se as interferências apropriadas desses forem extraídas e tais interferências conduzirem à verdade dos fatos controversos. Quando se alcança esse objetivo, porque há boas razões para crer que tal fato seja verdadeiro, então esse fato está “provado”, uma vez que confirmado pelos elementos de prova. Em certo sentido, em qualquer contexto processual “meio de prova” é tudo aquilo que pode ser usado significativamente para apoiar a prova de um fato. Em sentido estrito, estamos frente a um “meio de prova” somente se esse é relevante e admissível. Um elemento de prova que carece de relevância ou que é inadmissível em um caso específico não é elemento de prova em tal caso.<sup>43</sup>

Desse modo, pela diferenciação realizada, verifica-se que há diferença conceitual entre meio de prova e fonte de prova, sobretudo, no campo prático. Assim, trazendo ao debate a questão a respeito da valoração da colaboração premiada, inicialmente, é preciso ver que, pela leitura do parágrafo 16 do artigo 4º, extrai-se que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.<sup>44</sup>

É bem verdade que, conforme exposto no tópico anterior, a colaboração premiada tem como objetivo uma cooperação eficiente do colaborador (atingindo-se os resultados previstos em lei), todavia, isso não significa que, por mais seguros que sejam os relatos, seja possível que o magistrado condene outras pessoas apenas com base nos elementos da colaboração.<sup>45</sup> Dessa forma, considera-se que, mesmo que um membro de uma organização criminosa preste informações às autoridades, mas não traga nada além dos relatos, esses não passarão de elementos sem valor probatório quando considerados isoladamente.<sup>46</sup>

Por outro lado, também cabe frisar que a sentença penal condenatória, principalmente em delitos complexos, como aqueles praticados por organizações criminosas, deve estar assentada em premissas seguras. Significa dizer que, para que a presunção de inocência de alguém seja desconstituída, o édito condenatório deve estar lastreado em elementos probatórios angariados por intermédio do devido processo legal, e nunca com supedâneo apenas em elementos colhidos em depoimentos, ou, no caso, na colaboração premiada.<sup>47</sup>

43. TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 33.

44. Art. 4º [...] § 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. (BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Brasília, 2 agos. 2013. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 20/10/2017).

45. GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n. 12.850/12. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44.

46. GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n. 12.850/12. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44.

47. RODRIGUES, Paulo Gustavo. **A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal**: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista*

Nada obstante, sabe-se que, no processo penal brasileiro, os magistrados dispõem da livre convicção ou da persuasão racional, sistema que dá liberdade ao julgador de decidir livremente com base nas provas trazidas aos autos pelas partes, desde que de forma motivada.<sup>48</sup> Porém, apesar da liberdade que o magistrado dispõe, no caso de delitos envolvendo organizações criminosas e em processos em que há colaboração premiada, é defeso ao julgador proferir sentença condenatória lastreada somente em relatos de agentes colaboradores, ou seja, a regra prevista em lei configura limitação ao livre convencimento do magistrado.<sup>49</sup>

Assim, quando ausente a fundamentação legal e a demonstração pelo órgão julgador, de onde foram extraídos os elementos que dão base à colaboração premiada, a decisão será contrária ao previsto no artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal e ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.<sup>50</sup> Diante disso, a sentença penal condenatória, lastreada apenas na colaboração premiada, é passível de nulidade, pois, cabe ao julgador apontar elementos de convicção que o fizeram decidir pela condenação e que corroborem com a versão do agente colaborador.<sup>51</sup>

Nesse viés, como bem expressa Mossin, “nota-se que o legislador no dispositivo legal faz uso do verbo “será”, o que implica entender que é vedado ao magistrado sentenciar unicamente com base nas declarações do delator, mas que a prova dela emergente deverá ser ratificada por outros elementos de convicção”.<sup>52</sup> Insista-se, ainda, que atuando o Estado de forma contrária ao previsto em lei, por intermédio do magistrado, ou seja, permitindo e determinando a condenação de acusados com base unicamente na colaboração

*Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 103-130, jan./abr., 2017, p. 127.

48. LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 377-379.

49. BITTAR, Walter Barbosa. **O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr., 2017, p. 245.

50. Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. [...] (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal. Rio de Janeiro. 3 de out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 20/10/2017); 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 caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. [...] (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15/01/2017).

51. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 216.

52. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 214.

premiada de alguém, é, nos dizeres de Rodrigues, “o reconhecimento da inaptidão do Estado em conduzir um Processo Penal nos moldes definidos pelas regras constitucionais e legais”.<sup>53</sup>

De mais a mais, também é necessário notar que as palavras do colaborador podem trazer certo grau de vulnerabilidade, considerando que este pode lançar mão de relatos falsos, no intuito de se beneficiar com as vantagens do acordo firmado com as autoridades legais.<sup>54</sup> Até porque, embora possa ser dada certa fidelidade ao relato trazido por agente colaborador, são imprescindíveis provas concretas para embasamento dos relatos, independente se produzidas de forma oral, documental ou pericial.<sup>55</sup>

Além do mais, as palavras de um agente colaborador, sempre, devem ser tomadas com cautela, pois, a bem da verdade, a colaboração premiada é um ato de *traição* aos comparsas de crime (em troca de um benefício pessoal), e assim, como expressa Mossin, “à luz da realidade, o agente que adota essa maneira de agir, demonstra, de maneira inescusável, grande defeito de caráter, de personalidade, de vergonha”.<sup>56</sup> Ou seja, por esse entendimento, o agente que realiza o acordo de colaboração premiada  $\frac{3}{4}$  e que em regra torna-se parte no processo, na situação de acusado  $\frac{3}{4}$ , indubitavelmente pode manipular os fatos por ele apresentados, distorcendo narrativas, ocultando situações e até imputando crimes a terceiros não cometeram qualquer conduta criminosa ou integraram organizações criminosas.<sup>57</sup> Portanto, em virtude da suspeita em relação à colaboração premiada, os depoimentos prestados no âmbito da colaboração, de acordo com Bottino, “não se prestam, por si só, para embasar qualquer decisão judicial, seja ela uma sentença condenatória, seja uma medida cautelar, ou mesmo o recebimento de uma denúncia”.<sup>58</sup>

Nesse ponto, a fim de evitar falsas incriminações, Silva elenca cinco premissas que devem ser observadas pelo magistrado  $\frac{3}{4}$  depois de verificada a validade da colaboração premiada. São elas: “(1) a verdade da confissão; (2)

53. RODRIGUES, Paulo Gustavo. **A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal**: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 103-130, jan./abr., 2017, p. 127.

54. SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72.

55. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 215-216.

56. MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 214.

57. TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 65.

58. BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal**: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago., 2016.

a inexistência de ódio em qualquer das manifestações; (3) a homogeneidade e coerência de suas declarações; (4) a inexistência da finalidade de atenuar ou mesmo eliminar a própria responsabilidade penal; (5) a confirmação da delação por outras provas”.<sup>59</sup> Ou seja, para o autor, além do compromisso de o colaborador dizer a verdade e da tipificação penal que pode ser incurso no caso de relatos inverídicos, cabe ao juiz observar outras premissas para-legais, como, por exemplo, a bem destacada homogeneidade e coerências nas declarações.

Importante salientar, ainda, que a colaboração premiada não deve substituir a investigação, de modo que o acordo firmado e os relatos trazidos pelo agente colaborador tornem prescindíveis as atuações das autoridades. Portanto, sendo a colaboração premiada considerada fonte de investigação, e não meio de prova no processo penal, como argumenta Bottino, “necessário que as declarações de réus colaboradores somente sejam utilizadas como fundamento de uma decisão judicial quando a parte acusatória, pelos meios próprios de investigação e de forma independente, produzir outras provas com existência independente”.<sup>60</sup> Até porque, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, a ônus de provar algo no plano processual penal, é da acusação, logo, é preciso evitar, principalmente no âmbito das colaborações premiadas, “a hipervalorização do depoimento do delator”.<sup>61</sup>

Como elucidação do exposto até aqui, aponta-se a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, precisamente pela 8ª Turma, nos autos da Apelação Criminal nº 5012331-04.2015.4.04.7000/PR, em que dois dos Desembargadores Federais formadores da Turma, corrigindo sentença proferida em Primeiro Grau, votaram pela absolvição de determinado réu, que havia sido condenado com base apenas em colaborações premiadas.<sup>62</sup> Pelo contexto da decisão reformada, proferida em sede de Primeiro Grau no âmbito da Operação Lava Jato, verifica-se que houve equivocada interpretação e aplicação do texto legal pelo magistrado sentenciante. Conforme a decisão

59. SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 73-74.

60. BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago., 2016.

61. RODRIGUES, Paulo Gustavo. **A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 103-130, jan./abr., 2017, p. 127.

62. BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Apelação Criminal nº 5012331-04.2015.4.04.7000/PR. Relator Desembargador João Pedro Gebran Neto. Data de julgamento: 27/06/2017. Oitava Turma. Data da publicação: DJe 04/072017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF413104608>>. Acesso em: 22/10/2017.

proferida pela Segunda Instância, não é possível admissão de interpretação diversa à regra prevista no parágrafo 16 do artigo 4º da Lei nº 12.850/13.<sup>63</sup>

Sem embargo, também podem ser destacados trechos de recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a colaboração premiada não pode ser utilizada como meio de prova, e que, ao contrário, é apenas fonte para obtenção de prova:

a colaboração premiada é meio de obtenção de prova (artigo 3º da Lei 12.850/13). Não se placita – antes ou depois da Lei 12.850/2013 –, condenação fundada exclusivamente nas declarações do agente colaborador”<sup>64</sup>; “a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória”, razão por que não se constitui meio de prova propriamente dito”<sup>65</sup>.

Portanto, a colaboração premiada não figura como meio de prova no plano processual penal, pois, mesmo que realizada de forma voluntária e efetivamente traga resultados ao processo, como, por exemplo, indicações úteis às investigações, o instituto, por si só, é insuficiente como base à sentença penal condenatória. Ademais, tampouco podem ser burladas as regras investigatórias o ônus da prova pode ser invertido, transferindo ao acusado-colaborador a fonte da prova útil à condenação de terceiros, estimulando-o, assim, à traição e à realização de acordo de colaboração premiada, além de acabar produzindo prova contra si mesmo, contrariamente ao previsto no texto constitucional.<sup>66</sup>

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão ao presente texto, cabe recordar que o objetivo do estudo era realizar apontamentos a respeito do instituto da colaboração premiada, previsto na Lei nº 12.850/13, e especificamente, verificar as hipóteses levantadas nas linhas introdutórias, a fim de saber se a colaboração premiada, nos

63. BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Apelação Criminal nº 5012331-04.2015.4.04.7000/PR. Relator Desembargador João Pedro Gebran Neto. Data de julgamento: 27/06/2017. Oitava Turma. Data da publicação: DJe 04/072017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF413104608>>. Acesso em: 22/10/2017.

64. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Penal nº 694/MT. Relatora Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 02/05/2017. Data da publicação: DJe 31/08/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194>>. Acesso em: 22/10/2017.

65. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segundo Agravo Regimental na Petição nº 6.138. Ministro Relator Edson Fachin. Data de julgamento: 21/02/2017. Data da publicação: DJe 05/09/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13536374>>. Acesso em: 22/10/2017.

66. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

moldes em que prevista na legislação brasileira, pode ser considerada e valorada como meio de prova ou fonte de prova pelo magistrado no processo penal.

Assim, realizada a pesquisa, é possível tecer alguns comentários com viés crítico a respeito da colaboração premiada: em primeiro lugar, o instituto da colaboração, pela forma que está previsto na lei pátria, assemelha-se a um negócio jurídico processual, sendo, portanto, um acordo realizado entre partes envolvidas. Ou seja, o instituto, apesar de ser utilizado no âmbito do processo penal, não deixa de ser um contrato firmado entre o agente colaborador e os órgãos estatais interessados na colaboração – Ministério Público, Delegado, etc. –.

Dessa forma, a colaboração premiada é praticamente um *plea bargain* à brasileira, pois, verificado o interesse do colaborador e dos representantes do Estado em realizar um acordo, haverá uma negociação sobre cláusulas, termos e formas de cumprimento por ambos os pactuantes. Por consequência, resta evidente que a colaboração premiada, da forma que está estruturada na lei brasileira e vem sendo utilizada no processo penal pátrio, é um acoplamento de um instituto presente no *common law*, mas que, não está adequado às regras, garantias e formas e à matriz romano-germânica do processo penal brasileiro.

Em segundo lugar, verificou-se que além da equivocada e errônea importação do instituto da colaboração premiada, sem clara conceituação e limites hermenêuticos, a doutrina e a jurisprudência entendem que esse mecanismo não pode ser utilizado como meio de prova no processo penal brasileiro, isto é, a delação é apenas indicativo de prova, equivalente a meros indícios. Por conseguinte, significa dizer que os relatos trazidos pelo agente colaborador devem ser corroborados por outros elementos de prova, como documentos, vídeos, gravações, áudios e etc.

Desse modo, é defeso ao magistrado proferir sentença condenatória somente com base em relatos apresentados pelo delator na colaboração premiada, principalmente, por respeito ao previsto no artigo 4º, parágrafo 16, da Lei nº 12.850/13, cujo texto refere que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. Além do mais, não é compreensível que o jurisdicionado fique à mercê da interpretação do aplicador da lei – como interpretar que a colaboração pode ser sim meio de prova –. Isso é anormal, fora de propósito e contrário à principiologia que deve reger o Estado Democrático e Direito e o processo penal brasileiro.

Sem embargo, é preciso reforçar ainda, que quando a delação é utilizada

como prova dentro do processo penal – de modo completamente ilegal –, e não como fonte ou indicativo de prova, há a demonstração do quanto a Lei nº 12.850/13 é insegura neste ponto – como em muitos outros –, mal legislada e abre o perigoso viés da interpretação sem critérios objetivos. Assim, cabe frisar que apesar do utilitarismo que vem sendo dado ao processo penal brasileiro e da importação de teorias e mecanismos jurídicos de outros países, no Estado brasileiro – regido pelo sistema *civil law* – as leis penais e processuais penais não podem permitir resultados hermenêuticos provenientes de interpretações utilitaristas, nada obstante, também não pode o intérprete dar ao texto o sentido que ele quer, como ocorre no caso da aplicação da colaboração premiada no processo penal brasileiro.

Conclui-se, por fim, que de modo algum é permitido que a sentença penal condenatória seja proferida com base apenas em colaborações premiadas, uma vez que, se assim for, a principiologia constitucional estará sendo desrespeitada. A condenação de alguém a partir de meros indicativos de prova – como o é e deve ser tratada a delação – fere princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, como do devido processo legal e da presunção de inocência, pois, considera-se que, para que seja quebrada a presumida inocência de qualquer pessoa, é imprescindível que o Estado demonstre a existência de provas do cometimento dos delitos investigados e processados. Por fim, há que se reconhecer, também, que a aplicação de sanções penais com base somente em colaborações é um claro indicativo de que o Estado é falho, e precisa negociar com criminosos confessos para obtenção de provas, pois não consegue, por si só, obtê-las.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITTAR, Walter Barbosa. **O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr., 2017.
- BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago., 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15/010/2017.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal. Rio de Janeiro. 3 de out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 20/10/2017.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Brasília, 2 agos. 2013. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 20/10/2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Apelação Criminal nº 5012331-04.2015.4.04.7000/PR. Relator Desembargador João Pedro Gebran Neto. Data de julgamento: 27/06/2017. Oitava Turma. Data da publicação: DJe 04/07/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF413104608>>. Acesso em: 22/10/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Penal nº 694/MT. Relatora Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 02/05/2017. Data da publicação: DJe 31/08/2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194>>. Acesso em: 22/10/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segundo Agravo Regimental na Petição nº 6.138. Ministro Relator Edson Fachin. Data de julgamento: 21/02/2017. Data da publicação: DJe 05/09/2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13536374>>. Acesso em: 22/10/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul., 2017.

COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n. 12.850/12. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Delação premiada**: aspectos jurídicos. 2.ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 3.ed. São Paulo: Forense, 2017.

RODRIGUES, Paulo Gustavo. **A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal**: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 103-130, jan./abr., 2017.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva.

## INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: O INTERROGATÓRIO COMO FONTE ESSENCIAL DE INFORMAÇÕES

Débora Pacheco de Abreu<sup>1</sup>

Sabrina Schmidt<sup>2</sup>

**RESUMO:** O interrogatório é um dos procedimentos da investigação preliminar, da fase pré-processual. Sendo atividade específica da Polícia Judiciária, é realizado por policiais civis e federais no Brasil. Em casos mais complexos, a necessidade de novas diligências prejudica a eficácia da persecução penal, e uma das razões desse prejuízo decorre da ausência de treinamento dos profissionais incumbidos da função de interrogar. Ainda que existam protocolos de entrevista que auxiliem na eficácia de informações coletadas pelos profissionais (e.g. PEACE, Entrevista Cognitiva), métodos coercitivos ainda são utilizados e aceitos internacionalmente na prática do interrogatório policial. Acredita-se que lacunas na fase de investigação têm impossibilitado avanços na área. Entende-se que são necessárias técnicas mais eficazes para a investigação preliminar, que poderiam ser obtidas com treinamento e formação continuada.

**PALAVRAS-CHAVE:** interrogatório, investigação criminal, investigação preliminar.

### 1. INTRODUÇÃO

A fase investigativa ocorre na fase pré-processual do processo penal, por ainda não existir uma acusação formal admitida contra um réu. É nesta fase que ocorre tanto entrevistas com vítimas e testemunhas de crimes quanto com suspeitos de crimes, a partir do inquérito policial. Esse procedimento tem como objetivo juntar elementos necessários para propositura da ação penal.

É através do inquérito que a autoridade policial realiza o conjunto de diligências para apuração de uma infração penal (RABELO, VIEGAS E SOUZA, 2011). Com suspeitos de crimes, a prática realizada é mais conhecida como “interrogatório” e é uma atividade específica da Polícia Judiciária<sup>3</sup>,

1. Mestranda em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) com ênfase em Cognição Humana, Especialista em Avaliação Psicológica (FAMAQUI), Graduada em Psicologia (PUCRS), Bolsista CAPES.
2. Mestranda em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) com ênfase em Cognição Humana, Pós-Graduada em Dinâmica dos Grupos (SBDG), Graduada em Psicologia (UPF) e em Direito (Universidade Feevale), Bolsista CAPES.
3. Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

sendo exercida por policiais civis no Brasil. O interrogatório é o meio de prova e de defesa do acusado conforme disposto no CPP.

O meio de prova pode ser compreendido como um conjunto de procedimentos que tem como objetivo reunir elementos probatórios, os quais permitem a continuidade do processo. O interrogatório também é necessário para proporcionar às autoridades o conhecimento da personalidade do suspeito, além de outros aspectos psicológicos importantes para a análise de seu envolvimento ou não (MARINHO, 2010).

Ao pesquisar como a prática do interrogatório ocorre no Brasil, os poucos estudos encontrados são relacionados à área de linguística aplicada, os quais apresentam excertos de interrogatórios, porém não são ponderadas e analisadas as técnicas utilizadas durante investigação (e.g. ANDRADE e OSTERMAN, 2007; MARQUES, 2009). A legislação brasileira estabelece quesitos que devem ser respondidos durante o interrogatório do suspeito na hipótese do indivíduo interrogado negar a acusação que lhe é feita. Entre os quesitos, instrui-se, por exemplo, questionar sobre o local onde estava no dia e horário do crime, conforme disposto no Artigo 186 do CPP<sup>4</sup>. No entanto, em nenhum momento é instituído um modelo a ser seguido para a prática de interrogar acusados.

A lacuna de estudos sobre a prática do interrogatório no Brasil é alarmante, considerando que desde 1980 são relatadas técnicas não recomendadas ao interrogar acusados mesmo em outros países, como no Reino Unido (WILLIAMSON, 1993). O treinamento dos profissionais responsáveis pelo interrogatório de acusados e o aperfeiçoamento técnico e científico é essencial, além do armazenamento de documentos referente à prática, para que possa

4. Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.  
o Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais  
§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:  
I – ser verdadeira a acusação que lhe é feita;  
II – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;  
III – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;  
IV – as provas já apuradas;  
V – se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;  
VI – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;  
VII – todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;  
VIII – se tem algo mais a alegar em sua defesa.

ser acessada em qualquer fase do processo (BALDAN, 2007).

A falta de treinamento dos profissionais que possuem a função de interrogar acusados de crimes pode levar ao uso de estratégias que não sejam eficazes e que acarretam prejuízos na fase pré-processual penal. Conforme Scheck, Neufeld e Dwyer (2000), testes de DNA realizados nos Estados Unidos sugerem que existe um grande número de pessoas que são condenadas por crimes que não cometeram. As falsas confissões podem estar relacionadas ao uso de violência e as ameaças utilizadas pelos policiais, quando estes acreditam que o acusado não está sendo colaborativo (APPLEBY, HASEL e KASSIN, 2013).

Um estudo realizado em Portugal com 600 participantes constatou que 79% concordou com a possibilidade de policiais e militares exercerem violência contra cidadãos. Uma das justificativas atribuídas foi a culpabilização associada aos indivíduos que seriam alvo da violência, como sendo “merecedores” da mesma (BARBOSA ET AL, 2012). Todavia, sabe-se que a medida da condução coercitiva no interrogatório é ilegal: desacata essencialmente o princípio do estado de inocência, a garantia do direito ao silêncio e a não incriminação, assim como às garantias estabelecidas para a tutela da intimidade, privacidade e dignidade, conforme disposto no artigo 5º da Constituição de 1988<sup>5</sup> (GONÇALVES, 2016).

A condução coercitiva do interrogatório se aproxima de uma concepção de tortura, desde a Constituição Federal de 1988. Alguns profissionais manifestam a crença de que o uso da tortura é a melhor forma de interrogar suspeitos de crimes. Porém, essa convicção vai de encontro aos subsídios técnicos e teóricos, os quais demonstram a ineficácia da prática e seu caráter ilegal (BELL, 2008).

Diante das circunstâncias apresentadas, este trabalho teve como objetivo apresentar uma breve revisão da literatura acerca do interrogatório do acusado, retratando as técnicas comumente utilizadas e o que seria mais recomendado. O referencial apresentando contempla predominantemente estudos internacionais, em função dos poucos estudos encontrados no Brasil. Tem como intuito apresentar um panorama diversificado e promover novos modelos de interrogatório para a prática no país.

5. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

## 2. INTERROGATÓRIO COMO FONTE ESSENCIAL DE INFORMAÇÕES

Um estudo que investigou modelos de entrevistas com suspeitos, através de pesquisas publicadas internacionalmente, encontrou cerca de vinte manuais e guias práticos disponíveis. Destes, a maior parte foi elaborada nos Estados Unidos e demonstrou possuir como principal objetivo a obtenção de confissão de suspeitos culpados (DAVIES e BEECH, 2012).

### 2.1. PRÁTICAS COERCITIVAS

Em relação aos guias práticos americanos, um dos mais utilizados no treinamento de profissionais responsáveis pelo interrogatório de acusados é o Inbau and Reid's (1962) Criminal Interrogation and Confessions. Neste manual, são abordadas técnicas que não são recomendadas como, por exemplo, a elaboração de uma história pelo entrevistador, eloquente com os dados do crime em questão. Se o entrevistado concordar com o falso relato do profissional, o acusado é automaticamente considerado culpado. Também são utilizadas neste manual outras técnicas não recomendadas, como o fornecimento de falsas evidências em relação ao indivíduo que está sendo investigado e detecção de mentiras, baseando-se em indícios comportamentais (DAVIES e BEECH, 2012; KASSIN, 2007).

Estudo realizado com 631 policiais, investigadores, utilizou um instrumento para identificar as crenças e práticas acerca do trabalho que os profissionais conduziam. Seus resultados revelaram que entre as técnicas mais utilizadas estavam o isolamento físico dos suspeitos e o confronto com suspeitos diante da evidência incriminatória. O autor afirma que tais métodos são coercitivos, questionando se estes são comuns ou exceções na prática do interrogatório (KASSIN, 2007).

Perguntas excessivas feitas ao acusado também podem ser uma prática contraproducente, visto que os processos cognitivos são limitados, e fatores fisiológicos podem influenciar no processo da tomada de decisão. Considerando que buscar na memória um determinado momento demanda esforço cognitivo significativo, o indivíduo suspeito pode levar tempo para lembrar-se de situações específicas e suas pausas podem ser interpretadas pelo entrevistador como relutância a contar a verdade, levando-o a fazer mais perguntas que possivelmente já foram respondidas (DAVIES e BEECH, 2012).

A técnica de detecção de mentiras, utilizada com frequência em outros países, deve ser empregada com cautela. Também chamada de análise comportamental do suspeito, consiste em validar afirmações do acusado durante a entrevista (VRIJ, HOPE e FISHER, 2014). Estudo com policiais revelou que os profissionais superestimam a sua eficácia, embora possua no máximo 60% de acurácia, reduzindo esta estimativa quando se trata de profissionais pouco experientes (KASSIN, 2007). Uma das possíveis causas do risco da utilização da técnica é que os profissionais dependem de indicativos de estresse comportamental do acusado que nem sempre pode ser diferenciado de forma confiável entre verdade e mentira. Além disso, há a possibilidade do suspeito culpado não manifestar estresse (VRIJ, HOPE e FISHER, 2014).

Um estudo levanta também a possibilidade de acusados de crimes serem coagidos a realizar falsas confissões, relacionando aspectos da memória e as possíveis distorções que podem ocorrer durante práticas coercitivas (HENKEL e COFFMAN, 2004). Não são raras as situações em que as memórias são distorcidas, diante da premissa de que é possível o ser humano lembrar, de forma espontânea ou sugerida, de eventos que não aconteceram (NEUFELD, BRUST & STEIN, 2010). Ainda, alguns indivíduos estão mais vulneráveis a realizar falsas confissões diante da prática coercitiva e indutiva que por vezes são utilizados. Entre os mais suscetíveis estão as crianças, adolescentes e pessoas portadoras de transtorno mental (KASSIN, 2017).

### 2.2. AVANÇOS NA PSICOLOGIA INVESTIGATIVA

Ainda que a área de psicologia investigativa esteja em fase de crescimento e desenvolvimento, em 1984 foi elaborada a Entrevista Cognitiva – instrumento recomendado para a obtenção de informações verídicas e relevantes no processo da investigação, cuja eficácia já tinha sido comprovada (MEMON, MEISSE e FRASER, 2010). Tendo como base os fundamentos e princípios psicológicos e cognitivos, este protocolo de entrevista tem como principal objetivo promover recordações mais claras acerca de situações vivenciadas pelas pessoas (GEILSEMAN ET AL, 1984).

O manual de referência para entrevistas com suspeitos foi elaborado no Reino Unido, baseado nos pressupostos da Entrevista Cognitiva. Ele é chamado de PEACE, e pressupõe cinco etapas de aplicação: (1) Planejamento e Preparação, (2) *Rapport*, (3), Relato e Esclarecimentos, (4) Fechamento e (5) Avaliação. O PEACE fornece uma estrutura que lhe permite ser aplicado

em diferentes situações, utilizando também os pressupostos da Entrevista Cognitiva para facilitar a elaboração de um relato detalhado (CLARKE e MILNE, 2001; MILNE e BULL, 1999).

Pesquisas empíricas realizadas com policiais e leigos que passaram por um treinamento intensivo seguindo o protocolo PEACE confirmaram a eficácia do método, que revelou melhora significativa na habilidade para entrevistar acusados de crimes e de coletar informações. Além disso, foi evidenciada uma melhora significativa para obter confiança do indivíduo entrevistado, o que facilita a prática do interrogatório e a obtenção de dados relevantes para o processo (WALSH e BULL, 2016).

Outra técnica recomendada na literatura consiste no momento em que o entrevistador expõe uma evidência sobre o acusado do crime: se ela é fornecida no início do procedimento, existe a possibilidade do entrevistador estar auxiliando o suspeito, caso este seja culpado, a mentir durante o seu relato. O indicado é que a evidência seja revelada após o relato do indivíduo, havendo, dessa forma, a oportunidade de verificar contradições acerca do depoimento do acusado e a evidência devidamente fornecida posteriormente (MCDUGALL e BULL, 2015).

É necessário que, durante o procedimento, seja proporcionado ao suspeito a oportunidade de um relato sem interferências por parte do entrevistador. Dessa forma, o indivíduo, que estaria sendo tratado de forma justa, tem maior probabilidade de colaborar durante o processo, além de fornecer informações relevantes e, principalmente, verídicas ao entrevistador, reduzindo também o risco de falsas confissões. Não obstante, a utilização de uma abordagem ética, humana e compreensiva amplia a chance da obtenção de confissões de suspeitos culpados (READ e POWELL, 2011).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo retratar brevemente o panorama das práticas de interrogatório com acusado. Apesar da escassa referência brasileira encontrada acerca do tema, não sendo possível referenciar estudos brasileiros em que constam as práticas mais utilizadas no país, este trabalho apresentou brevemente os métodos mais recomendados. Isso pode ser um início para o avanço técnico científico da prática do interrogatório no Brasil. Além disso, o treinamento dos profissionais responsáveis para interrogar

suspeitos é relevante, também, para o uso de estratégias eficazes e que evitem a possibilidade de falsas confissões por indivíduos inocentes (APPLEBY, HASEL e KASSIN, 2013).

Entende-se que os estudos na área também possuem outras limitações, como a dificuldade de acesso aos procedimentos que são realizados no interrogatório policial, pois o armazenamento dos documentos referentes a prática, frequentemente, não está disponível (BALDAN, 2007). Os estudos disponibilizados que apresentam excertos de interrogatórios, comumente pertencem a outro campo científico, e, com isso, não discutem as técnicas utilizadas durante o interrogatório (e.g. ANDRADE e OSTERMAN, 2007; MARQUES, 2009).

Por outro lado, os manuais e guias práticos apresentados neste trabalho contemplam legislação de outros países, o que pode representar uma limitação para a aplicação dos modelos no Brasil. Contudo, os diversos materiais encontrados em estudos científicos ponderam a existência de uma distorção do objetivo principal do interrogatório, que seria apenas o da confissão de suspeitos culpados (DAVIES e BEECH, 2012). Os objetivos do interrogatório também devem ser refletidos no contexto brasileiro, no sentido de buscar o conhecimento que os profissionais possuem acerca da prática e das estratégias utilizadas.

O tópico abordado sobre a técnica de detecção de mentiras é relevante para a desmistificação da ideia de que ela pode ser utilizada facilmente e que possui eficácia comprovada. A teoria demonstra o contrário: que deve ser utilizada com cautela e com ciência das limitações que implica, como a dependência de indicadores de estresse comportamental do indivíduo entrevistado que não distinguem de forma confiável entre verdade e mentira (VRIJ, HOPE e FISHER, 2014).

Apesar de diversas práticas coercitivas terem sido relatadas em estudos empíricos (e.g. BARBOSA ET AL, 2012; DAVIES e BEECH, 2012; KASSIN, 2007), foram também encontrados manuais disponíveis que são recomendados e que já demonstraram eficácia comprovada, como o modelo PEACE, elaborado no Reino Unido (CLARKE e MILNE, 2001; MILNE e BULL, 1999), embora ainda não sejam encontrados estudos que tenham testado a sua aplicabilidade no contexto brasileiro.

A principal recomendação encontrada é proporcionar ao suspeito a

oportunidade de um relato sem interferências pelo entrevistador, havendo uma variedade de procedimentos para atingir este fim, alguns citados neste estudo. Dessa forma, o indivíduo estaria sendo tratado de forma justa, havendo maior possibilidade de colaboração durante o processo. Ademais, a utilização de uma abordagem ética e humana aumenta a chance de obter confissões de suspeitos culpados (READ e POWELL, 2011).

Sugere-se a continuidade da pesquisa na área de interrogatório com acusados de crimes, explorando as técnicas que são utilizadas devido à ampla lacuna de estudos relacionados ao tema. A articulação da prática com a legislação brasileira também é essencial, visto que deve-se atender aos princípios e direitos humanos e fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, D.N.P.; OSTERMANN, A.C.O interrogatório policial no Brasil: a fala institucional permeada por marcas de conversa espontânea. *Calidoscópio*. 5 (2), 92-104. 2007.
- APPLEBY, S.C.; HASEL L.E.; KASSIN S.M. Police-induced confessions: an empirical analysis of their content and impact. *Psychology, Crime & Law*, 19, 111-128. 2013.
- BALDAN, Edson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, v. 15, p. 253-273. 2007.
- BARBOSA, M; MACHADO, C.; MATOS, R.; BARBEIRO, A. Discursos sociais sobre a violência de Estado: Um estudo qualitativo. *Análise Psicológica*, 1 (30), 215-230. 2012.
- BELL, J. Behind This Mortal Bone: The (In)Effectiveness of Torture. *Indiana Law J.* 83, 339 – 61, 2008.
- BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. : Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)
- CLARKE, C; MILNE, R. A national evaluation of the PEACE investigative interviewing course. *Police Research Award Scheme*. London: Home office. 2011.
- DAVIES, G.M.; BEECH, A.R. Interviewing suspects. In: *Forensic psychology: Crime, Justice, Law, Interventions*. BPS Blackwell. 2012.
- HENKEL, L. A.; COFFMAN, K. J. Memory distortions in coerced false confessions: a source monitoring framework analysis. *Appl. Cognit. Psychol.*, 18: 567 – 588. 2004.
- KASSIN, S. M. False confessions. *WIREs Cogn Sci*, 8: n/a, e1439. 2017.
- KASSIN S.M.; APPLEBY S.C.; TORKILDSON-PERILLO, J. Interviewing suspects: Practice, science, and future directions. *Legal and Criminological Psychology*, 15, 39 – 56. 2010.
- GEISELMAN, R.E. et al. Enhancement of eyewitness memory: An empirical evaluation of the cognitive interview. *Journal of Police Science and Administration*, 12, 74-80. 1984.
- GONÇALVES, C.N. Condução coercitiva: uma breve análise acerca da sua constitucionalidade para fins de interrogatório no curso do inquérito policial. Tese de Conclusão de Curso de Graduação em Direito: Associação Caruarense de Ensino Superior e Técnico, Caruaru, PE, Brasil. 2016.

- MARINHO, R. F. O interrogatório no sistema penal brasileiro. *Revista de direito*, 13 (17), 2010.
- MARQUES, D. Interrogatórios policiais da delegacia de repressão a crimes contra a mulher: fases e tarefas em uma perspectiva interacional. Dissertação de Mestrado: Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil. 2009.
- MCDUGALL, A. J. e BULL, R. Detecting truth in suspect interviews: The effect of use of evidence (early and gradual) and time delay on Criteria-Based Content Analysis, Reality Monitoring and inconsistency within suspect statements. *Psychology, Crime and Law*, 21, 514-530. 2015.
- MEMON A.; MEISSNER C.A.; FRASER J. The cognitive interview: a meta-analytic and study space analysis of the last 25 years. *Psychology, Public Policy, and Law*, 16 (2), 340-37. 2010.
- MILNE R.; BULL R. Investigative Interviewing: Psychology and Practice. Wiley: Chichester. 1999.
- RABELO, Cesar Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SOUZA, Horrana Grieg de Oliveira e. A produção de prova pelo acusado na fase pré-processual: Uma garantia para realização de um processo constitucional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011.
- SCHECK, B.; NEUFELD, P.; DWYER, J. Actual Innocence: Five Days to Execution, and Other Dispatches from the Wrongly Convicted. New York: Doubleday. 2000.
- WALSH, D; BULL, R. One Way or Another? Criminal Investigators' Beliefs Regarding the Disclosure of Evidence in Interviews with Suspects in England and Wales. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 31 (2), 127-140. 2016.
- WILLIAMSON, T.M. From interrogation to investigative interviewing: strategic trends in police questioning. *Journal of Community and Applied Social Psychology* 3: 89 – 99. 1993.

# A NORMA DO ARTIGO 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUA CLASSIFICAÇÃO COMO REGRA DO PREJUÍZO E OS GANHOS PARA UM PROCESSO PENAL BRASILEIRO DEMOCRÁTICO.

**Pietro Cardia Lorenzoni<sup>1</sup>**

**André Machado Maya<sup>2</sup>**

**Mateus Martins Machado<sup>3</sup>**

**RESUMO:** O presente estudo aborda a classificação das normas jurídicas e sua aplicação na seara do processo penal brasileiro. Considerando eventuais equívocos doutrinários quanto à classificação do art. 563 do CPP como princípio e decisões jurisprudenciais que ponderam referida norma baseadas na Teoria dos Princípios, objetiva-se trazer uma classificação da norma como regra, afastando ponderações, garantindo a forma, o cumprimento da estrita legalidade e a legitimidade do processo. Para tanto, procede-se à classificação a partir de uma breve exposição das teorias de Dworkin, Alexy e Ávila para, depois, classificar a norma e demonstrar os ganhos jurídicos com isto. Desse modo, observa-se que se ganha em garantias dos acusados e efetivo cumprimento desta regra, que é a base do sistema das nulidades, o que permite concluir que um maior estudo da Teoria dos Princípios com sua classificação normativa e aplicação pode possibilitar avanços numa concepção mais democrática de processo penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nulidades. Prejuízo. Teoria dos Princípios. Garantias.

**RESUMEN:** El estudio presente mira abordar la clasificación de las normas jurídicas y su aplicación en el proceso penal brasileño. Como hay equívocos de la doctrina cuanto la clasificación del artículo 563 del CPP como principio y juzgados que hacen un sopesamiento de la norma basada en la Teoría de los Principios, pretende traer una clasificación del perjuicio como regla, alejando la ponderación, garantizando la forma y la legitimidad del proceso. Para ello, se procede a la clasificación a partir de una breve exposición de las teorías de Dworkin, Alexy y Ávila para luego clasificar la norma y demostrar los ganhos jurídicos con esto. En este camino, se observa que se gana en garantías de los acusados

1. Advogado, graduado em Direito pela PUCRS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e mestrando em Direito pela FMP-RS – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: pclorenzoni@gmail.com.
2. Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS; Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Membro fundador e Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). E-mail de contato: andremmaya@gmail.com
3. Advogado, graduado em Direito pela PUCRS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e mestrando em Direito pela FMP-RS – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: mateus\_martins\_machado@hotmail.com

y efectivo cumplimiento de la regla, la que permite concluir que un mayor estudio de la Teoría de los Principios con su clasificación normativa y aplicación puede posibilitar avances en una concepción democrática del proceso penal.

**PALABRAS CLAVE:** Nulidad. Prejuicio. Teoría de los Principios. Garantías.

## 1. INTRODUÇÃO

Procura-se, com este artigo, defender que a densidade normativa da norma prevista no art. 563 do Código de Processo Penal é a de uma regra. Assim, partindo da doutrina de Alexy principalmente, com eventuais auxílios de Ávila e Dworkin, a forma de aplicação da regra será por subsunção, o que impede a aplicação da ponderação como forma de aplicação geral da referida regra. Então, criticam-se decisões que se valem da ponderação para afastar o princípio do prejuízo e, com isso, não declaram a nulidade de atos atípicos.

Desta forma, o presente artigo estará dividido da seguinte maneira: primeiro, as definições de regras e princípios serão expostas; segundo, será especificada a classificação do art. 563 do Código de Processo Penal; e, por fim, decisões jurisprudenciais serão, brevemente, analisadas. Cumpre firmar que não se trabalhará a diferença entre regras e princípios de forma aprofundada, limitando-se a aspectos conceituais e de aplicação.

## 2. ESPÉCIES DE NORMAS JURÍDICAS E A DIFERENÇA CONCEITUAL ENTRE REGRA E PRINCÍPIOS

### 2.1. A CONTRIBUIÇÃO DE DWORKIN

Ronald Dworkin cumpriu importante função de crítica ao positivismo jurídico<sup>4</sup>, contribuindo na definição de regras e princípios. Dworkin (2011) busca um sistema que não exclua os raciocínios moral e filosófico do jurídico. Assim, ele critica a divisão empregada pelas teses juspositivistas sobre a separação entre o direito e a moral.

Nessa senda, conforme José Cristóvam (2012) “a filosofia jurídica dworkiniana está fundada em uma forte teoria dos direitos, que encara os direitos

4. Modelo jurídico que, apesar de não ignorar que cada norma possui uma opção política, filosófica ou moral, defende que tal opção feita por quem tem legitimidade não deve ser objeto de avaliações morais. Ou seja, sendo conforme o ordenamento jurídico, não há que se discutir sua validade por meio de um juízo moral, propondo uma rígida separação entre direito e moral. Para uma análise mais aprofundada sobre o positivismo: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014 e ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

individuais, sobretudo o direito à igual consideração e respeito, como verdadeiros triunfos frente à maioria”. Trata-se de uma teoria individualista de garantia contra a concepção do utilitarismo de Bentham<sup>5</sup>, que não admite a prevalência das opções estatais como políticas públicas ou objetivos sociais sobre direitos individuais autênticos.

Cumpre frisar que a proposta de Dworkin (1967) é de uma fusão entre o direito e a moral, a partir de uma teoria forte dos princípios, baseada num sistema jurídico composto por regras, princípios e diretrizes políticas. Nessa senda, de maneira dita provisória no artigo o modelo das regras, publicado pela primeira vez em 1967, na *The University of Chicago law review*, Dworkin (1967) sustenta que diretrizes políticas são as normas que definem o fim a ser perseguido pelo Estado como fins econômicos, políticos ou sociais. Já os princípios seriam as normas que deveriam ser observadas, não apenas porque visam atingir certo fim desejável pelo Estado, mas pelas necessidades de justiça ou de outra dimensão moral. Adverte-se que, neste artigo, o próprio autor afirma que não busca encontrar um conceito absoluto para a distinção das normas (DWORKIN, 1967).

Sobre a diferenciação entre as espécies normativas, Dworkin (1967) entende que princípios têm uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Assim, as regras são aplicáveis de forma tudo ou nada, são válidas ou inválidas e possuem exceções. Já os princípios são aplicados em grau de peso e, por causa dos pesos, são descumpridos muitas vezes sem caracterizar uma exceção ao princípio, tampouco uma invalidação. Então, princípios estabeleceriam razões que indicam, direcionam em certo sentido, mas não determinam uma decisão concreta/particular como as regras.

Cumpre citar a distinção entre princípios e diretrizes políticas, para tanto, vale-se das contribuições de José Sérgio da Silva Cristóvam (2012), que entende a distinção dworkiniana da seguinte forma: diretrizes políticas são aquelas pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, no mais das vezes ligados a aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade. De outro giro, os princípios são pautas que devem ser observadas porque correspondem a um imperativo de justiça, de equidade ou outra dimensão da moral positiva, e não porque potencializam ou asseguram uma situação econômica, política ou social desejável, constituindo-se em razões para decidir, não sendo aplicáveis automaticamente quando satisfeitas as condições previstas para sua

5.

aplicação, característica que os confere a qualidade de critérios que devem ser levados em conta quando da decisão judicial.

E, aqui, adverte-se para a importante consideração de Dworkin (1967), que afirma: isso (a diferença entre princípios e regras consistente na dimensão de peso dos princípios) não significa que se vá ter uma exata medida do peso de cada princípio, e muitas vezes o julgamento de que certo princípio será mais importante que o outro será uma decisão controvertida. Contudo, tal caráter conflituoso, contravertido, das decisões sobre pesos dos princípios faz parte do próprio conceito deles, sendo assim, é racional perguntar quão importante ou quão pesado determinado princípio é.

## 2.2. A DISTINÇÃO DE ALEXY

O professor Robert Alexy, quando introduz a estrutura das normas de direitos fundamentais, posiciona a distinção entre regras e princípios como um das colunas-mestras da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015). Ele entende que tal distinção é a base para a fundamentação e uma das soluções dos principais problemas da dogmática, contribuindo sobremaneira para a racionalidade da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017).

Apesar de a referida distinção posicionar-se no capítulo das normas de direitos fundamentais, ela pode ser usada para distinguir normas do ordenamento jurídico como um todo e não apenas dos ditos direitos e garantias fundamentais. Cabe mencionar que, mais uma vez, entender-se-á regras e princípios como espécies do gênero norma, visto que ambos são razões para juízos concretos de dever-ser.

Nessa senda, pode-se conceituar as regras e os princípios a partir da concepção de Alexy, na Teoria dos Direitos Fundamentais, da seguinte maneira:

Os princípios são normas de mandamentos de otimização de caráter *prima facie*, realizáveis na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidos, no caso de colisão, pelo sopesamento que ocorre na dimensão dos respectivos pesos, servindo de razões *prima facie* para os juízos de dever-ser.

Nesse mesmo caminho, Paula Gorzoni (2009) afirma que, na concepção de Alexy, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Lembra-se que as possibilidades

fáticas e jurídicas do caso concreto serão avaliadas pelo princípio (ou regra<sup>6</sup>) da proporcionalidade<sup>7</sup>.

Virgílio Afonso da Silva (2003), conceituando princípios e regras segundo a Teoria em análise, afirma que os princípios são normas que trazem mandados que devem ser realizados na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes, ou seja, mandamentos de otimização, o importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um princípio é frequentemente obstada pela realização de outros princípios.

Já na definição de regras para Alexy, entende-se que as regras expressam deveres e direitos definitivos, devendo realizar-se exatamente na medida que ela prescreveu (DA SILVA, 2003). Em outras palavras, as regras são determinações de caráter *prima facie* de definitividade, satisfeitas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidas, no caso de conflito, de dois modos alternativos que ocorrem na dimensão da validade ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou com a declaração de invalidade de umas das regras, servindo, quando válidas, aplicáveis e infensas a exceções, de razões definitivas para os juízos de dever-ser.

Nesse giro, as regras podem ser conceituadas como mandamentos definitivos, ou seja, normas que só pode ser cumpridas ou não, sendo realizadas por meio da lógica “tudo ou nada”. Na mesma senda, Paula Gorzoni (2009).

Primeiro, Alexy (2017) distingue princípios de regras numa perspectiva qualitativa. Consoante Alexy (2017), princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que devem ser realizadas na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Como elas são realizadas na maior medida possível, trata-se de uma satisfação em graus variados que não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas que é determinada pelos princípios e regras colidentes<sup>8</sup>.

Já as regras são determinações que também são determinadas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2017). Contudo, elas não são realizadas em graus, mas satisfeitas ou não satisfeitas. Assim, se a regra vale, deve-se cumprir o que ela determina, nem mais, nem menos.

Diante da distinção qualitativa (GORZONI, 2009), é racional que tanto

6. A SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais n° 798, 2002, 23-50.

7. Ávila, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. RDA 215 (1999), p. 159.

8. ALEXY, Robert, 2017, p. 90.

a forma de embate quanto de solução de controvérsias entre regras e princípios também seja diferente. O ponto comum aos embates entre princípios, chamados de colisão, e aos embates entre regras, chamado de conflito, é o fato de que duas normas de mesma espécie, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos contraditórios.

Assim, conflitos entre regras devem ser solucionados de dois modos, quais sejam: com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito; ou com a declaração de invalidade de umas das regras, excluindo-a do ordenamento jurídico. Já a colisão entre princípios é solucionada pela sopesamento, assim, não significa que o princípio será declarado inválido, mas sim que um princípio sob determinadas condições fáticas e jurídicas possui prevalência (ALEXY, 2015) sobre o outro (ALEXY, 2017).

Então, conforme escreve Alexy (2017), conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade; enquanto as colisões entre princípios, visto que só princípios válidos colidem, ocorrem na dimensão do peso.

Ademais, importa demonstrar uma das principais características das normas jurídicas, que é seu caráter *prima facie* e como tal característica se aproxima da tese de Ávila (2016) sobre a imediatidade das normas. Quando Ávila defende que os princípios são normas imediatamente finalísticas e que as regras são imediatamente descritivas, ele em muito se aproxima de Alexy.

Alexy defende que tanto as regras quanto os princípios possuem caráter *prima facie*, contudo tal caráter *prima facie* é distinto. Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes e, nesse sentido, trata-se de um caráter *prima facie* de otimização. Já as regras são determinações a serem cumpridas no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, contudo, como elas podem sofrer limitações pelas regras de exceção em razão das circunstâncias do caso, elas perdem seu caráter de definitivas. Então, as regras possuem um caráter *prima facie* de definitividade, não sendo esse absoluto, por causa da possibilidade da exceção (ALEXY, 2017, p. 103-106). Atenta-se que, uma vez eliminada a possibilidade da regra de exceção em decorrência do caso concreto, a regra terá caráter definitivo.

Outra importante distinção é a caracterização das regras e princípios como razões de naturezas distintas, sendo ambos razões para juízos de dever-ser. A diferenciação consiste na natureza de razões *prima facie* dos princípios,

estabelecendo direitos *prima facie* que serão concretizados pela relação de preferência quando em colisão. Já as regras, quando válidas, aplicáveis e infensas a exceções, são razões definitivas. Assim, caso, conforme afirma Alexy (2017, p. 103), “o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um direito definitivo”.

### 2.3. A DISTINÇÃO DE ÁVILA

Deste ponto, parte-se para a definição proposta por Ávila e sua conceituação. O professor da Universidade de São Paulo entende que os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2016, p. 102). Explica-se o conceito.

Os princípios, então, são normas que direcionam a determinado fim de forma parcial e complementar, visto que diferentes princípios atuam simultaneamente nos diferentes casos concretos, ou seja, eles se complementam para determinar a solução ao caso específico. Então, a avaliação a ser feita na decisão do caso é como a solução proposta se correlaciona com o fim determinado pelo princípio. Dai, esclarece-se que os princípios apontam para onde se quer chegar com aquela decisão.

Em contrapartida, as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2016). Explica-se.

As regras, nesse norte, são normas que descrevem fatos e soluções para casos previstos, funcionando, assim num juízo de correlação entre os fatos ocorridos e a consequência já determinados pela regra. Destarte, enquanto normalmente dois ou mais princípios atuam no caso concreto, normalmente uma única regra será aplicada para cada caso.

Entende-se que uma importante diferença entre ambos é sobre como serão aplicados. Princípios possibilitam um maior espaço de discricionariedade do juiz, logicamente, sempre racionalmente fundamentado. Contudo,

como as regras já preveem a solução para o caso, elas diminuem o espaço de discricionariedade do juiz, minimizando chances de que juízos subjetivos aconteçam nas decisões.

### 3. CONSEQUENTE APLICAÇÃO DA REGRA

Muitos autores<sup>9</sup> atribuem ao art. 563 do Código de Processo Penal a característica de ser a viga-mestra de todo o sistema de nulidade do processo penal pátrio, sendo ele a alma que propulsiona e justifica o reconhecimento da nulidade. Destarte, é o referido artigo pressuposto da nulidade, ou seja, a existência de prejuízo é antecedente necessário para a consequente invalidação de determinado ato atípico (ZAC LIS, 2016).

Uma vez rapidamente analisada sua importância, deve-se enquadrar a referida norma que se extrai do dispositivo supracitado e enquadrá-la na classificação aqui revisada de normas jurídicas. Para tanto, faz-se mister citar o artigo em análise: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Começa-se por Dworkin (1967), que diferencia regras de princípios, principalmente, pelo seu critério de aplicação. Assim, questiona-se se a referida norma poderia ser aplicada em graus de peso, sendo mais aplicado em algumas situações que outras, sem jamais perder sua validade. O dispositivo não abre espaços para uma aplicação de maior ou menor grau, mas sim para uma aplicação baseada no tudo ou nada.

Nessa senda, entende-se que a própria aplicação do referido dispositivo na jurisprudência pátria não condiz com a de um princípio, conforme a diferenciação de Dworkin. Os tribunais superiores majoritariamente<sup>10</sup> aplicam-no como uma regra, determinando que para a decretação de nulidade, independente se relativa ou absoluta, é necessária a existência do prejuízo. Então, aplica-se da forma tudo ou nada: caso haja prejuízo, haverá nulidade; caso não haja prejuízo, não haverá nulidade.

Resta claro que a distinção de Dworkin é mais frágil que as dos outros dois autores revisitados aqui e, conforme se vá aperfeiçoando a distinção,

9. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013 e NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito processual penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

10. Nesse sentido: HC 81510, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/12/2001, DJ 12-04-2002; HC 69142, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/02/1992, DJ 10-04-1992; e HC 53.211/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 21/05/2007, p. 617) e HC 97062, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-075.

mais evidente fica o enquadramento do art. 563 do CPP na espécie normativa de regra.

Assim, partindo para a conceituação de Alexy (2015 e 2017), recorda-se que os princípios são normas de mandamentos de otimização de caráter prima facie, realizáveis na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidos, no caso de colisão, pelo sopesamento que ocorre na dimensão dos respectivos pesos, servindo de razões prima facie para os juízos de dever-ser. Já as regras são determinações de caráter prima facie de definitividade, satisfeitas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidas, no caso de conflito, de dois modos alternativos que ocorrem na dimensão da validade ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou com a declaração de invalidade de umas das regras, servindo, quando válidas, aplicáveis e infensas a exceções, de razões definitivas para os juízos de dever-ser.

Enquadrando a respectiva norma, ela se aproxima muito mais de uma determinação de caráter prima facie de definitividade, visto que já exprime uma consequência jurídica, um dever-ser concreto, qual seja: se existir prejuízo para a parte, haverá nulidade do ato. De outro giro, em caso de conflito, não parece plausível (a despeito de existir jurisprudência nesse sentido) de se ponderar o prejuízo com um suposto princípio da verdade real, por exemplo.

Não se deveria admitir que o princípio do prejuízo fosse menos realizado, ou seja, que um ato atípico que tenha prejudicado a parte não seja considerado nulo, em razão de um princípio como o da verdade real ou da celeridade processual. Isso, pois não se trata de uma norma passível de ponderação, ou que necessite da ponderação para adquirir um caráter de dever definitivo. Trata-se, sim, de uma regra, que é satisfeita ou não, caracterizando razões definitivas para os juízos de dever-ser.

Lembra-se que, segundo Alexy, princípios apenas consistirão em razões definitivas depois de ponderados, visto que eles necessitam da ponderação para saírem do abstrato e se tornarem razões concretas, e tal não acontece com a regra do prejuízo. Ela, por si só, já exprime razões definitivas para os juízos de dever-ser.

Sob a ótica do conceito de Ávila (2016), as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da

correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Nesta conceituação, torna-se ainda mais claro a definição do prejuízo como regra, pois as regras são imediatamente descritivas, pois elas determinam certa conduta ou comportamento já definido, mediante obrigações, permissões ou proibições. Trata-se visivelmente de uma conduta obrigatória já definida, qual seja: quando do ato atípico resultar prejuízo, será declarada sua nulidade.

Nesse caminho, a característica predominante do artigo em tela é vinculada a uma decisão passada de comportamento, que é o ato atípico que resulta prejuízo, tendo, assim, qualidade retrospectiva como as regras. Configura-se, também, que a regra do prejuízo visa abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão (os aspectos da atipicidade que resultam em prejuízo para uma das partes), sendo uma solução específica e pronta para o caso concreto (a decretação da nulidade). Por fim, sendo aplicada por correspondência como já se afirmou.

#### 4. CONSEQUÊNCIAS

Uma vez enquadrado o art. 563 do CPP na espécie normativa regra, cumpre determinar as consequências da referida classificação e como, a partir do ponto de vista garantista, ela pode ser um instrumento para a segurança dos direitos e garantias tanto do acusado quanto da sociedade em geral. E tal demonstração começa justamente com a impossibilidade de se ponderar a norma do prejuízo com outros princípios do ordenamento jurídico como o princípio da celeridade processual, verdade real ou instrumentalidade de formas.

Sendo o referido artigo regra, afastam-se decisões de entendimento contrário que, conforme identifica Daniel Zaclis (2016, p. 110-111), mesmo diante de flagrante desrespeito aos direitos fundamentais do acusado, simulam uma espécie de ponderação de princípios, onde se prevaleça o “princípios do prejuízo” para não se declarar a nulidade do ato violador da ampla defesa<sup>11</sup>. Lembra-se que as regras não admitem ponderação<sup>12</sup>, sendo satisfeitas ou não satisfeitas.

11. Apenas para exemplificação: STJ, HC 280.477/SP, Min Rel. Jorge Mussi, 5 Turma, j. 10.06.204 e STJ, RHC 56.009/BA, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, DJe. 18.10.2017.

12. Aqui, fala-se em ponderação como é feita no judiciário, onde o magistrado, ao seu bel prazer, entende por ponderar a norma retirada do art. 563 com o princípio da ampla defesa e, a partir daí, decide que no caso concreto o princípio da ampla defesa prevalece. Nesse sentido: o próprio HC, já mencionado, STJ, HC 280.477/SP, Min Rel. Jorge Mussi, 5 Turma, j. 10.06.2004. De outro giro, ressalta-se ser possível a ponderação de regras em casos onde, por exemplo, o tribunal constitucional refaz a

No caso exemplificado, verificada a atipicidade e a conseqüente violação do princípio da ampla defesa, ocorre o prejuízo e, portanto, o ato é nulo e a regra é satisfeita. Não se deve relativizar a regra do prejuízo a partir de supostas ponderações, visto que tal solução é negada pelo próprio conceito das regras.

Caso contrário, abre-se caminho para eventuais abusos de poder, onde a ponderação pode servir de instrumento retórico para a não decretação de nulidades, visto que o seu caráter retrospectivo com conseqüência pré-determinada acaba sendo moldado pela subjetividade do juiz, perdendo, assim, segurança jurídica. E adverte-se que abusos já ocorrem no nosso ordenamento jurídico, onde a ponderação é usada de forma retórica<sup>13</sup>, sem o ponto de vista uniforme ou a estrutura adequada defendidos por Alexy.

Apenas como exemplo do exposto, cita-se o HC nº 113.837/RS<sup>14</sup>, onde não se declarou a nulidade da audiência judicial ante a ausência da presença do acusado preso, sem a suposta ocorrência do prejuízo e como uma forma de ponderação entre a necessidade de presença do acusado como forma de defesa e o “princípio” do prejuízo. A justificativa da decisão foi de que o defensor do acusado, no caso concreto a Defensoria Pública, foi notificada da data da audiência e não pediu que o acusado estivesse presente – o que não se trata de faculdade do Estado de conceder ou não à parte a possibilidade de estar presente na audiência, mas sim de dever.

Ademais, o defensor do acusado também não esteve presente, tendo que ser nomeado defensor dativo e o magistrado, no caso concreto, entendeu que a mera presença do defensor dativo na audiência garantiria o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, pendendo a ponderação para a não declaração da nulidade. O outro argumento do magistrado foi o de que a parte não logrou demonstrar o efetivo prejuízo sofrido.

Nessa senda, bem observa Daniel Zaclis (2016, p. 125), que afirma existir equívoco no processo decisório, qual seja: o acusado, preso, não comparece à audiência designada pelo juízo, porque o Estado não dispõe

ponderação que originou a regra criada pelo legislador, visto que aquele entende que não foram sopesados princípios que também deveriam incidir na colisão analisada pelo legislador. Nesse sentido no Supremo Tribunal Federal pátrio a ADI 855-2/DF e no Tribunal Federal Constitucional alemão o julgamento BVERFGE 90, 145.

13. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americanas, alemãs e brasileiras. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Nº 53, 2011, p. 70 e 71.

14. HC 113.837/RS, Rel. Minª Rosa Weber, 1ª turma, J. 19.03.2013. Observa-se que ocorre, no caso, inclusive uma confusão de conceitos, justificando uma violação de direitos e garantias da parte, por intermédio de uma exceção, o art. 217 do Código de Processo Penal, sendo que não foi este o caso da referida audiência, tampouco seria caso de aplicação do artigo citado.

de meios para conduzi-lo até o local; a audiência é realizada, mesmo sem a sua presença e a de seu defensor; ao se suscitar o vício, o magistrado afirma ser uma hipótese de nulidade relativa, exigindo da defesa, que não teve responsabilidade pelo defeito processual, a demonstração do prejuízo gerado. Trata-se, em verdade, de uma dinâmica que desrespeita princípios basilares da nossa Constituição.

É notória a possibilidade de abusos do judiciário decorrentes tanto do ônus probatório da parte em provar o efetivo prejuízo, o que não será aprofundado neste artigo, abuso concreto no caso em análise. Além de abusos relacionados com a suposta ponderação com o prejuízo, pois houve uma violação do direito do contraditório, da ampla defesa, e da própria forma legal, assim, deve-se declarar o prejuízo, visto que houve uma violação de uma garantia fundamental do acusado, ocorrendo, então, prejuízo e devendo ser declarada a nulidade.

## 5. CONCLUSÃO

Então, conclui-se que uma correta identificação da espécie normativa do art. 563 do Código de Processo Penal pode auxiliar numa maior compreensão da aplicação da norma. Além disso, também se visa afastar decisões jurisdicionais que aplicam de forma imprópria o referido dispositivo, o que já traz maior segurança para os direitos e garantias das partes no processo penal.

Cumprir afirmar que a consequência previamente determinada pela regra de caráter retrospectivo possibilita maior garantia aos direitos do acusado, que acaba sendo modificada quando o juízo interpreta-a como princípio, tendo, assim, maior espaço de subjetividade para determinar qual solução se dará diante daquele caso concreto. Ou seja, abre espaço para o juiz entender que, apesar da existência de algum prejuízo, outro princípio mais forte determina a não declaração da nulidade, optando, assim, por uma solução distinta da prevista na norma. Defende-se que isso pode ser evitado, pela compreensão de que se trata de uma regra.

De outro giro, faz-se mister investigações sobre a interpretação da regra do prejuízo de um ponto de vista mais democrático, visto que a aplicação corrente desta regra parece violar direitos das partes, incumbindo ao réu um ônus probatório que não condiz com bases democráticas de processo penal. Contudo, tais investigações serão feitas em outra pesquisa.

## REFERÊNCIAS:

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17.ed. São Paulo, Malheiros, 2016.
- Ávila, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo* nº 215, 1999, p. 151-179.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. In: *Revista da Esmesc*, v 19, n. 25, 2012.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003) 607-630.
- DWORKIN, Ronald M. The model of rules. *University of Chicago Law Review*, Vol. 35: Iss. 1, Article 3, p. 14-46, 1967. Disponível em: < <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3/> >. Acesso em: 27/06/2017.
- DWORKIN, Ronald M. *Levando os direitos à sério*. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009.
- GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra. In *Novos Estudos – CEBRAP* nº 85, São Paulo, 2009. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002009000300013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000300013) >. Acesso em: 10/07/2017
- GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios, 2012. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios> >. Acesso em: 11/07/2017.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O Prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo judicial: as experiências norte-americanas, alemã e brasileira*. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Nº 53, 2011
- ZACLIS, Daniel. *As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

# “ERA UMA CASA MUITO ENGRAÇADA, NÃO TINHA TETO, NÃO TINHA NADA”: AS NARRATIVAS POLICIAIS PARA JUSTIFICAR BUSCAS DOMICILIARES NA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS DROGAS

Pedro Zanella Caús<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Era uma casa, mas não tinha teto, não tinha fogão, não tinha piso no chão. A canção de Vinicius de Moraes metaforiza o sentido da expressão *casa* a partir da negativa de seus elementos constitutivos mais comuns: o teto, o chão, as paredes. A pretensão artística é o choque: afinal, o que seria uma casa sem o chão ou o teto, se é que, na sua ausência, o que restou poderia ser chamado de casa. Longe de definir os limites de significado da expressão, especialmente na acepção constitucional, o que certamente já tomou muito do tempo dos constitucionalistas, é preciso saber como esse conceito é disputado também na seara do processo penal, especialmente nas narrativas policiais. Afinal, “*conceitos têm consequências*”<sup>2</sup>.

O presente artigo é o resultado de uma reinterpretação dos dados obtidos em pesquisa jurisprudencial e bibliográfica realizada nos dois últimos anos sobre as buscas domiciliares realizadas sem mandado judicial no contexto da violenta política criminal de *combate* ao tráfico de drogas. Como reinterpretação entende-se uma mudança no foco da análise dos acórdãos pesquisados, deixando de lado o discurso jurisdicional, tema exaustivamente analisado em monografia<sup>3</sup>, para dar atenção às narrativas dos policiais, quase sempre as

1. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da UFRGS. Pesquisador junto ao Núcleo de Pesquisa em Direito Penal e Criminologia da UFRGS/CNPq. Secretário de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
2. CHRISTIE, Nils. **Uma quantidade razoável de crime**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 15.
3. Disponível publicamente para acesso e *download* no site do Repositório Digital da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob o título “*Violações de domicílio praticadas por policiais no contexto da política criminal de guerra às drogas: o tratamento dado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio*”

únicas testemunhas das apreensões de drogas. Para situar o tema, contudo, é preciso um retorno explicativo aos questionamentos e aos métodos que deram origem à pesquisa original.

A hipótese inicial que originou a pesquisa teve por marco a alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da abrangência de uma das exceções constitucionais à garantia da inviolabilidade de domicílio, qual seja, o “*flagrante delicto*”. Até o julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO, predominava a interpretação de que, sendo o tráfico ilícito de drogas um crime permanente, categoria dogmática em que o estado de flagrância se protraí no tempo, a apreensão de droga dentro do domicílio, ainda que em momento posterior ao ingresso, seria o suficiente para legitimar a busca domiciliar.

No mencionado julgamento, acolheu-se à unanimidade a proposta do relator, Ministro Gilmar Mendes, de reinterpretar a cláusula inserta no artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República de 1988, a partir de tratados internacionais de direitos humanos, exigindo a presença de *fundadas razões* para o ingresso sem mandado no domicílio alheio, constatadas em momento anterior e justificadas em momento posterior. Segundo os ministros, somente assim poderia haver um controle jurisdicional acerca das razões que levaram os policiais a ingressar naquele domicílio, fazendo prevalecer, então, a garantia constitucional anteriormente esvaziada.

A superveniência desse entendimento trouxe a seguinte pergunta a quem já pesquisava e trabalhava em nosso Estado com os efeitos nefastos de uma política criminal de guerra às drogas: afinal, como vinha sendo analisado jurisdicionalmente o tema pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e como seria a análise a partir do RE 603.616/RO? Esse foi o estopim da primeira reunião de dados jurisprudenciais dos órgãos colegiados do TJRS com competência para o julgamento dos crimes da Lei 11.343/2006, ou seja, da Primeira, da Segunda e da Terceira Câmara Criminal, excluídos daí os grupos criminais formados pela reunião das câmaras.

É preciso consignar que, apesar da inserção no meio, na condição de secretário de Desembargador, os dados foram sempre extraídos de acórdãos publicados na *internet* e disponíveis para consulta por meio do *site* do próprio Tribunal de Justiça. Essa pesquisa, restrita aos dados jurisprudenciais, teve

Grande do Sul à exceção constitucional do *flagrante delicto*”.

como *datas-paradigmas* a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em 5 de novembro de 2015, e a publicação do acórdão pelo Supremo, em 10 de maio de 2016, pela possível variação de tempo no cumprimento daquela decisão pelos tribunais estaduais. O importante, todavia, era saber o que estavam decidindo as câmaras criminais e com base no que assim o faziam.

A primeira reunião de dados permitiu concluir, ainda em estágio inicial da pesquisa<sup>4</sup>, que apenas a Terceira Câmara Criminal adotava posicionamento diverso das demais acerca da interpretação da garantia constitucional: enquanto a Primeira Câmara e a Segunda lançavam mão do argumento-chave segundo o qual o crime permanente permitia toda e qualquer busca, desde que tenha resultado na apreensão de drogas, a Terceira Câmara Criminal exigia que os policiais tivessem certeza visual do crime em flagrante – ou seja, do tráfico – ocorrendo dentro daquela residência.

A diferenciação de tratamento dentro do âmbito do próprio TJRS acabou por direcionar os estudos da segunda fase da pesquisa, pois, apesar da análise estatística e discursiva realizada inicialmente sobre o todo, o incômodo teórico já não estava mais em qual o tratamento dado ao tema, mas quais as justificativas dadas para reconhecer como legal ou ilegal uma busca domiciliar sem mandado. Invariavelmente, se as demais câmaras apenas justificavam as buscas pela tese do crime permanente, antes e depois do entendimento do Supremo Tribunal Federal – com algumas divergências internas, é preciso afirmar –, restava analisar qualitativamente o discurso jurisdicional de quem verificava se os policiais tinham ou não razão para ingressar naquele domicílio, o que só era feito pela Terceira Câmara Criminal.

As conclusões retiradas daquele estudo não foram tomadas como suficientes para ao menos explicar o fenômeno das reiteradas buscas ilegais e o panorama traçado foi extremamente desanimador, especialmente porque o discurso jurisdicional encontrava um singelo limite na aferição das razões que levaram ao ingresso policial nos domicílios localizados em áreas pobres<sup>5</sup>: as narrativas dos próprios policiais. Isso porque quase sempre os policiais são as únicas testemunhas de suas ações, e a verificação das razões que os levaram a ingressar nas casas passa, necessariamente, pela análise de seu discurso. Como

4. O que também se encontra publicado na monografia mencionada supra.

5. É preciso consignar importantes sinais de nossa época que captam singulares realidades, como o escárnio público pela busca domiciliar realizada na casa do filho de Luiz Inácio Lula da Silva, o que se fez tão somente com base em informações anônimas. Não demoraram as manifestações acerca da ilegalidade da medida: Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/busca-e-apreensao-na-casa-de-filho-de-lula-e-ilegal/>>. Acesso em 26 de nov de 2017.

já adiantou Luís Carlos Valois, em extenso estudo sobre as práticas policiais e judiciais no atual quadro da política criminal de drogas

Por óbvio, o judiciário pensa como a polícia e como pensaram os primeiros diplomatas a criarem o crime de tráfico de drogas: se não aceitarmos testemunha exclusivamente policial, não conseguiremos outras testemunhas e não condenaremos ninguém. E assim o judiciário se transforma em uma grande máquina de condenações ao invés de um local de averiguação desses fatos.<sup>6</sup>

O problema posto parece retomar a discussão da legitimação da narrativa policial enquanto prova<sup>7</sup>, não só para justificar uma condenação criminal, mas também como fundamento para autorizar buscas domiciliares sem ordem judicial para tanto. Entretanto, longe de firmar uma tese em um sentido ou noutro, buscou-se focalizar a narrativa policial em situações de busca domiciliar sem mandado, analisando o discurso adotado pelos policiais como testemunhas, com seus lugares comuns e suas metáforas.

É evidente que o estudo tem suas limitações e é preciso demarcá-las. Trabalhou-se com as narrativas dos policiais enquanto testemunhas e com o material disponibilizado pelos próprios julgadores ao relatar suas narrativas, o que pode tornar muito distante a análise do discurso analisado. No entanto, primou-se pela revisão das narrativas transcritas nos acórdãos e pela utilização de expressões literais, presentes nos acórdãos ou nas sentenças reproduzidas nos próprios acórdãos.

Embora a presente pesquisa tenha sido apenas uma mudança de perspectiva sobre o material já reunido em momento anterior, a reinterpretção exigiu mais atenção à fidelidade das transcrições de prova e aos detalhes muitas vezes escamoteados pela própria fundamentação dos acórdãos.

Acompanhando a mudança de perspectiva, o debate em torno da narrativa policial conta com extensa bibliografia específica, especialmente etnográfica, dando conta da atuação policial como parte do problema da violência<sup>8</sup>, especialmente quando o campo é a periferia, local dos pobres e indesejados. As violações<sup>9</sup> de domicílio, retratadas como uma de tantas outras

6. VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 491.

7. Sobre a crença na fé pública do policial e sua desmistificação, ver: JESUS, Maria Gorete Marques de. **'O que está no mundo não está nos autos'**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/>>. Acesso em: 2017-11-04.

8. CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. 3. ed. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2011, p. 135.

características negativas da política criminal de guerra às drogas, são apenas parte do problema de uma atuação descontrolada do poder estatal, alheia aos limites constitucionais, que já é regra na seara penal.

## 2. NARRATIVA POLICIAL COMO ESSENCIALIZAÇÃO

Como objeto de estudo, as narrativas policiais precisam ser localizadas dentro do contexto maior do qual foram retiradas, que é o processo penal. Marcadamente ambíguos, os relatos daí extraídos denotam influências pessoais e da corporação, sentimentos e anseios, resultando naquilo que, no processo, pode ser chamado de prova testemunhal. Do complexo, retira-se o simplificado, e muito se perde na simples transcrição desses testemunhos. Não é possível, nesse contexto, afirmar quem fala através do policial, mas é preciso ver que, em todos os processos analisados de tráfico ilícito de drogas, é essencial que eles falem alguma coisa. Afinal, as denúncias em sua totalidade<sup>3</sup> dependem da sua versão.

Apesar desse quadro, as narrativas policiais quase sempre são rasas e não apresentam maior complexidade, reproduzindo o que havia sido relatado quando da apresentação do preso em flagrante. São concatenados jargões policiais – o suspeito ou indivíduo, que estava em atitude suspeita em local conhecido como ponto de tráfico, empreendeu fuga ao avistar a guarnição, entre outros – até o resultado final, que é a prisão da pessoa e sua condução à delegacia de polícia. Não há maiores considerações sobre o local ou o indivíduo, pois as características já estão dadas, mesmo que inconscientemente: não é o policial que impõe rótulos e opera com preconceitos; ele simplesmente os reproduz e, ao que parece, espera dos demais atores processuais que os entendam subliminarmente.

A narrativa policial opera com um repertório muito próprio, mas ela reproduz significações facilmente verificadas no mais senso comum discurso sobre o crime e suas manifestações. Nesse ponto, importante consignar o que Teresa Pires do Rio Caldeira aponta como fala do crime, ou simplesmente narrativas sobre o crime. Em estudo etnográfico realizado na cidade de São Paulo, Caldeira percebeu a similitude com que diversas pessoas, em diferentes estratos sociais, lidavam com expressões de criminalidade e violência, reproduzindo narrativas a fim de por ordem na “desordem da experiência causada pelo crime”<sup>9</sup>. Essas narrativas do crime produzem um certo tipo

9. CALDEIRA, Teresa P. do R. *Op. cit.*, p. 39.

de significação, fazendo que a narrativa costure aquilo que a experiência da violência rompeu. Essas narrativas seriam sempre simplistas, intolerantes e marcadas por estereótipos, justamente porque é necessário por ordem no que é desordem; é preciso ressimbolizar a violência, colocando-a ao alcance da fácil compreensão, nem que seja através de essencializações.

Nesse sentido, as narrativas policiais não excedem o que é próprio da fala do crime: apesar da violência de Estado ser um dado histórico da sociedade brasileira<sup>10</sup>, o relato policial observado não carrega nas adjetivações ou nos símbolos comumente associados à persecução penal truculenta e autoritária, o que caracterizaria a contraditória violência entre a ação e o discurso. Não necessariamente opostos, mas um dependendo do outro, na mesma relação de ordem e desordem que Caldeira suscitou entre a experiência do crime e a narrativa sobre esse fenômeno. Se a ação foi marcada pelo abuso da força e da autoridade, o relato não só diverge disso ao apontar diversa dinâmica dos fatos como também na sutileza das expressões adotadas.

Partindo desse mesmo paradigma, a narrativa policial pretende por ordem no que é desordem de uma forma muito própria, pois ao contrário dos sujeitos entrevistados por Caldeira, a experiência de violência insere na ideia de crime não os encontra, mas deve ser por eles desvelada. O agente não sofre a experiência do crime passivamente e busca, na narrativa, reorganizar o desembaralhado que ela deixou; é sua função buscar a desorganização e impedir que ela ocorra, impondo a pretensa ordem de forma simbólica e também em narrativa. Esse ressignificar seria próprio da ação policial e também de sua narrativa justificante posterior.

Com isso, pretende-se observar que o relato policial não está além da fala do crime e opera, em parte, com as mesmas lógicas, embora a sua ressimbolização tenha diferentes nuances. Assim como a fala do crime, a narrativa policial é marcada pelo simplismo, pela intolerância e pelo reforço de estereótipos, até porque ambas precisam discriminar para criminalizar<sup>11</sup>. Atuando com estereótipos, essa fala opera com o reforço de essencializações que vinculam, por exemplo, as áreas mais pobres com o crime, especialmente o tráfico de drogas (o conhecido ponto de tráfico). Essencializar, nesse contexto, nada

10. GONÇALVES, Vanessa Chiari. *Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 7.

11. Embora Teresa Caldeira aponte que a fala do crime, em uma sociedade extremamente desigual, não incorpora a experiência dos grupos dominados, passando a discriminá-los e criminalizá-los, vou além para afirmar que a discriminação é própria do processo de criminalização. Ver CALDEIRA, *Op. cit.*, p. 43.

mais é do que por ordem naquilo que não é ordem, que é desordem e, portanto, é criminoso. A narrativa, pois, quer justificar a ação policial, reforçando os mesmos lugares comuns da fala do crime.

Atenção especial na pesquisa foi dada ao conjunto de expressões utilizadas pelos policiais para referir as casas em que ingressavam para apreender drogas – o que mereceu análise apartada na monografia supracitada e que interessa ao debate acerca da narrativa policial. Por exemplo, foi verificada a utilização em larga escala do termo barraco para se referir às residências em que diversos réus foram presos, como se observa da apelação-crime número 70069163244. Nesse julgamento, constou que a narrativa policial em juízo apontou o ingresso em uma casa, mas a denúncia transcrita referiu a realização de buscas em um barraco, o que provavelmente teria constado no primeiro relato policial, prestado ainda no auto de prisão em flagrante.

A mesma terminologia teria constado nos acórdãos das apelações 70057168657, 70060817384, 70071131643 e 70062203625. Neste último, há uma combinação de referências de modo a demonstrar que a utilização do termo barraco importa à narrativa e ao que nela se encontra escamoteado. Além do termo adotado para criar a imagem do local, constou no depoimento de um dos policiais militares que aquilo “não era residência, era ponto de tráfico. Não tinha nem cama, eram uns colchão no chão”. O acórdão confirmou, todavia, que aquele era o domicílio dos réus, embora a situação precária descrita.

Casos como este não são isolados, e em diversos deles são apontadas, nas narrativas policiais, a falta de algumas características que vinculem aquela construção à imagem de casa, espaço de proteção constitucional. A falta de mobiliário e eletrodomésticos é sempre notada, a descaracterizar o local espacialmente, colocando-o como espaço do crime e fora da proteção constitucional do domicílio. Isso não significa que os agentes não veem naqueles locais a possibilidade de alguém residir, mas tão somente que a narrativa sobre o local precisa colocá-lo nesse patamar, ou a ação policial não estaria devidamente justificada. Afinal, se é preciso por ordem na desordem, as casas que não se encaixam nessa descrição não são merecedoras de proteção, justamente por estarem relacionadas ao crime, que é, sob determinados pontos de vista, intrinsecamente desordem.

Nessa perspectiva, apesar da narrativa policial não colocar extrema carga sobre as circunstâncias da apreensão ou sobre o próprio indivíduo

abordado, isso não significa que a escolha dos apontamentos não seja por si só representativa dos estereótipos por vezes positivistas que ainda predominam o repertório policial.

Escamotear significados, descrever cenas com pouco detalhamento e mesmo assim se fazer entender é sugestivo de que todos os atores processuais partilham dos mesmos raciocínios simplistas, o que parece ser uma crença compartilhada entre os policiais e que é verificável no mundo dos fatos. Como testemunhas, os agentes geralmente só respondem ao que lhes é perguntado, e se não há preocupação dos demais acerca das efetivas circunstâncias constatadas para as buscas, não são os agentes que vão buscar justificá-las.

Isso dificulta em muito não só a aplicação do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca das buscas domiciliares sem mandado, a exigir dos policiais que justifiquem o ingresso com fundadas razões, mas também entender o que de fato aconteceu durante a abordagem.

A ausência de detalhamento nas versões policiais é problema que pode derivar de diversos fatores; nos processos em que houve busca domiciliar sem a presença de um mandado, a questão se coloca com maior proeminência.

Mesmo com o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não houve modificação no esforço narrativo. A preocupação em justificar as buscas com razões objetivas ainda é praticamente nula, inexistindo qualquer novo procedimento policial para identificar as fundadas razões que levaram aqueles policiais, naquele exato caso, a ingressar no domicílio alheio. As análises sobre a (i)legalidade da busca segue sendo feita com base nos relatos prestados pelos agentes enquanto testemunhas.

Duas questões sobre o fraco detalhamento narrativo precisam ser ressaltadas. A primeira delas é relativa ao treinamento policial, muitas vezes relacionado ao despreparo e ao mau desempenho dos agentes em suas funções<sup>12</sup>. Ao menos em um dos processos analisados, um dos policiais chegou a afirmar expressamente “nós ingressamos sem mandado porque o crime de tráfico, até aonde me consta, não preciso de um mandado e uma vez que ele está numa situação de flagrante”, o que pode estar relacionado à resistência dos policiais em apresentar relato detalhado acerca das abordagens. Se o flagrante posterior por si só legitima a abordagem, o agente não precisaria de

12. LIMA, Roberto Kant de. Direitos civis, estado de direito e “cultura policial”: a formação policial em questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 41/2003, p. 241-256.

qualquer esforço para narrar detalhes do que o motivou a lá ingressar.

Em segundo lugar, essa inação ou lacuna discursiva pode também decorrer, na interpretação dos acórdãos como um todo, da premissa de que o relato dos policiais goza de alguma presunção de veracidade que lhes é atribuída automaticamente pela jurisdição e da qual é muito difícil de se desvencilhar<sup>13</sup>. Esse de fato não é um problema próprio das buscas domiciliares sem mandado, mas sim de toda a crítica criminológica relacionado ao paradigma da guerra às drogas e todos os problemas de seletividade, violações e encarceramento dele decorrentes.

Embora seja utilizada para justificar a abordagem, a narrativa policial também é adotada, por vezes, como única prova para condenar, e em diversas situações é como se nada pudesse colocá-la em dúvida, de modo que a inexistência de qualquer esforço em justificar as abordagens pode ser reflexo desse posicionamento. Afinal, se toda e qualquer justificativa será tomada como válida e verdadeira, não é preciso qualquer aprofundamento na sua exposição. Quando algo a mais é exigido, os policiais respondem de forma curta e, em algumas oportunidades, ríspida.

Quando existe, o detalhamento visa exatamente a reforçar o ciclo da narrativa sobre o crime. São simplistas e reforçam preconceitos e estereótipos, menos sobre os indivíduos (com referências no máximo a prisões anteriores e outras abordagens) e mais sobre os espaços sociais, suas residências simples e as regiões onde moram, locais frequentemente relacionados ao discurso de criminalidade.

### 3. POSSÍVEIS CONCLUSÕES

O conjunto de fatores mencionados não esgota a análise da narrativa policial, mas tenta compreendê-lo através da perspectiva da fala do crime, que é sempre simplista e busca em lugares comuns ordenar o que está, sob determinada perspectiva, desordenado.

Nesse contexto, as narrativas policiais não apresentam maior detalhamento quanto às circunstâncias da abordagem justamente porque o relato não deve servir para demonstrar o que aconteceu, mas para justificar a própria abordagem. Essa justificativa, como visto, não surge de forma concatenada e objetiva, mas partindo de detalhamentos que reforçam estereótipos e

13. Na letra de Sabotage, “*uma mentira deles, dez verdades*”.

estigmas, como a utilização de termos depreciativos para denominar as casas ou a descrição dos locais como espaços voltados ao crime.

De fato, as narrativas demonstram uma certa linearidade e determinados pontos de convergência na utilização de expressões que geralmente representam impressões subjetivas, como a referência ao termo atitude suspeita, nem sempre acompanhadas de justificativa objetiva a acompanhar a avaliação feita, o que também ocorre com o conhecido ponto de tráfico, embora nada se saiba de antemão sobre o local. A falta de maiores explicações não é óbice ao andamento do processo ou à consideração da narrativa policial enquanto prova, o que demonstra um consentimento dos demais atores processuais com essa forma de narrativa.

Apesar da crítica ao relato policial como prova inconteste, que não é tão atual, não se vislumbra qualquer alteração próxima no sentido de observar um aprofundamento na complexidade dos relatos, algum esforço na justificação das abordagens ou, no mínimo, a exigência de que os policiais apresentem justificativas objetivas para o ingresso nos domicílios. Enquanto isso, seus relatos permanecem rasos em sua maior parte, aprofundando apenas nos pontos em que reforçam estigmas e confirmam a existência de um forte e permanente controle social sobre os mais pobres.

## REFERÊNCIAS

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. 3. ed. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2011.

CHRISTIE, Nils. **Uma quantidade razoável de crime**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

LIMA, Roberto Kant de. Direitos civis, estado de direito e “cultura policial”: a formação policial em questão. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 41/2003.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

## PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DO PREJUÍZO AO RÉU DECORRENTE DA INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO NO RITO ESPECIAL DA LEI DE DROGAS.

Arthur Gabriel Marcon Vasques<sup>1</sup>

Rejane Alves de Arruda<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem como desígnio uma profunda análise acerca do impacto da alteração do momento do interrogatório do réu proposto pela Lei de Drogas. No aspecto processual, essa aparenta ser uma legislação de urgência, pois, na tentativa de enfrentar a problemática, acaba por institucionalizar mitigações de garantias fundamentais. Aferiu-se também a deturpação da função do processo penal, não servindo mais à proteção do réu e sim como artifício na busca de incriminar e encarcerar, fato que incide diretamente no aumento exponencial do número de presos no país — delicado problema nacional. Desta forma, para execução da pesquisa, utilizou-se do método de análise hipotético-dedutivo, com escopo em pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e históricas buscando delinear os efeitos de não se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender pessoalmente de todas as provas produzidas durante o processo, relativizando o seu direito à autodefesa e comprometendo uma garantia constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** lei de drogas, ampla defesa, processo penal constitucional.

## 1. INTRODUÇÃO

A política do combate às drogas está em constante discussão, visto que os resultados obtidos, até então, são negativos. O problema do tráfico não foi

1. Graduando do 7º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. Campo-Grande, MS. Presidente do Diretório Acadêmico Clóvis Beviláqua (DACLOBE-UCDB). Membro da Comissão de Acadêmicos e Estagiários, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul – CAED OAB/MS; Pesquisador Voluntário de Iniciação Científica – PIBIC (2015-2016); Bolsista de Iniciação Científica pela UCDB (2017-2018) no projeto “A eficácia e a restrição dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal”, coordenado pela professora Drª. Rejane Alves de Arruda. É membro diretor do Grupo de Pesquisa Jurídica Aplicada Vespasiano Barbosa Martins. Tem experiência na área de Direito Penal e Constitucional. E-mail: arthurmarconvasques@gmail.com / Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5544781766175587>
2. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000), Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (1995). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professora Adjunta (concurada) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS). Professora convidada da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP). Advogada militante. E-mail: rejane.arruda@hotmail.com.

resolvido, e os presídios brasileiros alcançaram índices de superlotação nunca antes registrados, o que coloca em xeque a tática que vem sendo aplicada como a capaz de conter com essa mazela social.

Assim, sendo imperioso o estudo acerca das consequências da inversão da ordem da audiência no rito da Lei de Drogas, cumpre registrar que no capítulo 2 do presente artigo buscar-se-á evidenciar a discussão sobre a evolução histórica do processo de constitucionalização mundial e também como se deu o processo de inserção dos princípios do processo penal no ordenamento jurídico, mais especificamente na Constituição Federal.

Por conseguinte, considerando que o tema do presente estudo caminha no sentido de verificar a mitigação do princípio da ampla defesa e do contraditório, o capítulo 3 tratará sobre a incompatibilidade do rito ordinário previsto no Código de Processo Penal (após a reforma) com o rito elencado na Lei de Drogas, e um debate acerca da aplicabilidade de ambas, para que, ao fim, no capítulo 4, proponha um debate acerca das consequências que a política criminal e de repressão às drogas vêm causando, bem como buscar-se-á alternativas processuais para que o réu não saia prejudicado com a aplicação do rito especial, e possa se defender de tudo o que lhe fora imputado, sendo interrogado ao final.

## 2. PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

A relação existente entre a constitucionalização e os princípios é latente, pois a partir do afloramento do primeiro processo citado, houve uma movimentação mundial no sentido de criar um documento normativo superior e com poder originário, a fim de dar segurança e estabilidade jurídico-social em dado país. E juntamente com esse movimento e a criação do que hoje chamamos de “Constituição” veio o conteúdo presente nela, ou seja, aquilo que mereceria estar cravado em um documento de tamanha importância e relevância. Momento em que se passou a elevar ao ponto mais alto de um ordenamento jurídico as garantias individuais e os princípios que regeriam toda a sociedade e os seus sistemas.

### 2.1. HISTÓRICO DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma disposição

organizacional e hierárquica baseada na icônica pirâmide de Hans Kelsen<sup>3</sup>, figura essa trazida pelo jurista austríaco em sua mais importante obra no campo jurídico: *A teoria pura do direito*. Em breve e concentrada síntese do pensamento do autor, é pertinente a observação que o trabalho se baseia em uma dicotomia: norma superior fundante versus norma superior fundada, devendo esta sempre obedecer e se submeter àquela, sendo assim, todas as leis de um dado ordenamento jurídico estão subordinadas a uma lei maior, pensamento fomentador da criação das Constituições Nacionais.

O constitucionalista Luís Roberto Barroso (2005, s/p) elucida o fato de ter ocorrido na Alemanha — então dividida — a gênese do processo de constitucionalização do Direito:

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.

Após demarcar esse importante ponto, qual seja, que todas as leis infraconstitucionais devem estar em conformidade com a Constituição de seu respectivo país, pertinente citar que o mundo passou por um processo de *Constitucionalização dos Direitos Humanos*. Acelerado pelo Pós-Guerra — momento histórico em que houve uma conscientização coletiva a respeito do valor da vida humana — a então recém-criada Organização das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fazendo com que os países adotassem medidas efetivas para aplicação dos preceitos lá elucidados.

Pois bem, o processo de elevação dos direitos fundamentais ao mais alto degrau normativo de uma nação deve vir acompanhado de instrumentos que viabilizem sua aplicabilidade prática, para que não se tenha apenas a existência formal desses preceitos. Sobretudo sua posição de destaque os confere status

3. Hans Kelsen nasceu em Praga. Estudou direito na Universidade de Viena, recebendo o seu título de doutor em 1906. Em 1911, recebeu o título de livre-docente e publicou o seu primeiro trabalho *Problemas fundamentais da Teoria do Direito do Estado (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre)*, o qual recebeu a segunda edição, com famoso prefácio, em 1923. É considerado o principal representante da chamada Escola Normativista do Direito, ramo da Escola Positivista.

de fundamentos imutáveis e basilares de uma civilização.

Sobre o tema muito bem leciona Canotilho (1997, p.347):

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de direito fundamental colocado no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, ‘os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

Conduzindo a discussão para o ordenamento jurídico pátrio, a Constituição da República Federativa do Brasil, envolta em elogios e críticas — juízo de valor esse que não é objeto da análise do presente artigo — contribuiu decisoriamente para o firmamento do mais longo período de estabilidade política e macro-organizacional da história do país. Conforme bem aponta Barroso (2015, p. 521):

No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores, transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com a sua ordem, unidade e harmonia — mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição.

O processo de constitucionalização acaba por submeter todos os ramos do Direito ao crivo constitucional. Adentrando na área penal tal medida implica em, primeiramente, dar validade às normas e ao processo de interpretação delas, contudo, apresenta impacto principalmente no processo legislativo, limitando as proposituras de projetos de lei (por meio das Comissões de Constituição e Justiça), e mesmo depois de, eventualmente, serem convertidos em lei, e já vigendo como tal, estas podem ser alcançadas pelo eficiente controle de constitucionalidade previsto na magna-carta.

## 2.2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS BASILARES

Os princípios possuem absoluta relevância na ordem jurídico-social de uma nação, deve ser observado desde o processo interpretativo até o a efetiva aplicação do Direito, cabendo a todos aqueles que o aplicam resguardar suas ações aos preceitos principiológicos de dado ordenamento jurídico, assim elucida Rizzato Nunes (2016, p.220) ao escrever que um princípio é “como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas”.

Por também estarem situados no mais alto ponto do ordenamento jurídico, acabam por influir diretamente em todas as áreas do Direito, inclusive no Processo Penal, o qual guarda muitos princípios que não podem ser ignorados, se o objetivo for alcançar sua aplicação justa e consciente.

### 2.2.1. Princípio do devido processo legal

Percorrendo ainda o infindável caminho dos Direitos Fundamentais e se aproximando da reflexão que esse artigo propõe provocar, alguns princípios milenares ganham espaço na discussão. O já consagrado princípio do devido processo legal teve sua primeira aparição formal na Inglaterra, por meio da Carta Magna de 1215. A motivação histórica para o surgimento desse instrumento jurídico foi um revide ao poder real absolutista da época. Inicialmente, como principal interesse, apenas buscava limitar a arbitrariedade do soberano e reduzir os impostos recolhidos para subsidiar os conflitos contra a França. Todavia, o desprezioso instituto presente no artigo 39 do documento estava fadado a ser a maior das garantias de liberdade dos indivíduos e a principal arma contra a tirania do poder estatal, servindo como base para toda a civilização.

Diversos outros importantes preceitos jurídicos são oriundos desse grande princípio, podendo-se destacar, pela pertinência dentro da temática que se aborda nesse texto, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa, os quais serão detalhadamente abordados a seguir.

### 2.2.2. Princípio do contraditório e da ampla defesa

Princípios norteadores de toda relação processual, possuem previsão legal na própria Constituição Federal, sendo-lhes conferidos grau de máxima importância e passíveis de mínimas mitigações. Assim está redigido o artigo 5º, inciso LV, do diploma legal: “Aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Com o fim único de elucidar o princípio do contraditório, válidas são as palavras de Vicente Greco filho (2015, s/p) que bem o conceitua e ainda traz, em sua explicação, um apontamento válido para o assunto que será aprofundado nesse texto.

O contraditório pode ser definido como o meio ou o instrumento técnico contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas, que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar sua produção, fazendo no caso de testemunhas, as perguntas que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar presentes e recorrer quando inconformado. (grifo nosso)

Também a título de conceituação, a respeito da ampla defesa, importantes são os apontamentos de Fernando Capez (2013, p. 65-66):

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV). Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. Assim qualquer que seja a situação que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo, é óbvio, nas hipóteses de contrarrazões de recurso, de sustentação oral ou de manifestação dos procuradores de justiça, em segunda instância), obriga, sempre, seja aberta vista dos autos à defensoria do acusado, para que possa exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra. (Grifo nosso)

Ademais, presente também no pacto internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, 3, d, o direito de toda pessoa acusada de infração penal se defender pessoalmente dentro do processo ganha respaldo na legislação brasileira. Como muito bem assinalou o Procurador de Justiça Fernando Capez, merece respaldo a necessidade de o réu em uma ação penal ter assegurado a prerrogativa de ser tutelado por um defensor técnico e principalmente ter o direito de se defender pessoalmente, de forma efetiva e decisiva no processo. Posição adquira ao ser dado à sua palavra a relevância que merece, e, principalmente, poder o magistrado firmar seu convencimento confrontando todo o conjunto probatório da ação com o depoimento final do réu, dando a ele amplo conhecimento das provas e oportunizando-o refutá-las.

### 3. ORDEM DE OITIVAS NA AUDIÊNCIA REGIDA PELA LEI DE DROGAS E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Após a reforma que o Código de Processo Penal sofreu em 2008, houve, no ordenamento jurídico pátrio, diferentes ritos de condução da audiência. Hoje a lei geral estabelece o interrogatório do réu ao final, após todas as oitivas e produção de todas as provas, e a lei especial prevê que o interrogatório do réu deve ser o ato inaugural da audiência de instrução e julgamento. É possível entender o tamanho dessa discussão, e a importância que deve ser atribuída a tal ato, a partir de uma reflexão acerca da natureza jurídica do interrogatório e a relevância que deve ser concedida a esse momento ímpar dentro da audiência.

#### 3.1. NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU

Objeto de análise e fundamentados debates, esse tema mereceria um artigo só para si, visando percorrer os trilhos históricos e principais marcos onde o uso do interrogatório ora apresentava caráter probatório, ora instrumento de defesa. Como não há disponibilidade, no presente trabalho, de estender a discussão sobre o tema, far-se-á uma pequena síntese das possíveis correntes defendidas pelos principais doutrinadores brasileiros.

Há quem defenda que o interrogatório é mero artifício para obtenção de prova, amparando sua tese basicamente na interpretação isolada do Código de Processo Penal. O decreto-lei nº 3.689/41 alocou o capítulo pertinente ao interrogatório do réu dentro do título que trata sobre as provas, todavia o mais correto nesse caso seria lançar mão de uma interpretação sistemática da referida disposição. Desta feita, o artigo 186 do mesmo diploma normativo – em sua versão original – ilustra satisfatoriamente a discordância apresentada quando feita a utilização do primeiro método de forma apartada: quando traz em seu corpo que o “seu silêncio (do réu) poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”, afronta de forma grosseira os princípios consolidados de um Estado Democrático de Direito, onde é assegurado, entre outras garantias, o Direito Constitucional de não produzir prova contra si mesmo, efetivado pelo direito ao silêncio. Portanto a lição que extrai nesse momento é que não é possível interpretar qualquer texto normativo isoladamente, e, principalmente, sem resplandecer sobre ele a luz da Constituição Federal.

Partindo para o outro extremo é possível encontrar aqueles que interpretam ser de caráter unicamente defensivo o instrumento do interrogatório. Um dos principais defensores desta teoria é o processualista Paulo Rangel (2012, p. 570), com relevantes apontamentos.

Tem natureza jurídica de um meio de defesa, pois é dado ao acusado o direito constitucional de permanecer calado, sem que o silêncio lhe acarrete prejuízos, pois o parágrafo único do art. 186 do CPP veda expressamente aquilo que a CRFB já fazia, mas precisava de uma lei para dar efetividade à Constituição, o que, por si só, caracteriza um absurdo incomensurável. Ademais, o interrogatório é realizado depois da oitiva das testemunhas, isto é, como instrumento de defesa.

Importante entender que o sistema penal que o Brasil adotou é o acusatório, e não mais o inquisitório. A própria Constituição elenca garantias que não seriam possíveis naquele segundo sistema, tais como a própria ampla defesa e o contraditório. Isso significa dizer que, o processo não visa mais a perseguição e arrecadação de provas a qualquer custo, dispondo de qualquer meio, e não respeitando garantias. Segundo Aury Lopes Júnior (2015, p. 133): “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes”.

Pois bem, ao ver deste que escreve, não há outra forma de encarar o interrogatório — após valer-se de uma leitura garantista e constitucional — senão como sendo meio de defesa. O direito ao silêncio é protegido, tendo a faculdade de dar a sua versão dos fatos, ou seja, o acusado não é mais encarado como um elemento probatório e sim um sujeito processual.

Para encerrar, por ora, a discussão e iniciando o raciocínio do momento próximo, tem-se que somente após as provas serem trazidas ao processo é que o réu tem capacidade para ser ouvida, qualquer coisa diferente disso, que inverta o momento do interrogatório para antes da arrecadação das provas, é uma técnica processual típica do jogo inquisitório que não respeita garantias, e consequentemente não se encaixa em nosso ordenamento jurídico (LOPES JR, 2015).

### 3.2. ALTERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUANTO À ORDEM DO INTERROGATÓRIO DO RÉU

A lei 11.719/2008 alterou alguns procedimentos processuais do rito ordinário presente no Código de Processo Penal, e dentre essas mudanças está o momento de se ouvir cada parte do processo. Anteriormente o CPP previa em

seu artigo 394 que após o recebimento da denúncia ou queixa pelo juiz, este designaria data e local para interrogar o réu. Após a reforma o assunto passou a ser tratado, nos artigos 396 e 400, da seguinte forma (BRASIL. CPP, 1941):

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e **ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito**, no prazo de 10 (dez) dias. (Grifo nosso)

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, **interrogando-se, em seguida, o acusado**. (Grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito da respectiva alteração trazida pela lei 11.719/2008, analisando seus efeitos na ordem processual. Válidas são as considerações tecidas pelo eminente Ministro Celso de Mello durante os debates da Ação Penal 470. Em transcrição livre, dado que o v. acórdão ainda não foi inteiramente lavrado, nas palavras do e. ministro:

Agora, de outro lado, tal seja a compreensão que se dê ao ato de interrogatório, que, mais do que simples meio de prova, é um ato eminente de defesa daquele que sofre a imputação penal e é o instante mesmo em que ele poderá, no exercício de uma prerrogativa indisponível, que é o da autodefesa e que compõe o conceito mais amplo e constitucional do direito de defesa, tal seja a compreensão então que se dê ao ato de interrogatório – eu, por exemplo, vejo, no interrogatório, um ato de defesa, e isso foi muito acentuado por essa recente alteração introduzida pela reforma processual penal de 2008 – portanto, a realização do interrogatório do acusado como o ato final da fase instrutória permitirá a ele ter, digamos, um panorama geral, uma visão global de todas as provas até então produzidas nos autos, quer aquelas que o favorecem, quer aquelas que o incriminam, uma vez que ele, ao contrário do que hoje sucede – hoje, o interrogatório como sendo um ato que precede a própria instrução probatória muitas vezes não permite ao réu que apresente elementos de defesa que possam suportar aquela versão que ele pretende transmitir ao juízo processante -, com a nova disciplina ritual e tendo lugar na última fase da instrução probatória o ato do interrogatório, o acusado terá plenas condições de estruturar de forma muito mais adequada a sua defesa, embora ele, como réu, não tenha o ônus de provar a sua própria inocência; cabe sempre o ônus da prova a quem acusa.

Sem dúvidas essa breve manifestação já daria ensejo à estruturação de diversos núcleos de estudos e debates, mas filtrando os aspectos que mais

validam a pesquisa e reflexão que se faz nesse trabalho, tem-se a reiterada preocupação, tanto do ministro redator como de todos os demais, em sopesar e apreciar a natureza do interrogatório do réu; como se verá a seguir.

### 3.3. CONFLITO DE NATUREZAS JURÍDICAS DAS NORMAS

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece o princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), o qual regula que, em caso de eventual conflito de normas, a lei especial prevalece sobre a lei geral, por conter elementos especializantes que, em tese, atribuem maior expertise ao texto legal.

O principal argumento utilizado por quem defende a tese de que o interrogatório deve ser realizado como ato inaugural da audiência é o puro e simples positivismo, ou seja, se a Lei de Drogas prevê que seja feito dessa forma, inquestionavelmente deve ser seguida. A principal falha desse raciocínio, fora a interpretação isolada da lei, está na ignorância histórico-normativa.

Como já fora exposto detalhadamente (item 2.2.), a Lei 11.343 entrou em vigor em 2006, momento em que o Código de Processo Penal determinava que o interrogatório fosse feito, também, no início da audiência. Ocorre que em 2008, por meio da Lei 11.719, esse rito foi alterado, momento em que o interrogatório passou a ser o ato que finaliza a audiência de instrução e julgamento. Nota-se que o contexto histórico não mostra uma atitude positiva da Lei de Drogas em alterar um dispositivo previsto na lei geral, causando uma revolução jurídica, *a contrario sensu*, observa-se tão somente uma inércia da lei especial em não acompanhar as alterações trazidas no procedimento comum ordinário.

Como a Lei 11.343 surgiu sob a égide do posicionamento antigo do Código de Processo Penal, imitando-o em vários aspectos processuais, esperava-se que, com a alteração de 2008, também ela fosse modificada a fim de unificar os procedimentos. Mas não foi feito dessa forma.

A sensação experimentada por este que escreve é que o processo legislativo, mais uma vez, produziu uma reforma incompleta. Não é defendido aqui que o correto seria a mudança automática da lei especial somente pelo fato da lei geral ter sido alterada, entretanto na mesma toada de debates no Congresso Nacional acerca do texto da Lei 11.719 deveria ter sido trazido à baila a discussão acerca deste procedimento especial, o que economizaria tempo e produção — doutrinária e jurisprudencial.

Ademais, não detém sustento a tese de absoluto prevalecimento da lei

especial sobre a lei geral, visão essa que fora expressa e defendida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, em seu voto no Agravo Regimental na ação Penal 528/DF:

É que, a meu sentir, a norma especial prevalece sobre a geral apenas nas hipóteses em que estiver presente alguma incompatibilidade manifesta e insuperável entre elas. Nos demais casos, considerando a sempre necessária aplicação sistemática do direito, cumpre cuidar para que essas normas aparentemente antagônicas convivam harmonicamente.

Já que não houve a retificação legislativa no tocante à Lei de Drogas, poderia, por parte dos aplicadores do Direito, mais especificamente dos magistrados, uma revogação tácita do dispositivo, e lançar mão da prerrogativa que a Lei 8.038/90 traz em seu artigo 9º, qual seja: “A instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal.”

### 3.4. A QUESTÃO DA NOVA LEI PROCESSUAL PREJUDICIAL AO RÉU

José Carlos Porciúncula (2017, s/p) levanta novamente a bandeira que a velha máxima *tempus regit actum* não possui aplicabilidade absoluta, sem exceções. Não se pode, simplesmente por taxar uma norma como sendo de conteúdo processual, impedir que haja discussão sobre ela ser mais benéfica ou não ao réu.

O artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso XL, estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, eis a positivação do princípio da legalidade juntamente com o mandamento da irretroatividade da lei penal mais gravosa, e aqui se for utilizado uma interpretação literal verá apenas a garantia à “lei penal”. Todavia, a história mostra que tal princípio foi criado como resguardo aos arbítrios de quem detém o poder, nesse caso, o legislador. E mais, se for empregado um olhar mais humano à essa problemática, e tentar extrair qual é o real “desejo” da norma, notar-se-á que ela busca unicamente a proteção do réu.

Importante esse raciocínio para que seja possível, neste momento, compreender que, muitas vezes, a norma possui caráter processual, entretanto a sua aplicação pode causar prejuízo ao réu, mitigar garantias e ferir direitos fundamentais. E é nesses momentos que se faz necessária a aplicação da lei processual mais benéfica. Porciúncula (2017) traz um relevante apontamento:

Por fim, cabe mencionar a advertência feita pela Suprema Corte Americana em

Collins v. Youngblood<sup>4</sup>: “no que diz respeito à lei processual que afeta questões de substância ou de direito substantivo, o verdadeiro alcance não é estender a cláusula [de proibição de retroatividade] à lei processual, mas advertir que a mera classificação de uma lei com o rótulo de processual, em oposição à lei material, não exclui automaticamente tal lei do alcance da cláusula”.

Logo, resta claro que, mesmo com a taxação doutrinária e legislativa, não pode haver nenhum escudo que seja capaz de atravancar a proteção do réu no processo penal, a simples nomenclatura das normas em sendo de conteúdo material ou processual não é capaz de blindá-las frente ao garantismo que rege as ações penais.

## 4. CONSEQUÊNCIA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Como toda ação gera uma reação, esta se reflete inicialmente em números. Os últimos dados do Conselho Nacional de Justiça (2014) evidenciam o tamanho do problema enfrentado: o país conta com 711.463 pessoas presas, o que coloca o Brasil em terceiro no ranking mundial de população carcerária. O aumento desde a entrada em vigor da Lei de Drogas é notório e atitudes conscientes e eficazes precisam ser tomadas para reverter esse quadro, e para isso é necessário entender todas as nuances por trás da política de combate às drogas adotada pelo Brasil.

### 4.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ENCARCERAMENTO EM MASSA

A problemática do tráfico de drogas há tempos preocupa os governantes, e esses não encontram saída eficaz para extirpar de vez esse mal da sociedade. Dentro desse caos social enfrentado, a sociedade não mais aguenta conviver e ser refém de todas as mazelas sociais carregadas junto ao problema inicial: as drogas.

E é a partir desse cenário que surge a teoria do Direito Penal do Inimigo, pensado pelo doutrinador alemão Günter Jakobs, a teoria consiste na separação e diferenciação de tratamento entre os delinquentes e os criminosos, que aconteceria da seguinte forma: os delinquentes seriam os conhecidos “cidadãos de bem”, aqueles que possuem uma conduta aparentemente adequada, contudo se, eventualmente, transgredissem algum dispositivo legal seriam julgados de uma maneira equânime, preservando e respeitando todas as suas

4. *Collins v. Youngblood* 497 U.S. 37 (1990).

garantias a fim de, após o encerramento do processo, ser ressocializado e readaptado facilmente ao convívio social. Em contrapartida, o criminoso seria o próprio inimigo do Estado, e seu tratamento seria diferenciado. A intenção seria retirá-lo do convívio social o quanto antes e não importando o *modus operandi*, já que ele não mais era considerado cidadão, devendo permanecer sob a custódia do Estado.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2005, p. 2)

Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

Em outras palavras, o criminoso perde o status de cidadão, o que acarreta em ser tratado como um ser alheio à determinada sociedade, merecendo tratamento inferior e não tendo seus direitos e garantias reconhecidas.

A base filosófica de Jakobs tem muita influência de pensadores como Rousseau, e este afirma que qualquer infrator que vá contra o direito social deixa de ser participante da instituição Estado, posto que se colocou em estado de guerra com este, prova disso é a pena sentenciada contra o malfeitor. A consequência diz assim “(...) ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão” (Noções e Críticas, 2008 p. 25).

O que a política criminal de combate às drogas adotada no país reflete é exatamente isso: uma tentativa frustrada de acabar com o mal, acabando por lançar mão de todas as armas possíveis, ignorando a condição humana do pólo adverso, não se importando com os direitos inerentes ao homem que está do outro lado, e por fim, desprezando as próprias regras do jogo, ou melhor, os princípios que baseiam — ou deviam basear — as atividades do Estado, principalmente na esfera penal.

### 4.2. CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS E AS POSSIBILIDADES DE ENFRENTAMENTO FRENTE A AÇÃO VIOLADORA

Embora seja corriqueiro encontrar julgados onde a parte pedia a nulidade do processo, tendo em vista a mitigação do princípio da ampla defesa

pelo fato de ter sido realizado o interrogatório como ato inicial da audiência, os resultados são sempre unânimes e no mesmo sentido: improcedência.

No atual cenário jurisprudencial a saída não é essa, não há o reconhecimento da nulidade do processo somente pela audiência ter sido realizada no rito previsto na Lei de Drogas. Deve se agir ainda na instrução, antes de prolatada a sentença. O ideal seria, o que pode ser (grossamente) chamado de “ordinarização” do rito, onde o juiz, utilizando das prerrogativas que possui, adota o rito ordinário para a persecução do caso.

Entretanto essa não vem sendo a regra entre os magistrados, infelizmente poucas atitudes como essa são vistas no judiciário, o que força os advogados a se desdobrarem na tentativa de achar soluções para esse percalço. Aury Lopes Jr. (2015, s/p) defende uma técnica que possui aplicabilidade, qual seja:

Mas e se o juiz não fizer isso (utilizar do rito ordinário)? Daí como se trata de um jogo processual, no exercício de tática lícita, cabe ao defensor valer-se das regras do jogo. Como assim? Se o magistrado determinar que seja interrogado primeiro, deve permanecer em silêncio e depois de produzida a prova requerer, por seu defensor, a aplicação do artigo 196 do CPP (“*A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes*”). O requerimento que não é ilícito, teria o condão de fazer valer a plenitude da defesa e caso indeferido pode significar expressivo cerceamento de defesa.

Essa é a beleza do Direito, mais do que o estudo e a luta por fazer valer as suas garantias, deve-se ter a criatividade e domínio legal para encontrar saídas frente às tentativas de cercear e mitigar direitos fundamentais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, o direito penal e processual são aqueles que mais tem potencial de agressão contra aqueles que cometerem deslizes legais — sendo eles criminosos, não delinquentes. Em razão disso deve-se ter máxima cautela na sua aplicação e a constante análise às situações que acabam por ser naturalizadas em meio à sociedade.

Promover uma verdadeira “caça as bruxas”, além de ser uma atitude impensada e imediatista, não culminará na resolução da questão, pelo contrário, criará problemas diversos. Foi possível visualizar exatamente essa ocorrência na problemática trazida pelo artigo em questão. Na tentativa desenfreada de tirar do convívio social aqueles que aparentavam estar envolvidos com o tráfico de drogas — sem a preocupação de analisar os casos concretos — não

se oportunizou o devido processo legal e preconizou pela ampla defesa, ao invés disso prendeu-se provisoriamente, o poder judiciário não quis ouvir o acusado, ou se o fez, assim agiu protocolarmente, como sendo mais um ato da audiência. Dar a importância devida ao réu e à sua fala é elemento primordial do processo penal constitucional. E quando assim não é feito, acontece o que se vê no Brasil: o problema das drogas está longe de ser resolvido, e nesse ínterim a população carcerária só aumenta. Em outras palavras: não se resolveu o primeiro problema e ainda se criou outro muito maior.

Com a palavra, mais uma vez, Aury Lopes Jr.:

Logo, manter o interrogatório como primeiro ato da instrução na Lei de Drogas é uma manipulação da ampla defesa, própria da mentalidade inquisitória, cuja tática defensiva poderá contornar utilizando-se das regras do jogo processual. Por que, salvo se possível a viagem no tempo, não podemos nos defender do que não foi produzido.

Pois bem, para não restarem dúvidas, propiciar ao réu todas as possibilidades de se defender dentro do processo, e proporcioná-lo a oportunidade de se manifestar sobre tudo o que será objeto de julgamento não é privilégio, que deva ser aplicado pela conveniência no julgador, é mandamento constitucional imperativo.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 30 nov. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2015.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14jul 2017, 07:25:00.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. Ag. Reg. Na Ação Penal nº 528/DF**. Plenário. Processual Penal. Interrogatório nas Ações Penais originárias do STF. Ato que deve passar a ser realizado ao final do processo. Relator Min. Ricardo Lewandowski. DJe nº 109, 08 jun. 2011.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processual Penal**. 20. ed. rev., atual e ampliada. São Paulo: Ed. saraiva 2013.
- FILHO, Vicente Greco. **Manual De Processo Penal**. 11ª edição, 2015
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Revista Jurídica Unicoc. Ano II, n.2, 2005. ISSN 1807-023X
- JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo** – Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3ª ed. 2008. 25-40 p.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. **Interrogatório deve ser o último ato do processo**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-03/limite-penal-interrogatorio-ultimo-ato-processo>. Acesso em: 01 dez. 2017.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito** : com exercício para sala de aula e lições de casa – 13. Ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

PORCIÚNCULA, José Carlos. **Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada (art. 4º da Lei 12.850/13)**, 2017. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/backup/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4o-da-lei-12-85013/>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal** – 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014

## CONDUÇÃO COERCITIVA DO RÉU: ATÉ QUE PONTO O INSTITUTO SERVE COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL

Vinicius Rocha de Almeida<sup>1</sup>

Bruno Morel de Abreu<sup>2</sup>

Rejane Alves de Arruda

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por escopo elucidar dúvidas acerca do instituto da condução coercitiva no curso do processo penal brasileiro, mormente na análise das modernas aplicações em meio à operação Lava-Jato, haja vista que em desfavor dela ecoam-se críticas de ilegalidade na utilização do instituto, no sentido de que trata-se de medida de duvidosa constitucionalidade, por representar ofensa à garantia fundamentada no silêncio do réu. Assim, para consecução da pesquisa, valeu-se do método de análise hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, objetivando o estudo material e processual, a fim de visualizar se houve lastros de cometimento de vilipêndios a direitos e garantias fundamentais quando da utilização da condução coercitiva, buscando, por fim, alternativas que não representem prejuízo ou cerceamento de direitos do réu.

**PALAVRAS-CHAVE:** condução coercitiva, processo penal constitucional, silêncio do réu.

### 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa apresenta um estudo acerca do instituto da condução coercitiva, visto que sua atual vigência e aplicação apresentam grandes debates acerca da constitucionalidade ou não do referido instituto, parte da doutrina e dos magistrados entendem que o instituto está em total conformidade com a legislação vigente no país, de outro norte, há aqueles que defendem que a Condução Coercitiva viola princípios e garantias fundamentais do estado democrático de direito.

Para a realização deste trabalho foram efetuadas pesquisas bibliográficas,

1. Graduando do 6º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. Campo-Grande, MS; Estagiário no escritório de advocacia Chiesa Advogados Associados, especializado na área tributária; Membro da Comissão de Acadêmicos e Estagiários, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul – CAED OAB/MS; Membro do Grupo de Pesquisa Jurídica Aplicada Vespasiano Barbosa Martins; E-mail: [viniciusrocha.almeida@outlook.com](mailto:viniciusrocha.almeida@outlook.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6314282618773169>.
2. Cursando do 6º semestre do curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco. Campo Grande, MS. Estagiário do Ministério Público Estadual. E-mail: [Bruno.tra10@hotmail.com](mailto:Bruno.tra10@hotmail.com)

analisando também o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, bem como os tratados internacionais referente aos direitos humanos, os quais a República Federativa do Brasil é signatária, a fim de aprofundar o estudo sobre as o instituto em questão.

Para isso, iniciar-se-á realizando uma análise acerca da evolução histórica da Condução Coercitiva, passando pela sua primeira aparição no âmbito jurídico internacional, quando foi promulgada pelo rei de Portugal na época estando presente nas Ordenações Filipinas, até sua chegada no Brasil, sendo recepcionada por todas as constituições desde então, até que adaptada para o Código Processual Penal de 1941 que, por ser oriundo de um período ditatorial, possui evidente caráter inquisitivo.

Posteriormente, realizar-se-á uma análise quanto da posição doutrinária e do STF acerca constitucionalidade ou não da Condução Coercitiva. Verifica-se que a doutrina majoritária segue a opinião de que o instituto representa violação a diversos princípios constitucionais e a direitos garantidos ao acusado, reforçado pelo pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade promovido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil perante o STF.

Por fim, analisar-se-á os requisitos para aplicação do instituto e a sua aplicação prática, visto que é cediço o lastro de vilipêndio a normas do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no caso de grande repercussão como foi o do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, analisando, por conseguinte o despacho proferido pelo juiz Sergio Moro que conduziu o ex-presidente coercitivamente para tomada de depoimento, em meio às investigações da Operação Lava-Jato.

## 2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONDUÇÃO COERCITIVA

### 2.1. CONCEITO DE CONDUÇÃO COERCITIVA

Preliminarmente, cumpre informar o conceito de Condução Coercitiva, que nada mais é do que um método impositivo aplicado pelas autoridades policiais, desde que munidos de mandado judicial, para garantir que as pessoas intimadas a prestar depoimentos cumpram esta ação.

O instituto é uma modalidade de prisão cautelar de curta duração que tem por finalidade garantir a produção da produção da prova. O Código de

Processo Penal autoriza a aplicação da condução coercitiva do ofendido, da testemunha, do acusado e do perito que se recusem a comparecer em juízo, podendo inclusive serem algemadas e conduzidas em viatura policial, contudo, o presente estudo tem como foco a Condução Coercitiva do réu, que se faz presente no artigo 260 do referido código.

### 2.2. HISTÓRICO O ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O instituto da Condução Coercitiva teve sua primeira aparição no âmbito jurídico internacional em meados de 1595, que estava presente nas Ordenações Filipinas, que foram sancionadas pelo Rei de Portugal Felipe I. Porém, antes de ser assim chamado, o instituto era intitulado como “condução debaixo de vara” e, era assim chamada, por fazer uma alusão às varas que os juízes eram obrigados a carregar sempre que andavam pelas cidades. Assim rogava as Ordenações:

“E os juízes ordinários trarão varas vermelhas e os juízes de fora brancas continuamente, quando pella Villa andarem, sob pena de quinhentos réis, por cada vez, que sem ella forem achados” (Ordenações Filipinas, Liv. 1, Título LXV).

E assim, passados oito anos, em 1603, o Brasil que já estava sendo explorado e colonizado por Portugal, acabou por incorporar no território o mesmo código que vigorava na Metrópole na época. Trazendo, conseqüentemente, o referido instituto para o país que recém se formava.

Com isso, o Brasil viveu sob a égide desta legislação até o ano de 1822, quando declarou sua independência de Portugal e, finalmente, as Ordenações Filipinas perderam sua vigência do país. Contudo, resquícios deste período vivenciado ainda eram visíveis nas legislações que foram surgindo, como é o caso da condução debaixo de vara que se fazia presente no artigo 95 do Código Criminal do Império:

Art. 95. Aqueles que não comparecerem sem motivo justificado, tendo sido citadas, serão conduzidas debaixo de vara, e soffrerão a pena de desobediencia.

Somente no ano de 1941, ou seja, pouco mais de um século da entrada em vigor do Código Criminal do Império, que fora criada uma nova Lei para regular o curso do Processo Penal brasileiro, qual seja, o Código de Processo Penal, que é o código que vigora até hoje no Brasil. Ao analisar o contexto histórico com o que o Código de Processo Penal foi criado, verifica-se que o país passava pela ditadura de Vargas, no episódio conhecido como Estado Novo.

Entender o contexto histórico em que o código fora criado, é importante para entender o porque do forte autoritarismo presente no nosso Código de Processo Penal, que, claro, sofreu algumas sutis alterações com a promulgação da Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã, contudo, manteve a Condução Coercitiva entre seus dispositivos:

Art. 260. Se o acusado não atender á intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo á sua presença.

É notório, então, que o instituto da Condução Coercitiva sempre esteve presente nas legislações vigentes no Brasil, e foi recepcionada pela nossa atual Constituição Federal. Todavia, ecoam críticas quanto da sua legalidade e, tal recepção apresenta questionamentos e, grande parte dos juristas alegam que o instituto, de forma alguma, deveria estar sendo aplicado, tampouco ter sido recepcionado pela Carta Magna.

### 3. DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO

#### 3.1. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal do Brasil nos trouxe vários princípios os quais regem o todo o ordenamento jurídico, não podendo ser violados, assim, toda e qualquer norma e artigo de lei, por exemplo, devem ser revogados caso vá de encontro a algum desses princípios. Porém, o instituto em questão vem se mostrando imune a essa regra, visto que há lastros de cometimento de contradição a princípios.

Cumpra salientar que, a doutrina majoritária passou a entender que a condução do réu perdeu a sua eficácia após a promulgação da Constituição de 1988, já que, em virtude do surgimento de diversos princípios, o réu não é mais obrigado a falar, visto que se encontra amparado pelos referidos princípios.

Desde a Constituição de 1988, não há qualquer obrigatoriedade de comparecimento do acusado ao ato de interrogatório. Direito ao silêncio significa livre escolha quanto ao exercício ou não de meio específico de prova da defesa. Não pode, por isso mesmo, exigir que o réu compareça em juízo, unicamente para ali manifestar seu desejo de não participação. Tendo sido ele citado pessoalmente, o simples não comparecimento em princípio, implicará desinteresse na instrução, o que, de modo algum, poderá autorizar o Estado a adotar providências de natureza coercitiva contra ele. (PACCELLI; FISCHER, 2010, p. 374)

Nesse sentido, o professor doutor Aury Lopes Júnior (2017, p.560) leciona:

Além de completamente absurda no nível de evolução democrática alcançado, é substancialmente inconstitucional, por violar as garantias da presunção de inocência e do direito de silêncio.

Tamanho o debate que em 13 de março de 2017 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil resolveu manifestar-se a respeito na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 444 perante o Supremo Tribunal Federal, defendendo a inconstitucionalidade do instituto, com base na violação de princípios constitucionais.

O STF julgou a ADPF e decidiu por ser constitucional conduzir coercitivamente o acusado, desde que respeitado o requisito imposto pelo artigo 260 do CPP, qual seja, o não atendimento, por parte do acusado, de prévia intimação.

#### 3.2. O PRINCÍPIO DO *nemo tenetur se detegere* E O DIREITO AO SILÊNCIO

Uma das maiores discussões acerca da constitucionalidade ou não do instituto em questão, se da pela análise do princípio do *nemo tenetur se detegere*, trata da prerrogativa da não auto incriminação do acusado, a fim de se evitar que este produza provas contra si mesmo. Nesse sentido, o legislador garantiu o direito ao silêncio, previsto no inciso LXIII do artigo 5º da Carta Magna<sup>3</sup>.

Tal prerrogativa é reiteradamente reafirmada pelo STF, como se infere do Habeas Corpus nº 99289 de relatoria do Ministro Celso de Mello em 23 de junho 2009:

(...) “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW”, QUE COMPREENDE, DENTRE AS DIVERSAS PRERROGATIVAS DE ORDEM JURÍDICA QUE A COMPÕEM, O DIREITO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. – A garantia constitucional do “due process of law” abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável

3. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito à prova; (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e (m) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

**ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO.** – A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal. O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Precedentes. – A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que

afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a “persecutio criminis” nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. – O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional – além de não importar em confissão – jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. Precedentes. **DIREITO A JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS.** – O direito ao julgamento sem dilações indevidas qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do “due process of law”. – O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem direito subjetivo de ser julgado, pelo Poder Judiciário, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. – O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas, em tempo razoável e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional. Doutrina. Precedentes.

(HC 99289, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-01 PP-00075 RTJ VOL-00226-01 PP-00529)

O direito ao silêncio remonta suas origens à Inglaterra do final do século XVI, manifestando-se como o direito que toda pessoa possuiu de não apresentar às autoridades respostas que possam de alguma forma, influenciar na aplicação da lei, não podendo a omissão do acusado ser interpretada em seu prejuízo, ante ao princípio da presunção de inocência.

Importante ressaltar que o Pacto de San José da Costa Rica, também chamada de Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário e que vige em nosso ordenamento jurídico com caráter supra legal, prevê em seu artigo 8º, inciso II, alínea “g”<sup>4</sup> o direito ao silêncio.

Nesta esteira, Nestor Távora afirma:

Sem embargo, certo é que a condução coercitiva do indiciado é medida de duvidosa constitucionalidade, mercê da previsão da garantia fundamental ao silêncio, que torna sem propósito a condução daquele que não deseja

4. Art. 8º, II, g: Toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

participar do interrogatório, acrescido do fato de que este, de acordo com os termos da lei 10.792/2003<sup>5</sup>, passou a ostentar prevalentemente caráter de meio de defesa, não se justificando a condução coercitiva, ainda que autorizada pelo juiz (TÁVORA, 2013, p. 121).

Assim, temos que, não há que se falar na possibilidade ou não da aplicação do instituto, por apresentar lastros de cometimento de violação ao princípio da não autoincriminação, que tem se manifestado, principalmente, pelo direito ao silêncio.

#### 4. DOS ASPECTOS PROCESSUAIS DA APLICAÇÃO E DA SUA APLICAÇÃO PRÁTICA

Embora o instituto da Condução Coercitiva não devesse estar sendo aplicado, ante as violações à garantias e direitos a cima expostas, o legislador apresentou um único requisito para sua aplicação, qual seja o descumprimento, por parte do acusado, de prévia intimação para interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que sem ele não possa ser realizado.

Então, o réu, que, devidamente intimado para comparecimento perante autoridade competente, não comparecer, poderá ser conduzido coercitivamente perante sua presença. E, já que o legislador se preocupou em impor um requisito para a aplicação do instituto, deveria ele ser respeitado e aplicado.

Nota-se, que a única possibilidade de o acusado sofrer a Condução Coercitiva é caso ele não atenda intimação. Todavia, como bem esclarece Guilherme de Souza Nucci, “se o acusado for conhecido e devidamente qualificado, pode optar por não comparecer, fazendo valer o seu direito ao silêncio, sem a necessidade de qualquer medida coercitiva para obrigá-lo a ir a juízo” (NUCCI, 2010, p. 849).

Há assim a impossibilidade de condução coercitiva daquele que, mesmo citado pessoalmente, deixa de comparecer ao ato, sendo que sua ausência deve ser interpretada como uma manifestação de autodefesa, evitando-se o constrangimento de se trazer o réu, contra a sua vontade, para a audiência.

Em um dos casos de maior repercussão envolvendo o instituto em questão, qual seja o do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em meio à operação Lava-Jato, nota-se a clara violação a este requisito com uma análise de soslaio ao despacho proferido pelo juiz Sérgio Moro determinou “a condução coercitiva

5. Alterou a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

para tomada de depoimento” e que “é medida de cunho investigatório”.

É cediço que em momento algum o juiz mencionou o fato de descumprimento de prévia intimação por parte do ex-presidente, justamente pelo fato de não ter havido tal intimação.

Seguindo este norte, Nestor Távora diz que a ausência do indiciado deve ser interpretada como um indicativo de autodefesa, afastando-se a hipótese de condução coercitiva:

“[...] o interrogatório pode funcionar até como fonte de prova, mas não deve ser enquadrado na vala comum dos meios de prova. O mais importante são as consequências processuais de considerar o interrogatório como meio substancial de defesa ligado ao princípio constitucional correlato. A primeira consequência, já reconhecida, é a impossibilidade de haver prejuízo ao imputado por ter invocado o direito ao silêncio, pois este não pode levar à presunção de culpa. Uma segunda seria a impossibilidade de condução coercitiva daquele que mesmo citado pessoalmente, deixa de comparecer ao ato. A ausência deve ser encarada como expressão da autodefesa, evitando-se o constrangimento de trazer o réu, mesmo a contragosto, para a audiência [...]” (TÁVORA, 2013 p. 427).

Destacam-se ainda as lições de Eugênio Pacelli que entende o interrogatório como meio de defesa e que o acusado não é obrigado a prestar esclarecimentos de qualquer natureza, tendo em vista o seu direito constitucional ao silêncio, operando-se assim a revogação tácita do procedimento de condução coercitiva no que tange ao acusado.

“Desse modo, também a condução coercitiva prevista na primeira parte do artigo 260 do CPP, quando determinada para simples interrogatório – meio de defesa, no qual o acusado não é obrigado prestar qualquer informação, nem tem qualquer compromisso com a verdade -, é de se ter por revogada, igualmente por manifesta incompatibilidade com a garantia do silêncio”. (PACELLI, 2014, p. 41/42).

Verifica-se então, que a condução coercitiva nada mais é do que um instituto que apresenta dúvidas quanto à sua constitucionalidade que vem sendo aplicada, já que viola princípios e garantias fundamentais e não respeita os requisitos impostos pelo legislador para sua utilização.

#### 5. CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho foi analisado e exposto motivos, com fundamentos, acerca da inconstitucionalidade do instituto em questão. Constatou-se que a Condução Coercitiva se tornou um instituto desatualizado, que não

acompanhou as mudanças que ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco respeitou a Constituição Federal que veio a surgir no ano de 1988, indo de encontro à Carta Magna, e às convenções as quais o Brasil é signatário.

Constatou-se que a Condução coercitiva é um instituto sem aplicabilidade de prática, visto que não tem nexos para dedicar um tempo para levar o acusado, que já se manifestou contrário à sua presença no ato, contra sua vontade, para chegar perante autoridade e manifestar-se no sentido de permanecer em silêncio.

Nota-se que a condução coercitiva, de certa forma, é um método invasivo na liberdade do acusado, usada para o intimidar e coagir. Tratando-se então, de um método de apresentação obrigatória do acusado, lhe restringindo alguns direitos constitucionais como o da ampla defesa e presunção de inocência. Provando que o instituto perdeu seu caráter de instrumento processual e se tornou apenas um espetáculo midiático.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: {HIPERLINKhttp://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao.htm}. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 23 nov 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 99.289**. Relator Celso de Mello, DF, 23 jun 2009.

JÚNIOR, A.L. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2017

FIGUEIRÓ, Carolina Simões. **A Condução Coercitiva no Sistema Jurídico Brasileiro: um Estudo da sua Recepção sob a Atual Ordem Constitucional**. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14532/1/2016\_CarolinaSimoesFigueiro\_tcc.pdf. Acesso em: 15 nov 2017.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O Problema da Condução Coercitiva para Oitiva do Acusado na Polícia e em Juízo**. Disponível em: https://www.jfn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina-312-o-problema-da-conducao-coercitiva.pdf. Acesso em: 15 nov 2017.

BRASIL, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental com Pedido de Medida Cautelar**. Disponível em: http://s.oab.org.br/arquivos/2017/03/adpf-conducao-coercitiva-versao-final.pdf. Acesso em: 29 nov 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Condução coercitiva do Lula: (i)legalidade e a busca da verdade (Aletheia)**. Disponível em: http://luizflaviogomes.com/conducao-coercitiva-do-lula-ilegalidade-e-a-busca-da-verdade-aletheia/. Acesso em: 07 nov 2017.

## EXPECTATIVAS CONTEMPORÂNEAS EM TORNO DO DIREITO E DO PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTOS DE CONCREÇÃO POLÍTICO-CRIMINAIS

Paulo Thiago Fernandes Dias<sup>1</sup>

Tiago Lorenzini Cunha<sup>2</sup>

**RESUMO:** O estudo acerca das características do Direito e do Processo Penal e da necessidade de proteção dos direitos fundamentais, por meio de políticas públicas, está mais do que atual. Com a crescente divulgação dos temores causados pela onda de criminalidade que aflige o país, bem como pelo discurso oportunista de muitos defensores da chamada Defesa Social, tanto o Direito quanto o Processo Penal passam a exercer um papel ilusório de controle das crenças sociais como instrumentos eficientes para o enfrentamento do problema da violência. O Direito e o Processo Penal, assim compreendidos, perde a característica de instrumento indispensável à proteção dos direitos fundamentais, conforme o desenho que lhe foi dado pela Constituição da República, e se transforma num modelo mais célere, utilitário, próximo ao eficientismo tão almejado para a suposta diminuição da violência social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito; Processo Penal; Constituição.

## 1. INTRODUÇÃO

Em razão da exigência contemporânea da admissão de considerações ou de argumentos reais ou práticos na elaboração e na sistematização da dogmática jurídico-penal, de cunho funcionalista, as reflexões sobre os limites da tutela jurídico-penal e a função que deve assumir o Direito Penal no desenvolvimento humanístico do Direito Positivo, como lógica do Estado, tornam-se temas que suscitam inúmeros desafios, tanto no âmbito dogmático quanto processual penal.

1. Doutorando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela UGF/RJ. Bacharel em Direito pela UFPA. Membro do grupo de pesquisa "Sistemas Punitivos", sob a coordenação do Prof. Dr. André Luís Callegari. Avaliador e parecerista da RBCCRIM. Ex-professor de Direito Penal, Processual Penal e Legislação Penal Especial da FACIMP, da FEST e da IESMA/UNISULMA, todas de Imperatriz/MA. Advogado. Membro do IBCRIM. Lattes: lattes.cnpq.br/424735323466382. Email: paulothiagofernandes@hotmail.com
2. Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS na linha de violência e segurança pública. Atualmente bolsista CAPES. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduado no curso de especialização em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela UFRGS. Graduado em Direito pela PUCRS. Integrante dos Grupos de Pesquisa GEPCCRIM/PUCRS e NUPCCRIM/PUCRS. Advogado criminalista. Lattes: lattes.cnpq.br/1150674172857468. Email: tiagolorenzini@hotmail.com

Paralelamente, esse clamor social (expectativa) por um efficientismo político-populista, parece apontar para uma transformação radical não apenas da forma de justificar o Direito e o Processo Penal na sociedade moderna, mas para uma alteração da essência dessas ciências, a fim de projetarem-se, exclusivamente, como mecanismos político e estratégico de controle social, tendo em vista os alarmantes níveis de violência objetiva (física) e subjetiva (invisível) que tem atingido os territórios brasileiros.

Por esse motivo, objetivamos com este estudo analisar essa expansividade do Direito e do Processo Penal, como mecanismos (in)eficazes de controle das crenças sociais, de modo a questionar, em que medida e em quais situações os fundamentos democráticos e constitucionais do Estado moderno são relativizados, enquanto direitos e garantias fundamentais, quando instrumentalizados como freios da criminalidade, dogmático-processualmente?

Para que possamos enfrentar essa problemática, colocamos em relevo, inicialmente, a discussão que propõe Silva Sánchez, quando afirma que não existe contraposição alguma entre a função do Direito Penal de combater a criminalidade e a necessidade do Estado em diminuir a violência punitiva do sistema repressivo.<sup>3</sup> Nesse sentido, não aparenta-nos ser razoável a crença social, da qual derivada-se da errônea repetição de que a proteção do Estado democrático e dos direitos humanos é um obstáculo a persecução da responsabilidade criminal dos indivíduos. Pelo contrário, há certas crenças, produzidas e reproduzidas socialmente (com cunho moral, político-religioso, etc.) que não possuem o caráter constitucional necessário para tornarem-se não só bens jurídico-penais (e relevantes para o sistema penal), mas que, sendo utilizadas como válidos perante o Estado, passam a justificar o poder punitivo, do ponto de vista meramente formal e liberal, em vez de legitimar, de forma material e mínima, o Direito Penal subjetivo e o seu impacto na sociedade.

Assim sendo, é nossa intenção no primeiro tópico, avaliar a proximidade entre o Direito Penal e a Política Criminal na contemporaneidade, a fim de refletirmos acerca da adequação de determinadas crenças sociais com a sua (in) compatibilidade com a dogmática jurídico-penal, tanto em termos do papel que deve protagonizar o Direito Penal no mundo social quanto os limites de sua atuação, enquanto a ampliação das regulações penais e da imputação criminal, em prol de paixões sociais, e especialmente nutridas e manipuladas

3. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 331.

pelos meios de comunicação.

Por outro lado, já no segundo tópico deste trabalho, abordaremos as implicações dessa expansividade jurídico-penal para o processo penal, enquanto alguns utilitarismos e processos de exceção que vê-se fadado o Estado democrático, quando manifesta-se somente como lógica maniqueísta de solução de conflitos. Em outros termos, a penetrabilidade de um modelo efficientista de Política Criminal no âmbito processual gera uma distorção ideológica e prática da maneira de atuar dos operadores do Direito e do devido caminho processual penal, que, na pior das hipóteses, enfraquece os pilares fundamentais, positivados na Constituição/88 e nos Tratados ratificados pelo Brasil, em face da encenação de específicos e estratégicos *shows sociais*.

## 2. O IMPACTO DAS CRENÇAS SOCIAIS OU POLÍTICO-CRIMINAIS PARA O DIREITO PENAL E O ESTADO MODERNO

Na história do Direito Penal, as implicações político-criminais, em matéria dogmática, não é uma problemática nova ou recente da contemporaneidade, uma vez que essa questão já suscitava formulações e debates no estatuto da dogmática jurídico-penal, à época de Von Liszt. Nesse período causal ou formalista da história das metodologias penais, como explica Figueiredo Dias, Von Liszt acreditava em uma ciência conjunta do Direito Penal, na qual pudesse englobar dentro dessa concepção a dogmática penal, a Política Criminal e a Criminologia. Por outro lado, não havia uma interligação entre essas três matérias, de modo que o papel reservado as estratégias de controle social (Política Criminal) e ao conhecimento empírico das causas do crime e da criminalidade (Criminologia) eram diversos daquele do Direito Penal, dentro da ciência conjunta.<sup>4</sup>

Assim sendo, o status da Política Criminal e da Criminologia dentro da dogmática penal era secundário ou auxiliar, haja vista que apenas o Direito Penal, como expressão do Direito positivo emanado, deveria ocupar a posição predominante dentro da “hierarquia das ciências penais”. De acordo com Figueiredo Dias, cabia a Política Criminal a função de “revelar os caminhos da reforma penal”, não possuindo nenhuma espécie de legitimidade para influenciar na “compreensão, na sistematização e na aplicação das normas

4. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21 e ss.; 27-28.

jurídico-penais”.<sup>5</sup> A problemática sobre a edificação do “Direito correto”, em Liszt, aparecia como um dado político e não jurídico, de competência, portanto, do legislador ou do político, e jamais do magistrado ou do dogmático”. O sistema dogmático idealizado pela ciência conjunta, assim, seria classificado como um sistema lógico, sempre vinculado à lei positiva e fechado a qualquer abertura valorativa ou teológica, proveniente do mundo social.<sup>6</sup>

Em razão dessa orientação, surgia então a famosa frase de Von Liszt, de que a dogmática jurídico-penal deveria fazer frente como barreira “intransponível da Política Criminal”. Nesse sentido, tal postulado foi e continua sendo relevante na contemporaneidade, diz Figueiredo Dias, pois representa a tentativa de proteção do ordenamento jurídico positivo, sob o amparo do princípio da legalidade;<sup>7</sup> um verdadeiro marco histórico e constitucionalmente importante do Direito Penal e da vida social. Dito de outro modo, o que ocorreu, em certa medida, foi uma tentativa de controlar racionalmente a criminalidade por meio das leis ou do Direito Positivo, isto é, propor estratégias de controle social da criminalidade, que se alastrava por toda a Europa, no século XX.

Assim sendo, em virtude dos índices de criminalidade que continuavam a disparar nos países europeus, a credibilidade da dogmática penal como freio ou contenção do crime foi, pouco a pouco, sendo enfraquecida tanto em seus aspectos substanciais – a função que deveria desempenhar na sociedade e no sistema positivo – quanto em seus aspectos de legitimidade – porque elencar o Direito Penal como *topo* das hierarquias penais, se ele estava mostrando-se ineficiente ao enfrentamento do problema da violência social?

Para Figueiredo Dias, o tempo de Von Liszt expressava um Estado de Direito apenas “formal, de vertente liberal e individualista”, próximo à construções rígidas e fechadas de “legalidade formal e processual”, e distante de valorações político-criminais ou socialmente recomendáveis. Não podemos espantar-nos, portanto, diz o autor, que essa clausura dogmática e dissociável de soluções reais ou práticas pudesse encorajar, mais tarde, a autonomização da Política Criminal e da Criminologia para fora da ciência conjunta do Direito Penal. Não é por acaso, continua, que essas duas áreas voltariam, de

5. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27-28.

6. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100 e ss.

7. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de., *ibidem*, p. 28.

fato, as “costas” à dogmática jurídico-penal, procurando desenvolver o seu objeto de pesquisa, o seu conteúdo material e a sua função/legitimidade, de forma externa ao sistema jurídico-penal.<sup>8</sup>

Sobre esse individualismo e perfectismo dogmático do método causal, Schünemann alerta que a construção de um sistema axiomático ou perfeito não é realizável e nem desejável, pois a totalidade do conhecimento científico não deve retrair-se em um número específico de fórmulas fundamentais (axiomas), através de uma relação lógico-dedutiva de enunciados para cumprir determinadas exigências básicas.<sup>9</sup> Caso isso ocorra, a dogmática penal perderia então a possibilidade de diálogo com outras áreas e métodos científicos das ciências em geral.

A expressão “dogma”, como lembra Muñoz Conde, precisa abdicar de uma orientação ou pretensão total de verdade, pois seria pouco útil para a ciência do Direito Penal, em uma concepção crítica, que esse termo significasse outra coisa que não um “saber parcial” que necessita completar-se com outros “tipos de saberes, e não como um saber absoluto que se justifica por si mesmo”.<sup>10</sup> Do contrário, o que prevaleceria seria a noção de uma “acepção acrítica de uma verdade absoluta e imutável”. A expressão “dogma”, por outro lado, é um “postulado” que serve somente como “ponto de partida” e “nada mais”.<sup>11</sup>

O que precisamos combater, nessa crítica que se realiza, é o dogmatismo dos postulados penais, o excesso de rigor dogmático de sistemas puramente formais inviabilizam a mudança legislativa, o desenvolvimento das teorias e conceitos jurídico-penais e o predomínio da interdisciplinaridade dentro da ciência do Direito. No entanto, isso não significa que devemos extinguir a legalidade como barreira ou parâmetro das ações humanas, mas que nenhuma doutrina jurídico-penal pode ser construída com base apenas em argumentos lógico-classificatórios, alterando conceitos jurídicos internos, a fim de que mantenha uma aparência somente oficial de mudança das raízes que a

8. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29-30.

9. SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario. Madrid: Tecnos, 1991, p. 35.

10. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 2.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 33 e ss.; p. 200-203; 206.

11. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Lecciones de derecho penal, parte general**. 2.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2012, p. 21 e ss.; 36. Para o autor, a “missão básica” da política criminal está na valoração crítica, na criação e na modificação do direito penal, “inclusive a contribuição a sua elaboração dogmática”.

alimentam. Nesse sentido, nem toda função social pretendida pelo Direito Penal poderá ser legítima, do ponto de vista metodológico e em matéria de proteção de bem jurídico.

Se tal assertiva é verdadeira, a próxima discussão que merece nossa atenção é qual metodologia penal e quais os bens jurídicos que devem ser relevante ao Direito Penal e, assim, para a própria sociedade? Ou seria o inverso, por que existem bens jurídicos que são tão importantes à sociedade é que também devem constituir o *dever ser* da dogmática jurídico-penal? Ou ainda, em uma terceira provocação, se os bens jurídicos importantes ao Direito Penal são somente aqueles relevantes à sociedade, a tarefa da dogmática penal seria de *gestora das expectativas sociais, e qual(is) o(s) risco(s)* em tal orientação?

Acerca da procura pela adequada ou correta dogmática jurídico-penal na modernidade, o pensamento teleológico-funcionalista de Roxin passou a ganhar especial destaque não apenas, no que diz respeito a sua relevância como *nova direção do Direito Penal*, a partir de 1970,<sup>12</sup> mas tal método sistemático tem ocupado lugar comum de consenso na doutrina nacional e internacional.<sup>13</sup> Isso porque, tal reviravolta metodológica das ciências penais teria condições de diminuir as distâncias – ou para alguns críticos eliminá-las completamente –<sup>14</sup> entre o Direito Penal e a Política Criminal, advogando

12. ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 20; 90-99.
13. Sobre esses autores que aderiram as ideias e ao método funcionalista, a fim de que pudessem propor suas próprias teses, em razão da nova abertura do Direito, iniciada com Roxin, sinalizamos, em Portugal, o “raciocínio teleológico-racional do crime” COSTA ANDRADE, Manuel. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico racional do crime. **RPCC**, Coimbra, v. 2, p. 173-174, 1992, p. 173-174. Ou a “exposição sistemática” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t.1, p. 668-669; 280. Na Espanha, “ubicación sistemática” de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La Relación de Merecimiento de Pena y de la Necesidad de Pena en la estructura del Delito. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA, Sánchez (coord.). **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995, p. 115-116. Na Alemanha, o sistema teleológico-funcional de ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 9 e ss.-17 e ss. Ou também ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte geral: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. t.1, p. 216 e ss. Não obstante, a “racionalidade teleológico-funcional” de SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario. Madrid: Tecnos, 1991, p. 67-71-93
14. Sobre as resistências a construção de um Direito Penal que precisa procurar a sua matriz axiológica, de forma totalizante na política criminal, chamamos a atenção para o rigor dogmático de Kuhlen, o qual admite que, embora o conceito tradicional de crime não oferece “uma barreira para que o legislador possa decidir e definir o direito positivo, é através do conceito formal de delito que se pode “oferecer uma importante limitação para quem aplica o Direito, a quem corresponde no caso concreto” a tarefa de impor uma respectiva sanção. Nesse sentido, é em “consequência de delitos” que se podem impor sanções, restringindo, assim, “o legislador em suas possibilidades de formação do Direito” KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito? In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 129-130; 151; 152 (nota 98). Ou ainda, em relação ao perigo que o funcionalismo pode oferecer a dogmática jurídico-penal, incentivada em sua tendência expansiva CARVALHO, Érika Mendes de. AVILA, Gustavo Noronha de. Principio da precaução e

pela intromissão ou penetrabilidade de considerações ou princípios políticos criminais dentro da dogmática penal. Dessa forma, o Direito Penal deveria ser então capaz de concretizar ou dar uma resposta prática aos problemas da sociedade, buscando a sua axiologia em uma correta Política Criminal.

De acordo com Silva Sánchez, pertence à Roxin o mérito de ter superado a dicotomia daquilo que é dogmaticamente correto e o que é político-criminalmente satisfatório, haja vista que soluções jurídicas lógico-dedutivas nem sempre são adequadas, do ponto de vista das estratégias de controle social que venham a ser, minimamente eficientes, para o combate da violência social.<sup>15</sup> Por outro lado, se a dogmática jurídico-penal precisa estar mais perto do mundo prático ou social, como defendeu Roxin, precisamos refletir sobre qual realidade social que deve merecer a proteção jurídico-penal do Direito Positivo? Ou ainda, como construir uma Política Criminal que deva orientar a dogmática penal para além de uma concepção meramente política ou ideológica (legislativa)?

Na advertência de D’Avila, acerca de um Direito Penal que tem suas bases normativas esquecidas dentro da axiologia político-criminal, o autor destaca qual o papel da normatividade, se o que deve conduzir o Estado social e democrático de Direito seria a dogmática penal substituída ou subordinada a critérios e princípios político-criminais.<sup>16</sup> Dessa forma, o risco ao desenvolvimento de uma dogmática de porte funcionalista, é o preço a ser pago em sua legitimidade ou validade, isto é, o próprio eficientismo político-criminal poderia apresentar-se como uma nova linguagem do Estado, e não mais as leis ou o Direito Positivo – mesmo que as leis possam estar somente inspiradas ou orientadas por pressupostos político-criminais.

A partir dessas indagações, é necessário ressaltar que, sociologicamente, o funcionalismo apresenta-se, por vezes, como uma *desestruturação estruturante da ordem social*. Isso porque, se o Estado existe para ordenar a vida social,<sup>17</sup> tanto objetivamente (códigos, comportamentos) quanto

- responsabilidade penal em matéria ambiental. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SANTOS, Nivaldo dos; GUARAGNI, Fábio André. (orgs.). **Direito Penal e Criminologia**. Curitiba: Clássica, 2014. v. 17, p. 193.
15. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122 e ss.
16. D’AVILA, Fábio Roberto. O Direito e a legislação Penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: Ruth Gauer (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 320 e ss.
17. BOURDIEU, Pierre. (1930-2002). **Sobre o Estado**: Cursos no Collège de France (1989-92). Tradução de Rosa Freire d’Aguiar. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 166; 250 e ss.

subjetivamente (cérebro, identidade), o faz por meio de uma “violência simbólica”,<sup>18</sup> o Direito como linguagem autorizada e justificada do e pelo Estado expressa a sua existência como forma de mitigar a violência física entre os indivíduos, daí porque é o Estado que concentra o poder punitivo e não a sociedade, pois, caso fosse o mundo social detentor do poder coercitivo, voltaríamos ao tempo da vingança privada. Um Estado que se curva diante de expectativas vingativas e passionais do mundo social estará sempre se (des)capitalizando a todo momento, pois se esquece de que sua linguagem são as leis e não, simplesmente, os interesses particulares de determinados segmentos sociais.

Em outras palavras, se o caminho estruturante que legitima o Estado são as leis, quando os operadores do Direito esquecem a real linguagem dessa estrutura estatal, causam com isso uma inversão e uma ruptura da forma de justificar as instituições sociais, ligada não só ao colocar em risco da credibilidade do Estado (a forma de validá-lo), mas ao proporcionar uma descontinuidade social entre os indivíduos, haja vista que é a agenda e a não agenda do Estado que determina as posições sociais.

Em contrapartida, não é todo o bem jurídico ou valor social que pode constituir-se como relevante para o Direito Penal, pois, a ciência do Direito Penal, enquanto uma racionalidade minimalista, precisa escolher os casos aos quais deve atuar para além de uma mera justificação formal, política ou ideológica do poder punitivo do Estado. Uma legitimação material do *ius puniendi* estatal que se preocupa com os fins do Direito Penal substantivo e com a definição da conduta punível em sentido material necessita orientar-se a uma noção de proteção subsidiária de bens jurídicos como defendem Roxin e Figueiredo Dias. Isso porque “o direito do legislador de estabelecer penas” como manifestação legítima do *ius puniendi* do Estado deve informar, por meio de um conceito material de crime, quais qualidades o Direito Penal deve levar em conta para tipificar uma conduta como punível; ou, melhor ainda, tal conceito substantivo deve definir quais “critérios materiais” resultarão em uma conduta punível, desde a proteção de uma ordem jurídico-constitucional;<sup>19</sup> pois uma concepção como essa ou uma tutela subsidiária, deve relevar os “bens jurídicos cuja lesão se revela digna de pena”, sem esquecer-se da busca

18. BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. 9ª ed. São Paulo: Papirus, 2008, p. 107-108.

19. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte geral: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. t.1, p. 51 e ss.

pela “legitimação material” da dogmática penal.<sup>20</sup>

Por esse motivo, há expectativas sociais que não cabe à dogmática jurídico-penal, por meio do legislador e do dogmático, respectivamente, legislar e mover-se sobre, a fim de que tivesse a missão (função) de estabilizá-las no mundo social, pois, segundo Mir Puig, a moral, a ordem ética e o bem comum, por exemplo, não podem ser bens jurídicos por faltar-lhes “a possibilidade de ser apreendidos pelos sentidos e não constituir estados realizados no mundo exterior suscetíveis de lesão por intermédio de uma ação externa”.<sup>21</sup> No mesmo sentido, de acordo com Luzón Peña, o Direito Penal não pode legitimar-se como instrumento de controle e dominação política, social, religiosa, étnicas, etc., mas tão somente “proteger os direitos e liberdades de todos”, ideia essa que é manifestada no atual modelo de “Estado social e democrático de Direito” e através “dos limites autorizados pela Constituição”.<sup>22</sup>

Sobre a função jurídico-constitucional que precisa estar voltado o estatuto da dogmática jurídico-penal, Muñoz Conde chama a atenção para a tarefa que o Direito Penal deve cumprir socialmente, diante do Estado democrático. Por mais que, “o Direito Penal não é todo o controle social, nem sequer sua parte mais importante”, porém uma parte superficial e “visível de um *iceberg*”, em que “o que não se vê é, talvez, o que mais importa”;<sup>23</sup> isso não quer dizer que a função da dogmática penal não seja a de “garantir os direitos fundamentais do indivíduo perante o poder do Estado, um limite à intervenção penal e uma conquista irreversível do pensamento democrático”.<sup>24</sup>

Além da adequação do estatuto da dogmática jurídico-penal à ordem jurídico-constitucional ou, ainda, a dualidade entre minimalismos e excessos

20. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra, 2004. t.1, p. 102-109-115 e ss. Ademais, sobre a importância de justificar materialmente as condutas dignas de punição, segundo Figueiredo Dias, isso acontece porque é “inaceitável e inútil” a concepção da qual, no passado, o conceito material do crime, em uma perspectiva positivista-legalista, estava vinculado a “tudo aquilo que o legislador” considerava como crime.

21. MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Montevideo: Editorial IB de F, 2003, p. 117. Assim sendo, “é função do Estado interferir, o mínimo possível, na vida do cidadão, garantindo-lhe a máxima liberdade” BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77-78. Pois, é inadequada a sanção penal para tratar do consumo de drogas ou de álcool, a prostituição, a pornografia, entre outros DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 79.

22. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Lecciones de derecho penal, parte general**. 2.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2012, p. 22 e ss.; 27.

23. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 6.

24. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 136-187; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 2.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 201. No mesmo sentido SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 81-82.

da utilização do Direito Penal como instrumento de controle das expectativas sociais ou de interesses político-criminais; o termo *Política Criminal* deve estar vinculado não apenas a preservação de direitos fundamentais, consagradas na Constituição Federal/88, mas precisa rejeitar outra orientação valorativa, estritamente fundamentada na matéria político-legislativa. Dessa forma, não pode ser missão do Direito Penal atualizar-se por meio da bondade ou da maldade do legislador, porém é necessário que a legitimidade material (jurídico-constitucional) da dogmática jurídico-penal forneça uma correção dos postulados eficientista e político-criminal.

### 3. A REDUÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS E O ESTABELECIMENTO DE UM PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO

Ainda que se tratem de disciplinas autônomas (Direito e Processo penal), é inevitável constatar que a ampliação do Direito Penal referida acima gera um perigoso efeito no processo penal. Com outros dizeres: à medida que as prescrições punitivas aumentam, intensificam-se e são privilegiadas, a inobservância às garantias processuais, decresce.

Tal cenário punitivista se torna inaceitável e incompatível, quando se observa o modelo de processo penal proposto pela Constituição da República no qual, além da distribuição de funções (acusação, defesa e julgamento) a órgãos ou pessoas distintas, a gestão da prova fica a cargo das partes e o objetivo não é necessariamente a aplicação da pena, mas o acertamento da causa penal (já que nos regimes substancialmente democráticos, os decretos absolutórios e condenatórios não possuem pesos diferentes).<sup>25</sup> Trata-se de um processo penal democrático, com espeque no devido processo legal (compreendido como “a síntese de todos os princípios que se referem ao direito natural de defesa em juízo”),<sup>26</sup> na imparcialidade judicial e no respeito aos direitos e garantias fundamentais exemplificativamente dispostos no Texto Constitucional e no bojo de Tratados e Convenções Internacionais sobre

25. “Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz” (LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito?* In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 41.

26. TOVO, Paulo Cláudio; MARQUES TOVO, João Batista. *Princípios de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 107.

Direitos Humanos.

Nos regimes substancialmente democráticos,<sup>27</sup> o processo penal serve como termômetro do nível de civilidade da sociedade. Dessa maneira, quando o processo penal respeita os direitos humanos e fundamentais consagrados por determinado Estado, mediante Diplomas internos ou internacionais, para a resposta adequada ao caso concreto, objeto de apreciação judicial, pode-se afirmar que os espaços para práticas arbitrárias e autoritárias são bastante reduzidos.

Entretanto, quando o Direito Penal se expande ao ponto de retirar de determinadas pessoas ou grupos a capacidade de sujeitos de direitos, tornando-os, porém, objetos ou alvos a serem caçados pelo Estado, toda a estrutura de proteção aos direitos fundamentais cede vez a um modelo excepcional e desumano de processo penal. Este se converte num mero instrumento de imposição de limites/restrições a direitos humanos. Um modelo de processo penal antidemocrático é opaco, desprovido de substrato constitucional.

Segundo a lição de Callegari e Giacomolli, “a excepcionalidade há de ser negada com o Direito penal e processual penal constitucionalmente previstos, na medida em que a reação extraordinária afirma e fomenta a irracionalidade”.<sup>28</sup>

É possível cogitar algumas situações ou características desse modelo excepcional de processo penal, ante à sua adequação ao punitivismo decorrente do crescimento do Direito Penal: utilização de prisões processuais como meios coercitivos para que o detido se veja obrigado a colaborar com as investigações; admissão, ainda que relativizada, de provas obtidas por meios ilícitos; participação ativa do magistrado nas investigações e sua efetiva aderência ao interesse acusatório; estabelecimento da incomunicabilidade entre acusado/suspeito e seu defensor; violação à intimidade das comunicações, telemáticas ou não, fora dos casos defesos por lei; etc.

Assim, como se busca o apenamento do acusado, o processo penal de exceção se caracteriza também por sua incessante busca pela celeridade, ou seja, quanto mais rápida a resposta estatal (que inequivocamente se confunde com a punição), mais eficiente será, para os defensores desse modelo, o processo penal levado a cabo.

27. FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

28. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo III. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

A crítica que ora se edifica, conforme o alerta de Wedy, recai sobre determinada (e quiçá equivocada) concepção de processo penal eficiente, no sentido de que ele assim o será quando a punição se verificar de plano, isto é, em caráter imediato (com pouco ou nenhum zelo às garantias fundamentais). Tal análise reforça a necessidade de mais estudos sobre as finalidades do Direito e do Processo Penais, pois é importante não conceber a decretação de uma prisão (processual ou penal) como algo imperiosamente justo, eficiente e necessário.<sup>29</sup>

Nesses termos, eficiência seria sinônimo de aplicação precípua da pena de prisão – inclusive a de natureza cautelar – cada vez mais pulverizada em conduções coercitivas, prisões temporárias, preventivas e até na antecipação da condenação penal não transitada em julgado,<sup>30</sup> da relativização ou da abreviação de garantias fundamentais, da criação de embaraços ao exercício do direito de defesa, da ampliação dos meios ocultos de investigação e do reforço do discurso maniqueísta voltado para a elevação moral do Estado em detrimento do indivíduo.<sup>31</sup>

Nesse sentido é a doutrina de Gloeckner, para quem o processo penal do inimigo se confunde com um sistema totalizante de direito penal, calcado na fabricação de riscos, medos e na noção de que a apuração do caso penal deve ser rápida, eficiente e direcionada ao combate à criminalidade/criminoso.<sup>32</sup>

29. WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

30. A despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal de que se trata de execução provisória da pena, entende-se que, malgrado não alcançado trânsito em julgado, a prisão imposta, ainda que após condenação confirmada em 2ª Instância, possui natureza cautelar. O nome dado ao instituto, via recurso retórico, não lhe retira a sua essência. Especificamente sobre o julgamento do Habeas Corpus n. 126/292/SP, vide a doutrina de WEDY, Miguel Tedesco. A Presunção de Inocência e a Execução Provisória da Pena. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.) et al. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

31. “Deve-se, portanto, fazer uma distinção entre uma eficiência ‘ideal’ e a eficiência meramente instrumental pretendida pelos tempos atuais. A primeira há de ser vista dentro do contexto que expressa paz jurídica, temperada pela função de proteção dos bens jurídicos, o que é próprio de uma concepção mais liberal. Outra é aquela eficiência meramente instrumental e que repercute, de forma direta, no processo penal, uma eficiência própria de um sistema jurídico despreocupado com certas garantias que foram conquistadas com sacrifícios e adversidades, quando não com o próprio sangue dos cidadãos. Essa eficiência pretende vulgarizar garantias em detrimento do ‘combate à corrupção e ao crime’, de forma a ‘reduzir a criminalidade’ e a ‘sensação de impunidade’” (WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24).

32. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 301/302: O “processo penal do inimigo”, que se pode afirmar, é um direito penal de exceção, caracteriza-se como no modelo do *crime control*, mediante o recurso à celeridade. Acredita-se que esse é o ponto modal da questão. A grande parte (para não dizer todos) dos procedimentos utilizados para transformar o processo penal em algo eficiente reside na aceleração do procedimento. *Este reclamo da eficiência es, ante todo, un reclamo de celeridad*. Conceituando a *contrario sensu*, essa aceleração corresponde ao impedimento de o processo seguir seu curso normal, seja através da assunção de culpabilidade antecipadamente (transação penal); delação premiada e seu respectivo perdão judicial ou abatimento da pena; crimes de perigo abstrato que tornam despidendo um resultado (e as provas desse resultado cuja carga seria da acusação); inversão da carga da prova, como ocorre no crime de lavagem de dinheiro no Brasil; prisões cautelares.

Com essas características, diferente do modelo esculpido pela Carta Magna e almejado pelos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, o processo penal cada vez mais se distancia da sua necessária humanização, a qual só é possível a partir de sua “leitura convencional e constitucional, via constitucionalização dos direitos das gentes”.<sup>33</sup>

Quanto mais eficiente (leia-se: punitivista), menos garantidor será o processo penal e o Estado no qual está inserido. Opta-se politicamente não pela proteção do *status libertatis*, mas pela limitação ou privação dos direitos fundamentais. Com um direito penal ampliado e um processo penal efficientista, o acusado (ou inimigo) torna-se um pária, merecedor de sancionamento. Afinal, no contexto da sociedade de riscos, sedenta que é por mais segurança, a aplicação da sanção penal é para além de simbólica. Ela integra a estrutura do Estado. Esse punitivismo é o “remédio” para o mal da insegurança pública e o “tratamento oferecido” ao criminoso é o da exclusão social.<sup>34</sup>

Trata-se, portanto, de um Estado não democrático e nem de Direito, conforme se extrai do magistério de Pacelli, que concebe essa forma de Estado qualificada pelo Direito como aquela fundada, estabelecida e firmada na proteção aos direitos fundamentais e na liberdade (via manifestação popular).<sup>35</sup>

Ou quiçá esteja-se falando de um Estado pós-democrático, conforme o magistério de Casara. Segundo o autor, a “pós-democracia” traz consigo uma democracia esvaziada, caracterizada pela satanização da Política e pelo abandono dos princípios democráticos.<sup>36</sup> Nesse diapasão, vale-se retoricamente do significante democracia, apenas para legitimar o atropelo e o desrespeito aos direitos fundamentais.

33. 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, p. 12.

34. “Reclamar vingança, chorar ou indignar-se não exige nenhum diploma. Esta lógica primária dispensa as sutilezas da responsabilidade administrativa ou civil, tão suspeitas aos olhos dos cidadãos-telespectadores, que estes já não as compreendem. O recurso ao direito penal assinala um duplo insucesso: o das regulações sociais intermediárias como a família, o bairro ou o trabalho, e o das soluções, a justiça penal que continua a manter a prisão no centro do seu dispositivo – basta verificar o aumento contínuo e incontrolável do número de detidos em todas as democracias para disso se ficar convencido” GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 101/102.

35. “Nesse sentido, o direito irá se revelar, então, como a única alternativa viável para o cumprimento de semelhante tarefa, no ponto em que a eticização do Estado – poder exercido em nome e para a totalidade de seus integrantes – é elevada ao nível superior de uma orientação jurídica, tendo por coautores todos os membros da sociedade civil. A comunidade no Estado se estabelecerá, então, pelo jurídico” PACHELLI, Eugenio. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. – 3. ed., rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

36. “Na ‘pós-democracia’, o que resta da ‘democracia’ é um significante que serve de álibi às ações necessárias à repressão das pessoas indesejadas, ao aumento dos lucros e à acumulação. Ao afirmar que suas ações se dão em nome da democracia, o Estado busca legitimação externa, ou seja, ético-política” (CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 36).

Esse quadro se torna ainda mais nítido (e antidemocrático), quando se analisa a proliferação de operações midiático-policial-ministerial-jurisdicional, a exemplo da denominada “lava-jato”, nas quais o utilitarismo é empregado de forma básica e, por vezes, danosa.<sup>37</sup> Costuma-se estabelecer uma contraposição entre o respeito aos direitos fundamentais de um lado (“gerador de impunidade”) e a implacável espetacularização do processo penal (destinado à criação da figura do inimigo, apoiado numa tática de “guerra ao crime” e na promiscuidade entre as funções de julgar, de investigar e de acusar).<sup>38</sup>

Com essa formatação (espetacularizada), o processo penal deixa de ser um instrumento de garantia contra o arbítrio estatal e se converte num mecanismo de guerra contra o inimigo (da vez). Neste contexto, em nome da guerra ao crime (ou ao criminoso), legitima-se a proliferação de novas figuras penais, a asfixia do sistema de garantias e a pena de prisão como garantidora do fim da impunidade.

Não por acaso, um grupo de integrantes do Ministério Público Federal e da denominada operação “lava-jato” elaborou um projeto de lei intitulado, por essas figuras, como “dez medidas contra a corrupção”. Em tal projeto, além da criação de novas figuras penais, propôs-se a inclusão do crime de corrupção no rol da lei dos crimes hediondos, a imposição de (mais) restrições ao cabimento de Habeas Corpus, como também a adoção da chamada “prova ilícita obtida de boa-fé” (além de outras medidas inconstitucionais).<sup>39</sup>

Ainda sobre o aludido projeto de lei, destaca-se toda a campanha de marketing utilizada para a sua divulgação, desinformação e colheita de assinaturas. Essa campanha contou com amplo apoio dos meios de comunicação em massa,<sup>40</sup> além da exploração do sentimento de medo e de insegurança,

37. GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 229-253., ago. 2016.

38. CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

39. “Dessa maneira, o primeiro risco, que poderia ser submetido ao escrutínio por meio de uma leitura criminológica crítica, corresponde ao fenômeno que Prittwitz denominou como militarização Direito Penal. O segundo risco corresponde à própria transformação do processo penal em um dispositivo político criminal de *prima ratio*, isto é, convertido em um garantidor da eficiência do Direito Penal. Eis o problema específico que atravessa o corpo dos ajustes, mormente o das nulidades no processo penal. Uma concepção que percebe o processo penal como uma ferramenta exclusiva de aplicação do Direito Penal material (e que, evidentemente, pressupõe uma cisão completa entre direito material e processual, tributária do pensamento de Bulow) tão somente consegue vislumbrar a forma processual como obstáculo. Assim, tornar o processo penal mais “eficiente” requer, sobretudo, a transformação de alguns institutos processuais” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Anticorrupção ou corruptibilidades das formas? *Boletim do IBCCRIM*, ano 23, n. 277, dez.2015, p. 19, grifo do autor).

40. GOMES, Alan Melo. *Mídia e Sistema Penal*: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

cada vez mais reafirmados no bojo da sociedade brasileira.<sup>41</sup>

Medo, ódio, populismo, messianismo, autopromoção, insegurança, utilitarismo, satanização do inimigo, eficiência, combate ao crime, combate à impunidade, mais tipos penais, prisões processuais fora da legalidade, meios ocultos de investigação concedidos a qualquer preço, confusão entre julgador-acusador-investigador, manipulação midiática, espetáculo, humilhação, condenação antecipada, criminalização da política e dos direitos humanos, maniqueísmo, politização da justiça... Direito e Processo Penais do Inimigo.<sup>42</sup>

Com essas observações, é seguro dizer que o processo penal do espetáculo (ou da humilhação) é o instrumento ideal para concretização da ampliação do direito penal, sendo que essa combinação se coaduna com uma Política Criminal punitivista e, por óbvio, afastada da proteção dos Direitos Humanos.

#### 4. CONCLUSÃO

O Direito penal moderno tem expandido o seu âmbito de tutela jurídico-penal, no sentido de integrar determinados conteúdos político-criminais dentro de uma configuração e estruturação sistemática das funções que a dogmática jurídico-penal deve exercer na sociedade. Nessa preocupação corre-se o risco de regredir ou relativizar o rigor dogmático, isto é, a identidade das categorias e elementos que compõem a estrutura formal, bem como de flexibilizar princípios político-criminais garantistas e os princípios do próprio processo que deve ser construído com base em uma dialética, em um direito de oportunidade de fala a todas as partes, amparado em uma concepção coerente e democrática (constitucional) na dimensão processual penal.

Tal expansão do Direito Penal e a diminuição das garantias processuais

41. “Seria excessivo e deslocado explicar os fios condutores entre controle e consciência. Mas é interessante indicar que, como sempre, a coartada da ‘guerra contra o delito’ numa sociedade atemorizada por uma bem propagandeada inflação delitiva funciona como elemento legitimador.

De todos os modos, o importante é esclarecer três elementos básicos da questão: primeiro, que a lei não tem como objeto transformar a sociedade, nem pode transformá-la. Segundo, que quando se fala em ‘proteger a sociedade’, na verdade está-se falando de ‘proteger o sistema’. Portanto, em terceiro lugar, que os direitos humanos não foram definidos para serem protegidos” CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005, p. 124/125.

42. “El odio, consecuencia del miedo, se convierte en el nuevo gran protagonista. Aparece disfrazado de sospechas, de lugares comunes, a veces como energía populista, cuando no cargado de hipótesis pseudo-científicas. Suerte de pasión encajonada en una dinámica perversa que se puede encontrar asociada al estímulo de ‘la violencia de los buenos’, y generalmente también amarrada al aparato del llamado sistema de justicia penal- lo que hace más peligroso el discurso porque se convierte en un discurso ‘armado’. Ese odio puede permear ahora discursos políticos, y políticas públicas del peor tipo. Las políticas penales y criminales son presa de estas pulsiones” CASTRO, Lolita de Aniyar. Siglo XXI: Propuestas para una Política Criminal Vinculada a los Derechos Humanos. O Criminologia del Oprimido. In: *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. Costa Rica: N. 3, p. 572-596, 2011, p. 585

ocorrerão se o rigor da punição, por exemplo, constituir o fundamento capaz de avançar o poder e a violência punitiva do Estado sem, no entanto, recuar esse *ius puniendi* estatal de forma a refletirmos sobre a legitimidade do direito do Estado em impor ou auferir uma pena, em consonância com as finalidades do Direito Penal moderno que não podem abdicarem, por completo, da própria aproximação com a Política Criminal.

Um Estado democrático e social de Direito, ao contrário de um Estado de exceção, necessita racionalizar a punição, isto é, oferecer uma racionalidade que não avance a dogmática jurídico-penal de forma expansiva ou, ainda, reduza as garantias do processo penal.

## REFERÊNCIAS

- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. 9ª ed. São Paulo: Papirus, 2008.
- \_\_\_\_\_. (1930-2002). **Sobre o Estado**: Cursos no Collège de France (1989-92). Tradução de Rosa Freire d'Aguiar. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo III. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.
- \_\_\_\_\_. Siglo XXI: Propuestas para una Política Criminal Vinculada a los Derechos Humanos. O Criminología del Oprimido. In: **Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica**. Costa Rica: N. 3, p. 572-596, 2011.
- COSTA ANDRADE, Manuel. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológica racional do crime. **RPCC**, Coimbra, v. 2, p. 173-174, 1992.
- D'AVILA, Fábio Roberto. O Direito e a legislação Penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: Ruth Gauer (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direito penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra, 2004. t.1.
- \_\_\_\_\_. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t.1.

- GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- 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.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. – 2. ed. – Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- \_\_\_\_\_. Anticorrupção ou corruptibilidades das formas? **Boletim do IBCCRIM**, ano 23, n. 277, dez.2015.
- GOMES, Alan Melo. **Mídia e Sistema Penal**: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- \_\_\_\_\_. Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 229-253., ago. 2016.
- KUHLEN, Lothar. ¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito? In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. Sistemas Processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La Relación de Merecimiento de Pena y de la Necesidad de Pena en la estructura del Delito. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA, Sánchez (coord.). **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. Barcelona: J. M Bosch Editor, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Lecciones de derecho penal, parte general**. 2.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Montevideo: Editorial IB de F, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.
- \_\_\_\_\_; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 2.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PACELLI, Eugenio. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3. ed., rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2012.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Derecho Penal**: parte geral: fundamentos: la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. t.1.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario. Madrid: Tecnos, 1991.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TOVO, Paulo Cláudio; MARQUES TOVO, João Batista. **Princípios de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.
- WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- \_\_\_\_\_. A Presunção de Inocência e a Execução Provisória da Pena. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.) et al. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

# A ORDEM LÓGICO-SEQUENCIAL DE QUESTIONAMENTOS ÀS TESTEMUNHAS

**Maria Cecília Butierres<sup>1</sup>**

**Ana Isabel Sani<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Em contextos forenses, a testemunha é a pessoa indicada e/ou convocada para, sob juramento, depor sobre fatos que possua conhecimento. No Brasil, a ordem lógico-sequencial de questionamento às testemunhas em audiências criminais foi alterada em 2008. Na atual redação do art. 212 do Código de Processo Penal (CPP), as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha. Tal modificação tem ensejado divergências interpretativas, tanto teóricas quanto práticas. Neste sentido, o presente estudo tem por objetivo debater acerca dos contornos do depoimento testemunhal em audiências criminais, em especial no que tange à ordem de questionamentos. Para tanto, inicia-se por apresentar aspectos conceituais relativos ao depoimento de testemunhas em audiências criminais. Após, discorre-se acerca dos contornos do sistema acusatório no processo penal. Em seguida, ingressa-se na discussão relativa à aplicabilidade do artigo 212 do CPP, com especial ênfase na jurisprudência. Em caráter conclusivo, defende-se que a atual redação do art. 212 do CPP representa mais uma tentativa aproximativa do processo penal brasileiro à estrutura acusatória, constituindo-se a sua aplicação num imperativo na busca de um processo penal com *fair play*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Testemunhas; Audiência Criminal; Sistema Acusatório.

## 1. INTRODUÇÃO

O depoimento de testemunhas é uma fonte de prova – a prova testemunhal – que envolve a narrativa de um indivíduo acerca de acontecimentos e de circunstâncias relacionados a um fato relevante para o deslinde de um processo judicial. Assim, ao fornecer a sua versão sobre como se sucederam determinados eventos, o depoimento de uma testemunha poderá contribuir para a comprovação de fatos controvertidos, motivando a tomada da decisão judicial e, conseqüentemente, a resolução de um processo.

1. Pós Doutora em Psicologia Forense e do Testemunho pela UFP, Porto/Portugal. Doutora em Psicologia Social e Institucional pela UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS. Mestre em Serviço Social pela PUCRS. Advogada e Professora.
2. Professora Associada da UFP, Porto/Portugal. Doutorada em Psicologia da Justiça pela Universidade do Minho; coordenadora do mestrado em Psicologia da Justiça: Vítimas de Violência e de Crime; coordenadora da Unidade de Psicologia Forense da Clínica Pedagógica de Psicologia da UFP e perita forense. Investigadora no Observatório Permanente Violência e Crime (OPVC).

A ordem de questionamentos às testemunhas em audiências criminais não versa apenas sobre uma formalidade processual. Trata-se de uma discussão que encerra um debate em relação à iniciativa probatória e, conseqüentemente, ao sistema processual penal adotado. No Brasil, a alteração da redação do artigo 212 do Código de Processo Penal (CPP), promovida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, modificou a ordem lógico-sequencial de questionamento. Na atual redação do artigo 212: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”. No sistema presidencialista, anteriormente em vigor, as partes deveriam perguntar ao juiz, para que ele perguntasse à testemunha.

Passados quase dez anos, tal alteração ainda suscita debates teóricos e divergências. Recentemente o Habeas Corpus 111.815, julgado no dia 14 de novembro de 2017, pela 1ª Turma do STF decidiu que o juiz deve observar o disposto no art. 212 do CPP no sentido de permitir que primeiro as partes interroguem às testemunhas. Desta forma, o presente artigo tem por objetivo discutir acerca do depoimento testemunhal, em especial os contornos que envolvem a aplicação do artigo 212 do CPP.

## 2. FUNDAMENTOS TEÓRICO-LEGAIS DO DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS

Em contextos forenses, a testemunha é a pessoa indicada e/ou convocada para, sob juramento, depor sobre fatos que possua conhecimento. A importância do depoimento de testemunhas em audiências criminais revela-se em razão de se tratar de uma ferramenta capaz de fornecer ao magistrado o conhecimento de fatos sobre os quais ele não presenciou diretamente, mas, que terá de julgar no momento da tomada de decisão judicial (AQUINO, 2016; CORDERO, 2000; MARINONI; MITIDIERO, 2013; SOUSA, 2013; TRINDADE, 2017).

Segundo o *Black's Law Dictionary*<sup>3</sup>, a testemunha é alguém que vê, sabe ou comprova alguma coisa, distinguindo-se entre testemunha de atos jurídicos e testemunha de fatos relevantes aos processos jurídicos (GARNER,

3. Tradução livre no *Black's Law Dictionary*: “1. One who sees, knows, or vouches for something <a witness to a testator's signature>. 2. One who gives testimony under oath or affirmation (1) in person, (2) by oral or written deposition, or (3) by affidavit <the witness to the signature signed the affidavit> (...)” (GARNER, 2004, p. 1.633).

2004). Neste sentido, duas acepções podem ser conferidas ao conceito de testemunha: a) aquela pessoa que é chamada para assistir ao cumprimento de atos jurídicos a fim de dar-lhe solenidade e, conseqüentemente, atribuir-lhe eficácia; ou b) aquela pessoa que declara em juízo o que sabe a respeito de um fato e suas circunstâncias<sup>4</sup>.

No Brasil, a definição legal de testemunha em audiências criminais pode ser depreendida do art. 342 do Código Penal (CP) e do art. 203 do Código de Processo Penal (CPP). Assim, para o sistema jurídico brasileiro, a testemunha é a pessoa obrigada a depor, sob promessa de dizer a verdade, que relatará o que souber e o que lhe for perguntado a respeito do fato em discussão, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade. Qualquer pessoa poderá ser testemunha (art. 202, CPP), sendo proibido excluir *a priori* o depoimento por questões relacionadas à idade, sexo, profissão, raça ou condição social.

Assim, no depoimento testemunhal judicial, um indivíduo será chamado a depor, segundo sua experiência pessoal, sobre a existência e a natureza de um fato. A função primordial da testemunha em contextos forenses será a de “contribuir com o seu patrimônio cognoscitivo para o esclarecimento e resolução do concreto problema que no processo se discute e, em última instância, para a realização da justiça criminal” (SILVA, 2007, p. 18).

O depoimento de testemunhas em audiências criminais é um meio de prova judicial – a prova testemunhal – que envolve a narrativa da percepção de um indivíduo sobre acontecimentos relacionados a um suposto delito. Em processos-crime, a importância probatória da prova testemunhal justifica-se porque são exceções os ilícitos provados exclusivamente por outras fontes.

Não há dúvidas de que situações em que a perícia técnico-científica fornece elementos para a inteira resolução de casos penais é uma realidade ideal. Isso porque é sabido que os meios de prova técnico-científicos conferem maior grau de certeza na atribuição da autoria e da materialidade de delitos. Além disso, o Código de Processo Penal brasileiro estabelece uma subsidiariedade da prova testemunhal, ao dispor no art. 167: “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. No entanto, apesar de ser uma realidade ideal, ainda é distante nos contextos forenses, notadamente no brasileiro. Neste sentido, Lopes Junior (2008, p. 586) destaca que “com as restrições técnicas

4. O termo testemunha utilizado no presente trabalho restringe-se exclusivamente à segunda acepção.

que infelizmente a polícia judiciária brasileira – em regra – tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do nosso processo criminal”.

Assim, ao fornecer uma versão sobre como se sucederam determinados fatos, o depoimento de uma testemunha poderá estar a contribuir para a identificação da autoria e/ou materialidade de um crime e, conseqüentemente, para a resolução de um processo.

### 3. A INICIATIVA PROBATÓRIA NO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO

O modo de questionamento às testemunhas em audiências criminais encerra um debate em torno da gestão ou iniciativa probatória no processo penal. Isso porque a aplicação da lei penal poderá dar-se, basicamente, conforme dois principais sistemas: inquisitivo ou acusatório<sup>5</sup>. Para Coutinho (2001), a peculiaridade principal do processo penal inquisitivo é a gestão da prova a cargo do inquisidor, com especial relevância para a confissão. Já no sistema acusatório predomina o princípio dispositivo, ou seja, as partes devem produzir o material probatório. Nesse sistema, não caberia ao juiz realizar comportamentos instrutórios, devendo limitar-se a função de impedir conduções ou direcionamentos das provas, o que inclui, obviamente, a prova testemunhal (FERRAJOLI, 2002; LOPES JUNIOR, 2008; PRADO, 2006).

No sistema acusatório é preconizado uma posição de equidistância por parte do juiz durante a produção das provas processuais. Isso porque, caso o julgador acumule simultaneamente a função de julgar e de produzir provas, poderá ocorrer um comprometimento com uma das versões apresentadas. Cita-se que de acordo com a Teoria da Dissonância Cognitiva<sup>6</sup>,

5. No sistema inquisitivo, não há uma separação nítida entre as funções de investigar, acusar e julgar. Ao passo que, o sistema acusatório caracteriza-se fundamentalmente pela distinção entre as funções dos sujeitos processuais: acusador, defensor e julgador. Assim, no sistema acusatório, os poderes inquisitórios do juiz são mitigados em favor das garantias processuais, notadamente do contraditório e da ampla defesa (FERRAJOLI, 2002; LOPES JUNIOR, 2008; PRADO, 2006; ROXIN, 2001).
6. “Essa teoria relaciona-se com a originalidade do julgamento e considera que o juiz é “juiz-no-mundo”. Isso quer dizer que o juiz não é neutro, mas necessita ser imparcial, condição estruturante do processo no qual o Estado é representado por um terceiro na direção e julgamento da lide. Neste aspecto, a teoria ressalta o princípio, aliás constitucional, segundo o qual o juiz não pode ser interventor, propulsor ou protagonista do processo. O juiz está condicionado à provocação dos interessados, uma vez que ele não pode decidir a partir de provas por ele mesmo produzidas (...). Na psicodinâmica da decisão judicial, deve-se considerar que o juiz, desde a fase do inquérito policial, entra em contato com informações que produzem a construção de um padrão mental (crença) que se instala e se aprofunda na medida em que ele vai “ingressando” no processo. No decorrer do processo, esse modelo mental, que inicia por uma pré-cognição, irá conduzir a uma concepção que, em um momento posterior, irá se transformar em uma concepção e, ao final, em um conceito (decisão, sentença) (...) Por isso se pode pressupor que a

“o juiz não pode ser interventor, propulsor ou protagonista do processo” (TRINDADE, 2017, p. 340). Assim, não é recomendável que o juiz decida a partir de provas por ele mesmo produzidas.

Nos moldes do sistema penal acusatório é defendido que tal comprometimento possui o potencial de quebrar a imparcialidade para um julgamento justo, uma vez que, não raras vezes, envolverá psicologicamente o juiz em uma das versões (PRADO, 2006; STRECK, 2013). Neste sentido, cita-se o célebre caso *Piersack vs Bélgica*<sup>7</sup> em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) reconheceu a perda da imparcialidade do juiz que havia sido responsável pela condução da investigação sobre o fato que posteriormente julgara<sup>8</sup>. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem enuncia garantias mínimas do arguido e, em seu art. 6º, n. 3, alínea, destaca o direito de: “d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.”<sup>9</sup>

Em termos de Direito comparado, é possível citar que a Constituição da República Portuguesa (CRP), no art. 32, nº 5, expressamente estabelece que “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. Canotilho e Vital Moreira (2014, p. 522) explicam que em Portugal, “o princípio acusatório (nº 5, 1ª parte) é um dos princípios estruturantes da constituição processual penal”. Para os autores, trata-se de uma garantia essencial para um julgamento independente e imparcial porque significa que um português somente poderá ser condenado por um crime se anteriormente houver uma acusação realizada por um órgão distinto do julgador. De modo que a acusação estabelecerá as condições e os limites do julgamento. Assim, a estrutura acusatória prevista no art. 32, nº 5, da CRP significa, materialmente, a separação entre

relação que funda esse desejo é proporcional ao quadro cognitivo dos registros mnêmicos das primeiras informações sobre o fato e inversamente proporcional a qualquer alternativa ou hipótese diferente acerca desse mesmo fato. Esse é o ponto que se tem como estabelecida a dissonância cognitiva: o desconforto e desconcerto emocional que inconscientemente elicia o afastamento de tudo aquilo que é desconforme com as preconcepções justamente para retornar à posição de equilíbrio buscada pela ação dos mecanismos de defesa para a proteção da personalidade contra a angústia e contra o conflito psíquico em geral” (TRINDADE, 2017, p. 341).

7. Disponível em: <[hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-57556?TID](http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-57556?TID)> Acesso em 11 fev. 2017.
8. Instrumentos internacionais também, ao longo do tempo, vem estabelecendo garantias em prol de um juiz ou tribunal imparcial. Nesse sentido, cita-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Assembleia Geral das Nações Unidas (art. 14) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (Pacto San José de Costa Rica) (art. 8º).
9. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)> Acesso em 11 fev. 2017.

instrução, acusação e julgamento. Subjetivamente, essa estrutura significa a diferenciação entre juiz de instrução (órgão de instrução) e juiz julgador (órgão julgador) e entre ambos e o órgão acusador (CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 2014).

No entanto, importante mencionar que, embora sem incluir Portugal<sup>10</sup>, pesquisa liderada por Delmas-Marty e Spencer (2004), em países da Europa Ocidental (Bélgica, Inglaterra e País de Gales, França, Alemanha e Itália), constatou que não existe um sistema processual penal acusatório puro. Isso porque “os empréstimos/trocas entre os dois [sistemas] tem sido tão extensas que não é mais possível classificar qualquer dos sistemas de justiça penal na Europa Ocidental como totalmente acusatório ou totalmente inquisitório”<sup>11</sup> (DELMAS-MARTY; SPENCER, 2004, p.5).

No Brasil, o processo penal<sup>12</sup> não tem uma estrutura acusatória tão claramente delimitada como no direito português. No entanto, há uma evidente busca por um sistema acusatório, pois há uma separação entre a entidade que julga e aquela que acusa. De modo que o juiz está vinculado aos fatos trazidos na denúncia pelo órgão de acusação (Ministério Público), não podendo manifestar-se sobre fatos a seu livre arbítrio. Assim, pode-se dizer que, no Brasil, o sistema acusatório é depreendido através de uma interpretação sistemática. Isso porque a garantia fundamental do contraditório é prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LV). E, conforme a lição de Figueiredo Dias (2004, p. 150), “o princípio do contraditório opõe-se, decerto, a uma estrutura puramente inquisitória do processo penal”. Além disso, a independência e a imparcialidade do órgão julgador são garantias que podem ser depreendidas da Constituição Federal de 1988 (art. 2º e *passim*).

10. O que não retira, conforme os próprios autores, a representatividade do estudo, no qual Portugal pode ser inserido: “(...) embora, obviamente, fosse melhor se tivéssemos incluído um dos países escandinavos, ou Espanha ou Portugal, ou um [país] do antigo bloco comunista, a nossa escolha permanece representativa de duas importantes tradições: a tradição da *common law*, no modelo da Inglaterra, e a tradição romano-germânica, com alguns dos seus diferentes ramos (França, Bélgica, Alemanha e Itália)”. Tradução livre da autora de: “(...) whilst it would obviously have been better if we had included one of the Scandinavian countries, or Spain or Portugal, or one of the former communist bloc, our choice is still representative of two important traditions: the common law tradition, in the shape of England and the Romano-Germanic tradition with some of its different branches (...)” (DELMAS-MARTY; SPENCER, 2004, p.3).

11. Tradução livre da autora de: “(...) the borrowings between the two have been so extensive that it is no longer possible to classify any of the criminal justice systems in western Europe as wholly accusatorial or wholly inquisitorial”. (DELMAS-MARTY; SPENCER, 2004, p.5).

12. Atualmente está em tramitação o PL 8045/2010 com o objetivo de instituir um novo Código de Processo Penal no Brasil. Caso aprovado, expressamente constará no art. 4º: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

#### 4. A ORDEM LÓGICO-SEQUENCIAL DE QUESTIONAMENTOS ESTABELECIDADA PELO ART. 212 DO CPP

A alteração no artigo 212 do Código de Processo Penal brasileiro (CPP)<sup>13</sup>, promovida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, modificou o modo de questionamento às testemunhas em audiências criminais. Para Lopes Junior (2008), essa alteração teve a pretensão de mitigar o papel de protagonismo do juiz na realização da inquirição às testemunhas, constituindo-se em mais uma tentativa aproximativa do processo penal brasileiro à estrutura acusatória. Parte da literatura também se manifestou nesse sentido, considerando tal alteração como um aprimoramento da gestão probatória dentro do sistema acusatório (GIACOMOLLI; DI GESU, 2009; LOPES JUNIOR, 2011; OLIVEIRA, 2009; STRECK; TRINDADE, 2010).

Anteriormente, vigorava o sistema presidencialista, segundo o qual as partes deveriam perguntar ao juiz, para que ele perguntasse à testemunha. Assim, diante da atual redação do art. 212, parcela da doutrina tem entendido que caberá agora ao juiz exercer – não mais uma função de protagonismo –, mas uma função complementar de impedir/indeferir perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida (AQUINO, 2016; LOPES JUNIOR, 2008; STRECK, 2013; TRINDADE, 2017).

No entanto, exatamente neste ponto reside a controvérsia em torno das modificações trazidas pela nova redação do art. 212 do CPP. Isso porque há também uma interpretação doutrinária no sentido de que não se trata de uma alteração que justifique a retirada da primazia do juiz na inquirição de testemunhas. Para esse posicionamento contrário, a alteração estaria restrita a retirar a intermediação do juiz nas perguntas das partes, no entanto, sem alterar a ordem inicial (e.g., ALVES, 2010; DE JESUS, 2009; GOMES, CUNHA; PINTO, 2008; NUCCI, 2014).

Para Streck e Trindade (2010), o modo de inquirição de testemunhas em audiências criminais deve seguir os limites semânticos do art. 212 do CPP porque ele é o produto de uma lei democraticamente votada. Assim, além da ordem da inquirição das testemunhas (primeiro as arroladas pela acusação e após as arroladas pela defesa), tem-se uma importante modificação no que

13. Art.212: As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

tange à ordem lógico sequencial de formulação dos questionamentos. A parte que arrolou a testemunha, através da iniciativa das perguntas, deverá demonstrar o que pretende provar. Após a parte adversa exercerá o contraditório, formulando as perguntas de seu interesse.

De acordo com Oliveira (2009, p. 370), “a mudança do art. 212 do CPP encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova”. Assim, o art. 212 do CPP visaria contribuir para a concretização do modelo acusatório, “bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar” (STRECK E TRINDADE, 2010). Para Lopes Junior (2011, p. 3), “a mudança foi muito importante e adequada para conformar o Código de Processo Penal à estrutura acusatória desenhada na Constituição”. Para Moura e Mahmoud (2009), a aplicação do art. 212 do CPP está enfrentando obstáculos porque o sistema presidencialista permaneceu em vigor durante mais de 60 anos. Uma mudança de paradigma hermenêutico enseja tempo. Porém, para os referidos autores, isso não pode ser usado como desculpa para não abolir a moldura anteriormente em vigor (MOURA; MAHMOUD, 2009).

A redação do art. 212 do CPP reafirmou uma posição de equidistância do magistrado na produção da prova. Assim, o cumprimento ao procedimento contido no referido artigo contribuiria para preservar a imparcialidade do julgador. Uma vez que, embora seja certo que o magistrado (como qualquer ser humano) possui predisposições, circunstâncias pessoais, história de vida, as quais tornam utópica qualquer exigência de plena imparcialidade, o procedimento é uma garantia para uma atuação dentro de limites pré-estabelecidos. Para Streck (2013, p. 3), “um juiz que conduz a produção da prova, por mais bem intencionado que seja, termina se contaminando pelo objeto da busca, saindo do seu lugar de isenção. Vincula-se psicologicamente ao que procura”. De forma que, para esse entendimento, o magistrado, ao iniciar a inquirição das testemunhas, assume uma postura inquisitiva, a qual potencializa as probabilidades de comprometimento psicológico com as provas, tanto ao produzi-las quanto ao valorá-las.

Neste sentido, é possível encontrar na literatura autores que destacam que a nova lei objetivou não apenas simplificar a colheita de provas, mas, principalmente, garantir maior imparcialidade ao magistrado e conferir maiores responsabilidades as partes do processo penal (e.g., STRECK; TRINDADE, 2010; GIACOMOLLI; DI GESU, 2009; LOPES JUNIOR, 2011).

Esse posicionamento está em consonância com a parcela da doutrina que se opõe ao entendimento jurisprudencial dominante e defende que a formulação de perguntas inicialmente pelo magistrado deve ser considerada mais do que uma mera irregularidade da metodologia da inquirição. Isto é, deve ser considerada mais do que uma nulidade relativa, devendo anular o processo criminal desde a audiência de instrução e julgamento (GIACOMOLLI; DI GESU, 2009; LOPES JUNIOR, 2011; MACHADO, 2010; MARCÃO, 2014; STRECK; TRINDADE, 2010). A seguir aborda-se esse entendimento jurisprudencial.

## 5. A APLICAÇÃO DO ART. 212 NA JURISPRUDÊNCIA

Na jurisprudência, a controvérsia em torno do art. 212 do CPP concentra-se na amplitude que deve ser dada a nulidade em caso de inversão na ordem lógico sequencial de questionamento. Pode-se dizer que predomina o entendimento, nos Tribunais Superiores<sup>14</sup>, de que deve ser tratado como uma nulidade relativa, devendo aquele que alega comprovar o efetivo prejuízo sofrido em razão da inversão. Ou seja, tem sido prevalente o entendimento de que a iniciativa de inquirição das testemunhas pelo magistrado somente configurará ofensa ao art. 212 do CPP quando houver irresignação tempestiva no momento da audiência, demonstrando o prejuízo. Assim, depende da arguição pela parte (no momento oportuno) e da demonstração de efetivo prejuízo, conforme o princípio do *pas de nullité sans grief*.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sedimentou entendimento no sentido de que a Lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista, mas não a possibilidade de o juiz formular perguntas. De modo que, caso não obedecida a ordem de inquirição, tem-se um vício relativo, o qual deve ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte. Transcreve-se jurisprudência exemplificativa desse entendimento:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. INVERSÃO. NULIDADE RELATIVA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.719/08. NOVA CITAÇÃO. DESCABIMENTO. INTERROGATÓRIO POR CARTA PRECATÓRIA. INDEFERIMENTO.

14. Exemplificativamente: STJ, REsp 1305986/RS, Relator Min. Sebastião Reis Junior, julgado em 03 mai. 2012; STJ, HC 217948/PE, Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04 fev. 2014; STJ, HC 27919/RS, Relator Min. Marilza Maynard, julgado em 01 abr. 2014; STJ, HC 186397/SP, Relator Min. Laurita Vaz, julgado em 16 jun. 2011; STJ, AgRg no REsp 1491961/RS, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 08 set. 2015; STJ, HC 312668, Relator Min. Jorge Mussi, julgado em 28 abr. 2015.

CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. 1. A nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista permitindo a inquirição das testemunhas diretamente pelas partes, mas não extinguiu a possibilidade de que o Juiz também formule perguntas, não havendo nulidade qualquer se é oportunizado à defesa perguntar diretamente às testemunhas, mormente porque eventual inobservância à ordem de inquirição caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, pena de preclusão. (...) (STJ, Resp 1302566/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27 jun. 2014).

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal (STF) também tem entendido no sentido de que a não observância do art. 212 do CPP configura nulidade relativa, exigindo demonstração do prejuízo concreto (pela parte que suscita) de que houve um vício no momento em que foi alterada a ordem de inquirição das testemunhas.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. 1. INDÍCIO DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS EM HABEAS CORPUS. 2. ALEGAÇÃO DE NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM ALTERAÇÃO DA LEI N. 11.690/2008. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. Alegação de não haver provas de autoria do delito de homicídio do Paciente. Impossibilidade de reexame dos fatos e das provas dos autos em habeas corpus. 2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. Ordem denegada (STF, HC 115336/RS, Relatora Min. Carmen Lúcia, julgado em 21 mai. 2013).

No entanto, não se pode deixar de mencionar recente decisão do STF no sentido de que, na audiência de instrução e julgamento, o juiz deve observar o disposto no art. 212 do CPP. Essa decisão ocorreu em 14 de novembro de 2017, no Habeas Corpus 111815, em que a 1ª Turma decidiu (por maioria, houve divergência em relação à extensão do HC) que primeiramente as partes devem interrogar as testemunhas, podendo o magistrado formular perguntas apenas quando algum esclarecimento for necessário. No HC 111815, a defesa alegou ser absolutamente nula a ação penal em razão de que a primeira instância não observou a ordem de inquirição de testemunhas estabelecida no art. 212 do CPP. O HC foi concedido parcialmente a fim de que fosse realizada uma nova inquirição de testemunhas, respeitada a ordem prevista

no Código de Processo Penal<sup>15</sup>.

Questão diretamente relacionada a alteração da redação do art. 212 do CPP refere-se à ausência do órgão de acusação (Ministério Público) na audiência para inquirição das testemunhas. Isso porque, caso seja entendido que deve prevalecer uma interpretação literal do art. 212, não caberá ao juiz iniciar os questionamentos. Logo, diante da ausência do órgão de acusação não lhe caberá suprir essa ausência. E, aqui, de novo, estamos diante de uma discussão relacionada à busca (ou não) pelo aperfeiçoamento de sistema acusatório de processo penal.

Na jurisprudência, pode-se dizer que essa questão em que o Ministério Público deixa de comparecer à audiência (e o Magistrado formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia) tem também se restringido à extensão que deve ser conferida à nulidade. Prevalece o entendimento de que se trata de uma nulidade relativa<sup>16</sup> em que, para o seu reconhecimento, deve haver alegação no momento oportuno e a comprovação de efetivo prejuízo. A argumentação prevalente para tal entendimento gira em torno da argumentação de que as modificações introduzidas pela Lei 11.690/2008, ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas. Além disso, ao juiz caberia realizar a inquirição diante da ausência do órgão de acusação, pois ele está adstrito ao dever de se aproximar da realidade dos fatos e ao princípio do impulso oficial, o que (segundo esta linha de argumentação) não representaria violação ao princípio acusatório.

15. Devido ao fato de a decisão ser muito recente, o inteiro teor da acórdão ainda não está disponível para a consulta. Essas informações foram obtidas através das notícias do STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361859> > Acesso em 17 nov. 2017.
16. Exemplificativamente: STJ RE 1348978/SC, Relator Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 17 dez. 2015. EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DO IMPULSO OFICIAL. NULIDADES RELATIVAS. NÃO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP). 2. As modificações introduzidas pela Lei. 11.690/2008, ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumbiu o dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório. 3. Eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu, uma vez que, presente em audiência, o causídico não suscitou o vício no decorrer das oitavas, tampouco nas alegações finais, não logrando demonstrar qual o prejuízo causado ao réu. 4. Recurso especial provido para excluir a nulidade reconhecida pelo Tribunal *a quo* e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos a fim de que se prossiga no julgamento do mérito do apelo.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em caráter conclusivo, aponta-se que a ordem lógico-sequencial de questionamento às testemunhas em audiência criminal não versa apenas sobre uma formalidade processual. Trata-se de um debate que gira em torno da gestão ou iniciativa probatória no processo penal. No Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal de 1988, são assegurados direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o contraditório e a independência e imparcialidade do julgador, os quais demonstram a busca por um sistema acusatório. A modificação do art. 212 do Código de Processo Penal constituiu-se em mais uma tentativa aproximativa do processo penal brasileiro à estrutura acusatória, constituindo-se sua aplicação num imperativo na busca de um processo penal com *fair play*.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, F.G.P. A Oitiva das Testemunhas e o Papel do Juiz no Código de Processo Penal Reformado. **Revista dos Tribunais**, 895 (99), São Paulo: RT, 2010. pp. 445-469.
- AQUINO, J.C.G.X. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016.
- CANOTILHO, G.J.J. E MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CORDERO, F. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Colômbia: Editoria Temis, 2000.
- DE JESUS, D.E. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DELMAS-MARTY, M.; SPENCER, J. R. **European Criminal Procedures**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2004.
- FERRAJOLI, L. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. 6 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- GARNER, B. **Black's Law Dictionary**. St. Paul: Thomson West, 2004.
- GIACOMOLLI, N.J. E DI GESU, C.C. *Nova Metodologia na Inquirição das Testemunhas e Consequências de sua Inobservância*. **Boletim IBCCrim**, 201, (17), 2009. pp. 16-7.
- LOPES JUNIOR, A. Ausência do Ministério Público na Audiência de Instrução e a Postura do Juiz à Luz do Art. 212 do CPP. **Boletim IBCCrim**, 229 (19), 2011. pp. 3-4.
- LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- MACHADO, E.D.A. Nulidade na Oitiva de Testemunhas Por uma Interpretação Conforme o art. 212 do CPP. **Revista Jurídica**, 395 (58), Porto Alegre, Notadez, 2010. pp. 125-147.
- MARCÃO, R. O Sistema Acusatório e os Artigos 212 e 310 II, do CPP. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, 88 (15), São Paulo, Síntese, 2014. pp. 214-9.
- MARINONI, L.G. E MITIDIERO, D.F. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.
- MOURA, M.T.R.A E MAHMOUD, M.A.H. A Reforma Processual Penal Precedentes do Superior

- Tribunal de Justiça. **Revista de Informação Legislativa**, 183 (46), Brasília, Senado Federal, 2009.
- NUCCI, G.S. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- OLIVEIRA, E. P. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- ROXIN, C. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2001.
- SOUSA, L.F.P. **Prova Testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2013.
- STRECK, L. **Por que tanto se descumpra a lei e ninguém faz nada?** Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpra-lei-ninguem-faz-nada>> Acesso em 16 out. 2016.
- STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. **Produção da Prova cabe ao MP e à Defesa**. Consultor Jurídico, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa>> Acesso em 16 nov. 2016.
- TRINDADE, J. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

# RECOGNIÇÃO, PROBLEMÁTICA PROBATÓRIA E O ENCONTRO FORTUITO DE PROVA

Maria Alice dos Santos Severo<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

As ideias vigentes sobre a prova judiciária não são uniformes, nem resultam de uma evolução constante e linear, estando condicionada a circunstâncias históricas e culturais. A diversidade dos sistemas probatórios conhecidos, desde os mais primitivos em que a apuração da verdade se fazia com o auxílio de forças sobrenaturais, até os mais modernos, assentados na superioridade da razão e da experimentação científica, deve-se à longa batalha de tentar adequar os métodos de busca da verdade às convicções, convencimento, evidências e costumes<sup>2</sup>.

Não é raro o operador jurídico que trabalha com o processo penal, deparar-se com situações de verdadeira antecipação do juízo da causa no curso do procedimento judicial. Infelizmente, é relativamente comum o magistrado criminal que, ao decidir questão processual incidente ou atuar como gestor da prova emite verdadeiro pré-julgamento sobre o caso em exame, demonstrando qual será o conteúdo de seu pronunciamento final em sede de sentença.

A afirmação dos direitos fundamentais bem como a repressão às condutas delitivas são interesses perseguidos pelo Estado, sendo de extrema relevância determinar qual o exato equilíbrio entre garantir direitos fundamentais e assegurar a eficiência de uma atividade repressiva. O tema proposto para a pesquisa se insere na difícil tarefa de estabelecer a linha tênue que divide a legítima restrição aos direitos fundamentais da ilegítima e abusiva violação desses direitos em persecução penal. O tema está diretamente ligado com o

1. Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS | 2017 – Bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisas Observatório de Reformas Penais, sob a coordenação do Prof. Dr. Aury Lopes Jr. Especialista em Direito Penal Empresarial pela PUCRS | 2016. Graduada em Direito pela PUCRS e Universidade de Coimbra (Portugal) | 2015. Advogada Criminalista – OAB/RS 101.031 – LAUERMANN & FARIAS ADVOCACIA PENAL ([www.lauermannfarias.com.br](http://www.lauermannfarias.com.br))
2. TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3.

alcance tomado pela cognição judicial no processo criminal, circunstância que determina, de forma rigorosa, o exato grau de apreciação da prova.

No ordenamento jurídico brasileiro inexistia previsão legal sobre a admissibilidade na utilização para fins probatórios desses elementos descobertos fortuitamente, fenômeno que parte da doutrina estrangeira e tem denominado *conhecimento fortuito de prova*, que já vem sendo estudado há algum tempo. Diante desta lacuna normativa, é necessário especificar os limites e eficácia da problemática probatória do encontro fortuito a luz dos princípios da imparcialidade, gestão da prova, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa. Por fim, e não menos importante, a fim de embasar a próxima questão a ser analisada – problemática probatória –, perpassasse pelo estudo do desvio da vinculação causal da investigação, atentando-se para a vinculação causal da prova como forma de evitar-se as investigações genéricas.

Por fim, pondera-se a cerca, especificamente, da problemática probatória, ou seja, a conexão da utilização dos elementos colhidos fortuitamente e sua utilização para a cognição do juiz. O convencimento e a valoração da prova na decisão do juiz são elementos essenciais que para ser entendido, precisamos preteritamente buscar conceitos de direitos e garantias fundamentais. Entrelaçamos os conhecimentos analisados anteriormente para ponderar o ponto chave da pesquisa: a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos no contexto do processo penal e sua repercussão processual.

As modernas técnicas de investigação criminal têm se mostrado úteis para a elucidação de crimes cuja forma de execução é diferenciada. No entanto, também é possível enxergar abusos com que tais métodos de investigação têm sido utilizados. Em outras palavras, o objetivo da prova é fazer a reconstrução daquilo que ocorreu no passado, mesmo sendo praticamente impossível que isso ocorra de forma fidedigna. Há que se buscar o maior número de elementos possíveis para que se possa provar a veracidade de algo.

A reforma ocorrida recentemente não teve o trabalho de cuidar do encontro fortuito de provas em seu texto. Os direitos fundamentais são direitos humanos que, positivados formal ou materialmente, só podem ser objeto de restrição nos estreitos limites autorizados pela Constituição. O estudo dessas questões acima permitirá verificarmos a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos no direito processual penal brasileiro, especialmente sob a égide da Constituição Federal de 1988.

## 2. PROVA E COGNIÇÃO

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Conforme ressalta LOPES JR.<sup>3</sup>, o processo penal, como ritual, está destinado a instruir o julgador a proporcionar o conhecimento do juiz por meio de reconstrução histórica de um fato. Portanto, o tema probatório é sempre a afirmação de um fato, não sendo normas jurídicas, como regra, tema de prova – por força do princípio do *iura novit curia*<sup>4</sup>.

A busca pela verdade – dos fatos – está diretamente atrelada às provas e como elas são obtidas e valoradas. Esta busca é, unicamente, de interesse das partes (Ministério Público e Defesa), enquanto que o Magistrado é o destinatário das provas (que são do processo), o qual julgará a questão de acordo com as provas produzidas no curso da instrução processual.

Entretanto, a busca da verdade no processo penal é o que devemos chamar, unicamente, de verdade reproduzida dos fatos, pois a verdade absoluta jamais será alcançada. Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá esta pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado.<sup>5</sup>

O ritual de cognição está ligado diretamente ao conceito de prova. Este procedimento é, via de regra, um instrumento de retrospectiva aproximativa de um determinado fato histórico. Então, como ritual, está amplamente direcionado a proporcionar ao magistrado o conhecimento e a reconstrução histórica de um fato. Portanto, neste contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do passado e um meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou não dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo.

A verdade no processo penal, nada mais é do que um elevado grau de probabilidade de que um fato tenha ocorrido como as provas demonstram. O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução – aproximada – de um fato passado. Neste ínterim, através das provas – essencialmente –, o processo pretende criar condições para que

3. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 355.

4. GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil. Trad. Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936, p. 256.

5. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 355.

o juiz exerça sua atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença.<sup>6</sup>

Conforme ressalta LOPES JR., “é a prova que permite a atividade reconhecitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória”. Os modos de construção de convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença através do processo penal e da prova nele admitida. Como define JACINTO COUTINHO<sup>7</sup>, a atividade do juiz é sempre reconhecitiva, ou seja, “a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto”. Portanto, as provas são signos de fato que se quer conhecer, isto é, uma relação semiótica configurável de diversos modos, em que da correspondente análise surge a mais útil das possíveis classificações.<sup>8</sup>

### a) Cognição Judicial e o Grau de Reconhecimento no Processo Penal

A ideia de cognição, conquanto esteja inserida na técnica jurídica, deita suas raízes no solo fértil da filosofia. O conceito é oriundo especificamente da gnosiologia, ou seja, da teoria do conhecimento<sup>9</sup> estando ligado ao contexto da relação sujeito-objeto. Trata-se, pois, de uma via de percepção do objeto cognoscível, cujo estudo sistemático parece ter atingido ponto alto nas obras do idealismo alemão.<sup>10</sup>

Por outro lado, no plano jurídico, a cognição pode ser analisada como uma técnica processual para regular a percepção do sujeito cognoscente (o magistrado) sobre os objetos cognoscíveis (notadamente a prova). Assim, segundo KAZUO WATANABE<sup>11</sup>, podemos conceituar a cognição judicial como “um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo alicerce, o fundamento do *judicium*.”

Neste ínterim, importante ressaltar a estrutura interna do ato de cognição judicial, que pode ser destacado em dois momentos distintos. Um primeiro momento da admissão da possibilidade de produção da prova, correspondendo ao exame, no plano da gnosiologia, da possibilidade de conhecer. Já um

6. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 356.

7. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Direito e Psicanálise. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

8. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 357.

9. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 2004, p. 55.

10. REALE, Miguel. Introdução à filosofia. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33-127.

11. WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58-59.

segundo momento é o da apreciação da prova admitida, correspondendo ao plano do efetivo conhecimento. Existem, pois, dois momentos perfeitamente distintos e separados lógica e ontologicamente.<sup>12</sup>

O processo penal é um sistema processual informado por regras específicas – algumas de natureza constitucional – e que tem acusação – momento inaugural do processo penal de conhecimento de caráter condenatório – como pressuposto processual objetivo intrínseco.<sup>13</sup> Como já analisado, os mandamentos de cunho constitucional que regem o processo penal (ampla defesa, contraditório, etc., já analisados anteriormente), assim como a especificidade do seu objeto, dão-lhe uma feição específica que repercute no delineamento do exercício da cognição judicial.

O conhecimento do efetivo objeto, ou seja, o exame livre e pleno da prova colhida na instrução somente pode ser realizado na sentença final, que põe termo ao processo, sob pena de então ocorrer o malfadado prejulgamento. Portanto, antes da sentença propriamente dita, a análise da prova deve ser sumária, cingindo-se ao exame das questões processuais postas em discussão, sem maior aprofundamento no exame da prova colhida.

Com maestria, afirma MORAIS DA ROSA<sup>14</sup> que, tanto nas manifestações, como nas investigações e nas decisões judiciais, as emoções em suas mais variadas manifestações adentram nos mecanismos humanos de apuração da responsabilidade penal, com os perigos que representam. Tanto é que o Código Penal aponta a injusta provocação e a violenta emoção como elementos normativos. Reconhecer as emoções, aponta NUSSBAUM<sup>15</sup>, significa que existe um sujeito individual e singular que é acusado, que acusa, que defende, que julga e, enfim que pode errar por força da ausência do controle emocional.

### 3. CAPTURA PSÍQUICA DO JUIZ

O acervo probatório é formado no processo penal pelas informações construídas através da comunicação linguística processual, conseqüentemente, cria-se uma verdade processual que terá a função persuasiva de

12. A distinção entre ato e potencia pertence à ontologia tradicional, sendo posteriormente incorporada ao tomismo e suas derivações. Neste sentido, ver Jacques Maritain, Introdução geral à filosofia I, p. 154-162. A gnosiologia, em várias de suas formulações, reproduz certas divisões e pares conceituais que remontam estruturalmente àquela fonte.

13. TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 366.

14. MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a teoria dos Jogos. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 166-167.

15. NUSSBAUM, Martha. Justicia Poética. Barcelona: AndresBello, 1995.

convencer o juiz. Através da aplicação do princípio do Devido Processo Penal a sentença será fundamentada em uma elevadíssima probabilidade da existência ou inexistência do fato, e se nela também for encontrada a verdade, tal ocorrência foi, apenas, contingencial.

As provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva).<sup>16</sup> Nesta atividade, a instrução e as provas nela colhidas são fundamentais para a seleção e eleição das hipóteses históricas aventadas.<sup>17</sup> As provas constituem uma função ritual na medida em que inseridas e chamadas a desempenhar um papel de destaque na complexidade do ritual judiciário<sup>18</sup>. No que se refere as provas, o simbolismo também deve ser considerado na perspectiva da função persuasiva, como “atrativos para tentar uma captura psíquica” de quem está declarando<sup>19</sup>, e também dar maior credibilidade (fé) para quem julga.<sup>20</sup>

TARUFFO discorre acerca do tema, explicando que, além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a verdade dos fatos, porque é útil ao cidadão, ainda que na realidade esta tal verdade não pode ser obtida, motivo pelo qual precisa-se reforçar a crença.<sup>21</sup> O primeiro destinatário desta crença, portanto, é o juiz. ARAGONESES ALONSO<sup>22</sup>, com precisão ensina que “o conceito de prova está vinculado ao de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz”.

Nesta esteira, podemos afirmar que o juiz elege o significado da norma ou, de outra forma, elege “versões” que se expressam na valoração da prova e na própria axiologia, incluindo a carga ideológica, confirme acertadamente refere LOPES JR., que faz da norma penal ou processual penal aplicável ao caso.<sup>23</sup>

A história nos mostra que, para os que acreditam que o processo possa atingir a “verdade”, diferentes modos de construção do convencimento foram admitidos pelo Direito Processual, fazendo com que exista uma íntima relação

16. TARUFFO, Michele. La prueba de los Hechos. Madrid: Trotta, 2002, p. 83.

17. CORDERO, Franco. Procedimiento Penal. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, v. 2, p. 3.

18. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 358.

19. CORDERO, Franco. Procedimiento Penal. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, v. 2, p. 3.

20. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 358.

21. TARUFFO, Michele. La prueba de los Hechos. Madrid: Trotta, 2002, p. 81.

22. ARAGONESES ALONSO, Pedro. Instituciones de Derecho Procesal Penal. 5ª ed. Madrid: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984, p. 251.

23. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 358.

e interação entre o regime legal das provas e o sistema processual adotado.<sup>24</sup> Nesta esteira, JACINTO COUTINHO<sup>25</sup>, em sua clara explanação, refere que “pelo conhecimento do fato, tem um preço a ser pago pela democracia (não avançar nos direitos e garantias individuais).

Portanto, ao acerto de GOLDSCHMIDT<sup>26</sup>, podemos afirmar que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição. Partindo do pressuposto que o processo penal tem por finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico, de modo que a gestão da prova é erigida na espinha dorsal do processo penal, há alguns princípios informadores especificados por JACINTO COUTINHO<sup>27</sup> que fundam o sistema: o princípio dispositivo – funda o sistema acusatório; a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz-espectador) – e o princípio inquisitivo – a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz-ator), pois isso, ele funda um sistema acusatório.<sup>28</sup>

Não cabe aqui, esgotar ou definir pausadamente os sistemas processuais, senão recordar que a gestão/iniciativa probatória é fundante do próprio sistema, e que atribuir a gestão e o poder de ter iniciativa probatória ao juiz funda um sistema inquisitório e, como consequência, afeta o próprio regime legal das provas.<sup>29</sup>

### a) Utilização da prova obtida fortuitamente como argumento decisivo

As limitações à prova e à sua admissibilidade inserem-se na perspectiva da evolução da teoria da prova na esfera criminal e, como afirma VALENTE<sup>30</sup>, a qual se direciona na consideração do ser humano como sujeito de direitos e deveres e não como objeto desnudo da intervenção do aparato criminal do Estado.

24. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 359.

25. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2001). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 177.

26. GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.

27. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal Brasileiro. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 1, 2001.

28. Apenas para relembrar que não cabe, aqui, analogias errôneas com o processo civil, pois, assim como destaca J. GOLDSCHMIDT, (Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, p. 28), que a construção do modelo acusatório no processo penal deve ser distinta daquela aplicável ao processo civil (uma concepção distinta do princípio dispositivo), pois a situação jurídica da parte é completamente diferente da do autor (processo civil). Para compreender esse pensamento é imprescindível partir da premissa de que o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória (*ius ut procedatur*). LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 358-359.

29. Neste sentido: LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 360.

30. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Conhecimentos Fortuitos. A busca de um equilíbrio apuleiano. Coimbra: Almedina, 2006, p. 14 e 27.

Somente são admissíveis os meios de obtenção de provas típicos, a saber, aqueles dotados de regulamentação legal, esta a ser entendida como sua nominação, a previsão de requisitos de admissibilidade e o procedimento probatório aplicável. Do contrário, a intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental não configurará uma legítima restrição e sim uma ilegítima violação.

Por consequência, não são admissíveis os conhecimentos de investigação obtidos a partir de meios de obtenção de prova atípicos, tampouco serão admissíveis os conhecimentos fortuitos obtidos neste mesmo contexto. A discussão acerca da licitude ou ilicitude da prova, quando ocorre no processo penal, além de contaminar as demais provas, influencia o convencimento do julgador. As provas inadmissíveis, vedadas, proibidas quando contaminantes do processamento, tanto em face do nexo de dependência, quando da impressão contagiante (órgão julgador), não servem de suporte eficiente ao juízo condenatório.<sup>31</sup>

Desta forma, a inadmissibilidade da prova ilícita como fonte de convicção para o julgador, ultrapassa a violação constitucional (direitos fundamentais, garantias constitucionais). Portanto, a inadmissibilidade da prova ilícita direta e derivada fundamenta-se na maximização dos direitos fundamentais. Desta forma, ressalta GIACOMOLLI<sup>32</sup> que “não há restrição de ser inadmissível somente quando houver violação ao núcleo essencial do direito fundamental, pois até a violação da regra legal é fulminada pela inadmissibilidade”.

#### 4. DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVA

Dentro do estudo da teoria das provas ilícitas, existe o chamado encontro fortuito de provas, que seria aquela situação segundo o qual uma determinada prova é obtida casualmente a partir da busca de outras – que já tinham sido autorizadas em outro processo. A legalidade da prova originária a ser perquirida acarreta a legalidade da prova encontrada fortuitamente e o inverso também é verdadeiro. Ou seja, ilegítima a prova originária, ilegítima será a prova encontrada fortuitamente.

Os conhecimentos fortuitos (descoberta ocasional ou achado causal) são constituídos por circunstâncias e fatos diversos daqueles originários da

31. GIACOMOLLI, Nereu José. O devido Processo Penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 201

32. GIACOMOLLI, Nereu José. O devido Processo Penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 204

*persecutio criminis*, de seu objeto, ou seja, do fato cuja qualificação jurídica está em perspectiva ou, como afirmado por COSTA ANDRADE<sup>33</sup>

Desta forma, a filosofia dos conhecimentos fortuitos deve seguir o caminho Tocquevilleano da substituição da violência – física ou psicológica – pela justiça.<sup>34</sup> A teoria, embora em um primeiro momento possa parecer um excessivo zelo com a tutela do devido processo legal, justifica-se plenamente.

A temática dos *conhecimentos fortuitos*<sup>35</sup> é extremamente recente no direito brasileiro. Inexiste previsão legal sobre a admissibilidade dos conhecimentos (fontes de provas e elementos de informação) obtidos durante regular cumprimento de um meio de obtenção de prova e que não reportem ao crime/ indivíduo cuja investigação legitimou a execução da medida. No âmbito da jurisprudência, podemos encontrar alguns julgados tratando sobre o tema, mas sem uma sistematização linear. No âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, em alguns julgamentos, o tema foi tratado direta ou indiretamente, mas, em nenhum caso, com uma análise mais profunda.<sup>36</sup>

Na doutrina, o cenário não é muito diferente. Afinal, mesmo que diversos autores tenham lançado olhos sobre a matéria, especialmente quando o *conhecimento fortuito* surge no âmbito das interceptações telefônicas, não alcançamos, ainda, um mínimo consenso sobre seus aspectos dogmáticos. Entretanto, o cenário encontrado em alguns países da Europa, especialmente Alemanha e Portugal, locais nos quais o tema tem sido amplamente debatido – principalmente com relação a multiplicação exponencial de utilização das interceptações telefônicas<sup>37</sup> –, bem como na ausência legislativa adequada para os problemas que surgem na execução deste meio de obtenção de prova.

Mesmo que o avanço teórico sobre os encontros fortuitos tenha sido na seara dos debates sobre interceptações telefônicas, isto não significa que

33. COSTA ANDRADE, Manuel. Sobre proibições de Prova no Processo Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 304.

34. TOCQUEVILLE, Alexis. Da democracia na América. Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Principia, São João do Estoril, 2002, p. 180.

35. Expressão introduzida por VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. (Conhecimentos Fortuitos. A busca de um equilíbrio apuleiano. Coimbra: Almedina, 2006.)

36. Não com o intuito de esgotar a temática, mas apenas ilustrando: HC 81.260/ES (Pleno – Min. Sepúlveda Pertence – j. 14.11.2001 – DJ 19.04.2002); HC 83.515 (Pleno – Min. Nelson Jobim – j. 16.09.2004 – DJ 04.03.2005); HC 84.388/SP (2ª T. – Min. Joaquim Barbosa – j. 14.12.2004 – DJ 19.05.2006); Ag. Reg. no Ag. Inst. 761.706 (1ª T. – Min. Cármen Lúcia – j. 06.04.2010 – Dje 29.04.2010); HC 102.304/MG (1ª T. – Min. Carmen Lucia – j. 25.05.2010) – Dje 24.05.2011).

37. Conforme ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre Proibições de Prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 272-274: O autor demonstra este aumento de frequência com dados estatísticos, tendo saltado de 443, em 1979, para 2205, em 1989, o número de interceptações telefônicas realizadas na Alemanha, enquanto em Portugal houve um salto de zero (0), em 1979, para 365, em 1989.

eles não possam surgir na execução de outros meios de obtenção de prova. Entretanto, diferentemente daquele meio de obtenção de prova, as buscas, por exemplo, tendem a ser admitidas em qualquer crime – não havendo restrição a um determinado catálogo – o que se torna um argumento utilizado pela doutrina para admitir irrestritamente os conhecimentos fortuitos nesta seara<sup>38</sup>.

Em se tratando de medidas restritivas de direitos fundamentais, acreditamos que a admissibilidade – ou não – dos conhecimentos fortuitos não pode estar calcada apenas na inexistência de um catálogo legal autorizando a execução do meio de obtenção de prova para todos os crimes. Em sentido semelhante é o entendimento de PITOMBO<sup>39</sup>, a qual critica a economia processual como argumento para uma admissão geral dos conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas. Afinal, em processo penal, que tem escopo a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, não podemos, em nome da “economia processual” abrandar ou tornar complacentes preceitos processuais dela protéticos.

#### a) Limites, eficácia e a neutralidade do Juiz na gestão e iniciativa da prova

De início, devemos ressaltar que o objeto dos conhecimentos fortuitos de prova são as fontes de provas e os elementos de informação obtidos durante o regular cumprimento de um meio de obtenção de prova e que não possuam um nexo de causalidade com a *situação histórica de vida* da investigação<sup>40</sup>. Disso resultam dois aspectos fundamentais: a fortuidade e a não vinculatividade.

A fortuidade, primeiro aspecto, revela que o conhecimento da fonte de prova e/ou do elemento de informação é obtido de modo acidental, casual ou eventual. Do contrário, não será *conhecimento fortuito*, mas apenas uma prova obtida por meios ilícitos. O segundo aspecto, a não vinculatividade, revela que a fonte de prova ou o elemento de informação descoberto não tem nexo de causalidade com o tema da investigação, isto é, não está inserido no contexto histórico do fato tido por criminoso e que legitimou a execução do meio de obtenção de prova.<sup>41</sup>

38. ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 277-278

39. PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e apreensão no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 267-268.

40. LOPES, Anderson Bezerra. Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 190-191.

41. LOPES, Anderson Bezerra. Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 203-204.

Nesta perspectiva, os conhecimentos fortuitos e os dele decorrentes limitam a sua potencialidade e eficácia à mera *notitia criminis*<sup>42</sup>, a partir da qual se iniciará outra investigação, com outro objeto, o qual poderá estar limitada pela reserva jurisdicional, cuja quebra deverá ser autorizada para que a prova seja admissível.

Afirma GIACOMOLLI<sup>43</sup> que a autorização judicial deferida à investigação originária não produz seus efeitos à nova *persecutio criminis*, por ser distinto do seu objeto ou diversos os sujeitos envolvidos, mesmo diante da conexão e da unidade procedimental. Os conhecimentos fortuitos não são um resultado necessário na execução de um meio de obtenção de prova, muito ao contrário, são apenas um resultado eventual.

Conforme ressalta LOPES JR<sup>44</sup>, a imparcialidade não se confunde com neutralidade. Esta concepção, um mito da modernidade, está superada por toda a base teórica anticartesianista. O juiz, no mundo, não é neutro, mas deve ser imparcial, principalmente se compreendermos que a imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual. O juiz ignora os fatos, mas não é neutro<sup>45</sup>, vez que possui suas conotações políticas, religiosas, ideológicas, etc., mas deve ser imparcial cognitivamente, ou seja, deve ter afastamento subjetivo das partes e do objetivo do caso penal.

Portanto, não há neutralidade porque se trata de um “juiz-no-mundo”<sup>46</sup>. Mas deve haver imparcialidade, um afastamento estrutural, vez que aquela é um princípio supremo do processo, como ensina GOLDSCHMIDT<sup>47</sup>. A garantia da jurisdição é meramente formal quando não se tem um juiz imparcial. A questão, portanto, vincula-se à originalidade cognitiva da temática submetida ao julgamento.<sup>48</sup>

Um reducionismo perigoso é desconectar a discussão acerca dos sistemas processuais da imparcialidade. É elementar que ao se atribuir poderes instrutórios ao juiz, fere-se a morte da imparcialidade, pois “quem procura,

42. AGUILAR, Francisco. Dos conhecimentos Fortuitos Obtidos através de Escutas Telefônicas: contributo para seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra: Almedina, 2014.

43. GIACOMOLLI, Nereu José. O devido Processo Penal: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 214.

44. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 365.

45. GIACOMOLLI, Nereu José. DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. Revista da Ajuris, Porto Alegre, V. 33, nº 102, Jun 2006, p. 290.

46. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 365.

47. GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal, Barcelona: Bosch, 1935, p. 65.

48. MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

procura algo<sup>49</sup>. Desde o momento em que o juiz decide ir atrás da prova de ofício, o processo transforma-se em uma encenação simbólica. Portanto, CORDERO<sup>50</sup> ensina que esse juiz não decide a partir dos fatos apresentados no processo, senão da hipótese acusatória inicialmente eleita.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com exatidão, já explicou que “juiz que vai atrás da prova está contaminado e não pode julgar”, sendo a “prevenção” uma causa de exclusão da competência. É importante que o juiz mantenha um afastamento que lhe confira uma “estética de julgador” e não de acusador ou investigador.

## 5. DESVIO DA VINCULAÇÃO CAUSAL E PROBLEMÁTICA PROBATÓRIA

Conforme ressalta LOPES JR.<sup>51</sup>, é preciso compreender que o ato judicial que autoriza, por exemplo, a obtenção de informações bancárias, fiscais ou telefônicas é plenamente vinculado e limitado. Portanto, é necessário que haja um contexto jurídico e fático necessário para instituir uma “especialidade” da medida. Nesse sentido, a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos e, mais ainda, uma vinculação obrigatória àquele processo.

É nesse terreno que se situa o desvio causal da prova, também tratado como “encontro fortuito” ou “conhecimento fortuito”, como prefere a doutrina portuguesa.<sup>52</sup> No Brasil, o STJ tem adotado o “princípio da serendipidade<sup>53</sup>”, para aceitar a colheita acidental de provas mesmo quando não há conexão entre os crimes.

Assim, tal entendimento vai de encontro ao que sustentamos e também à doutrina da vinculação causal. Inclusive na colheita de provas, mesmo quando não há conexão – no mínimo deveria ser exigida a conexão entre os delitos –, como decidido pelo STJ na Ap. 690. Já no HC 187.189, o STJ aceitou a prova colhida em interceptação telefônica para apurar a conduta diversa daquela que originou a quebra, em nome da descoberta fortuita.

49. PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

50. CORDERO, Franco. Procedimiento Penal. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, v. 1, p. 89.

51. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 397.

52. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Conhecimento Fortuito. Almedina, Coimbra, 2006.

53. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 398: A palavra serendipidade vem da lenda oriental sobre os três príncipes de Serendip, que eram viajantes e, ao longo do caminho, fizeram descobertas sem ligação com o objetivo original.

Se, durante a interceptação telefônica surgirem elementos que indiquem a ocorrência de outros crimes, até então ignorados e, como afirma MARIANO DA SILVA<sup>54</sup>, se estes delitos forem daqueles que propiciem a interceptação telefônica – punidos com reclusão – nada impede que a prova produzida seja empregada validamente em juízo. Isto porque, assevera o autor, que embora o pedido tenha sido feito para a apuração de outros delitos, não se pode desprezar uma prova nova, uma vez que obtida por meio lícito.

Em suma, no STJ, até o momento, predomina o entendimento da admissibilidade da prova obtida através do encontro fortuito.<sup>55</sup> O STJ também já aceitou e validou o encontro fortuito de provas em interceptações telefônicas.<sup>56</sup> Entretanto, em que pese a provável aceitação pela jurisprudência do STJ e STF, acreditamos que o desvio causal da prova exigirá uma análise amplamente crítica, que demonstre os perigos e/ou vantagens da sua aplicação<sup>57</sup>.

Não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, assim como nas lições de LOPES JR.<sup>58</sup>, não temos dúvida que sua consagração não decorre da lei, mas da interpretação sistemática da Constituição Federal. Basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valoração do homem e da dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório<sup>59</sup>.

Assim, entende-se que o modelo constitucional é acusatório, em contraste direto com o Código de Processo Penal, que é nitidamente inquisitório. Portanto, a problemática aqui se situa em verificar a falta de conformidade entre a sistemática prevista no Código de Processo Penal de 1941 e aquela da Constituição, levando em consideração, a esta altura, o entendimento de

54. MARIANO DA SILVA, César Dario. Provas ilícitas. 7ª ed. Revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2016, p. 56.

55. Neste mesmo sentido, as decisões: RHC 28.794; HC 144.137; HC 69.552; HC 189.735; HC 282.096; RHC 45.267 e RHC 41.316).

56. HC 5. Em revisão INQ 4130 QO/PR 81.260/ES, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/04/2002; HC 83.515/RS, Pleno, Min. Nelson Jobim, DJ 04/03/2005; HC 84.224/DF, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Min. Joaquim Barbosa, Dje 16/05/2008; AI 626.214/MG-AgR, Segunda Turma, Min. Joaquim Barbosa, Dje 08/10/2010; HC 105.527/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 13/05/2011; HC 106.225/SP, Primeira Turma, Relator para o acórdão o Min. Luiz Fux, Dje 22/03/2012; RHC 120.111/SP, Primeira Turma, Dje 31/03/2014.

57. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 398.

58. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93

59. Neste sentido: LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93 e seguintes. Recordemos que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham a mesma base epistemológica. Para além disso, possui ainda nossa Constituição uma série de regras que desenha um modelo acusatório, como por exemplo: (i) titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I); (ii) contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); (iii) devido processo legal (art. 5º, LIV); (iv) presunção de inocência (art. 5º, LVII); e (v) exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX).

que todos os dispositivos do Código de Processo Penal que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais.<sup>60</sup>

A atividade probatória está voltada ao conhecimento de fatos pelo juiz, mas sua função não se exaure aí, pois, se assim fosse, seria permitido ao julgador utilizar-se de dados de sua ciência particular, ou buscar, de qualquer forma, as informações necessárias para chegar a conclusões próprias a respeito dos acontecimentos. Na realidade, as provas desempenham um papel mais importante, que é o de fixar os fatos no processo penal e, por consequência, no próprio universo social: nisso consiste sua função *legitimadora* das decisões<sup>61</sup>.

Disto tudo resulta a indeclinável exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras – lógicas, psicológicas, jurídicas e éticas – cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade. Como afirma LANDOWSKI<sup>62</sup>, assim como o saber científico, que só adquire esse *status* na comunidade acadêmica após uma rigorosa verificação sobre a validade dos métodos de pesquisa utilizados, também a verdade judicial requer obediência a parâmetros bem delimitados no seu processo de construção, sem os quais seria confundida com o arbítrio do magistrado.

Nesta linha, o método probatório constitui um conjunto de regras cuja função é garantir a legitimação da jurisdição e isto implica, como referencia ANTONIONI<sup>63</sup>, limitações ao *objeto* da prova, aos *meios* através dos quais os dados probatórios são introduzidos no processo, além de estabelecer os *procedimentos* adequados às operações relacionadas à colheita do material probatório, ou mesmo, em certas situações, o *valor* da prova obtida. Num processo de partes, portanto, as restrições do direito à prova de uma delas asseguram, em última análise, o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida, produzida e valorada. Desta forma, ao direito à prova corresponde, como verso da mesma medalha, um direito a exclusão das provas que contrariem o ordenamento<sup>64</sup>.

As regras de admissibilidade existem para designar critérios jurídicos de seleção dos elementos que podem ser empregados no processo, ao passo que

60. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93-94

61. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997, p. 92.

62. LANDOWSKI, Eric. Vérité et vérification en droit. Droit et société, 1988, p. 49-50.

63. ANTONIONI, Filippo. Regole di prova legale e processo penale. La giustizia penale, 1955, p. 7-18, In: La conoscenza del fatto nel processo penale, UBERTIS, Giulio (org.). Milano: Giuffrè, 1992, p. 16-17.

64. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997, p. 93.

as noções de pertinência referem-se, conforme afirma TARUFFO, a critérios tipicamente lógicos.<sup>65</sup> A admissibilidade da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual<sup>66</sup> e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo<sup>67</sup>.

### a) Repercussão Processual Dos Conhecimentos Fortuitos

A temática dos conhecimentos fortuitos não se insere propriamente em uma proibição sobre o modo de produção da prova penal, isto é, não se trata da execução de um meio de obtenção de prova proibido, ilícito. Pelo contrário, a licitude da execução do meio de obtenção de prova é um pressuposto necessário dos *conhecimentos fortuitos*. Portanto, o tema dos *conhecimentos fortuitos* está inserido no contexto de um meio de obtenção de prova lícito cujo resultado se mostrou excessivo, desbordou dos limites previstos pelo ato que o legitimou.

Considerando que, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, inexistente expressa previsão legal autorizando a utilização dos conhecimentos fortuitos, seja como prova emprestada, seja como notícia crime deflagrada de nova investigação, não há como negar violação à *reserva legal* na sua admissão, pois tais resultados probatórios são obtidos no curso de medidas restritivas de direitos fundamentais.<sup>68</sup>

Importante ressaltar que o STF, no Ag.Reg. no AI 626.214, Dje de 07.10.2010, admitiu o uso da prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica, no âmbito da jurisprudência nacional, licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo com o que foi objeto de interceptação, seja punido com detenção<sup>69</sup>. O STJ também já externou seu entendimento, sendo o mais recente proferido no julgamento do Agravo

65. TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè, 1992, p. 337.

66. Não se confunde a *admissibilidade* com a *licitude* da prova exatamente porque esta última qualidade resulta de uma conformidade com o direito material; em certos casos, a *inadmissibilidade* constitui uma consequência da *ilicitude*. Neste sentido, CORDERO, Franco. Procedura penale, 7ª ed. Milano: Giuffrè, 1983, p. 906.

67. A inadmissibilidade deve abranger não somente o ingresso jurídico da prova no processo, mas também sua introdução material nos autos, evitando-se, com isso, influências indesejáveis sobre o convencimento do julgador; sobre esse significado do termo *inadmissibilidade*: GALLI, Guido. L'inadmissibilità dell'atto processuale penale. Milano: Giuffrè, 1968, p. 24.

68. LOPES, Anderson Bezerra. Os conhecimentos Fortuitos de Prova no Processo Penal. Belo Horizonte: Editora D'placido, 2016, p. 283-284.

69. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. ARAÚJO DA COSTA, Daniela Karine de. O sigilo das comunicações e o encontro fortuito de provas: uma análise principiológico-constitucional. **Proibições probatórias no processo penal. Análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional** Nestor Eduardo Araruna Santiago (coord.) et al. 1ª ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 159.

Regimental no Inquérito n. 743/MG, da Corte Especial, em que se ressaltou ser lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de ligações de terceiro, não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que haja relação – por conexão ou continência, com o fato criminoso objeto da investigação.

Contudo, o mesmo STJ entendeu que, para a admissibilidade da prova fortuitamente obtida, não seria necessária a presença de conexão ou continência, por ausência de previsão legal<sup>70</sup>, podendo-se colocar o assunto em discussão somente com relação às infrações pretórias.<sup>71</sup>

Por outro lado, a proposta elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP se mostrou mais equilibrada, dividindo em dois dispositivos, um relativo à admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* e dos *conhecimentos de investigação derivados* (art. 251), e outro relativo ao seu aproveitamento como notícia crime (art. 252)<sup>72</sup>. Esta proposta avança bastante com relação à redação do Anteprojeto, porque, além do critério da conexão, estabelece como critério de admissibilidade o critério do catálogo de crimes.

## 6. CONCLUSÃO

A elaboração da teoria da prova envolveu um longo processo histórico, que se refletiu no processo e, mais especificamente, nos sistemas de avaliação e valoração de prova. Ao longo do estudo, procuramos expor e problematizar os diversos pontos sensíveis envolvendo o tema do encontro fortuito de prova surgido durante a regular execução de um meio de obtenção de prova. Há algum tempo a doutrina vem se debruçando sobre a matéria, mesmo que de forma tímida, e isto já surtiu relativo êxito, pois em alguns países já há disciplina legal para tratar sobre a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos para fins probatórios.

No Brasil, a falta de disciplina legal do tema resulta em grande intervenção no âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais do investigado e de terceiros sem que haja amparo constitucional. Por outro lado, este cenário também impede que o Estado utilize relevantes fontes de provas e elementos de

70. HC 69.552/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 06/02/2007, Dj. 14/05/2007, p. 347.

71. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. ARAÚJO DA COSTA, Daniela Karine de. O sigilo das comunicações e o encontro fortuito de provas: uma análise principiológico-constitucional. In: **Proibições probatórias no processo penal. Análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional**. Nestor Eduardo Araruna Santiago (coord.) et al. 1ª ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 161.

72.

informação relacionados a condutas tidas por criminosas, mas cuja valoração é vedada. A legalidade da prova originária a ser perquirida acarreta a legalidade da prova encontrada fortuitamente e o inverso também é verdadeiro, ou seja, ilegítima a prova originária, ilegítima será a prova encontrada fortuitamente.

Sendo assim, se a obtenção de tais resultados probatórios não possui amparo legal, então fica claro que o seu surgimento está inserido em um contexto de prova ilegal. A sanção processual prevista para as provas ilícitas é a sua inadmissibilidade, conforme previsto no artigo 5º, caput e inciso LVI, da Constituição Federal. Isto significa que tais provas não existem no mundo jurídico, são destituídas de eficácia probatória, isto é, as fontes de provas e os elementos de informação que elas fornecerem não poderão ingressar nos autos da investigação ou da ação penal; caso isto ocorra, deverão ser desentranhadas, na forma prevista pelo artigo 157, caput, do Código de Processo Penal.

Os conhecimentos fortuitos de prova constituem resultados probatórios obtidos durante a execução de um meio de obtenção de prova lícito, mas que não possuem conexão objetiva (infração penal investigada) ou subjetiva (indivíduo investigado) com o contexto histórico que legitimou a realização do ato.

A garantia de motivação é da própria essência do regime democrático, estando devidamente consagrada em nosso texto constitucional (art. 93, inciso IX da CF). Em razão disso, é que se diz que todas as decisões proferidas no curso do processo penal devem ser fundamentadas<sup>73</sup>. O dever de valoração da prova pelo juiz deve oscilar de acordo com o estágio da marcha do processo penal, atendendo aos limites teóricos impostos pelas regras básicas de cognição judicial, na maneira aplicável ao sistema processual criminal acusatório.

O instrumento de controle da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais é a regra da proporcionalidade, que deve orientar as escolhas, decisões e ações, dos órgãos dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Nesse contexto, o poder judiciário tem um relevante papel, pois seus órgãos são os constitucionalmente incumbidos de garantir de forma imediata a eficácia dos direitos fundamentais, razão pela qual deve ser submetida a sua avaliação a decisão das medidas limitativas desses direitos.

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento

73. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**, p. 165. Há menção explícita quanto à necessidade de fundamentação das decisões.

desse fato legitimará o poder contido na sentença<sup>74</sup>. Os direitos fundamentais são direitos humanos que, positivados formal ou materialmente, só podem ser objeto de restrição nos estreitos limites autorizados pela Constituição.

A doutrina pátria é quase uníssona ao defender a inadmissibilidade das provas ilícitas, apenas não o é, pois, aceita em casos excepcionais a utilização de tais provas quando em favor da defesa. A relativização, para que possa ser aplicada, deve ser presidida com maestria pelos julgadores. Não podemos admitir que uma exceção se torne regra geral. Desta forma, as provas que surgirem fortuitamente serão válidas desde que não tenham relação com meios ilícitos, e serão utilizadas no processo desde que haja conexão com o crime anterior. Portanto, refere-se, desde já, que para regular os conhecimentos fortuitos impõe-se a necessidade de concretização do princípio da legalidade, mas não com o atropelo dos direitos, das liberdades e das garantias fundamentais.

Por certo, é indiscutível a importância e o apreço que a processualística criminal possui junto à questão probatória. E nem poderia ser diferente, pois sob esta base é que se firmam os juízos sentenciais. As demonstrações dos fatos, que merecem exame pelo magistrado, tornam-se essenciais para a vida do processo e formam o contemporâneo Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- AGUILAR, Francisco. Dos conhecimentos Fortuitos Obtidos através de Escutas Telefônicas: contributo para seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra: Almedina, 2014.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre Proibições de Prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ANTONIONI, Filippo. Regole di prova legale e processo penale. La giustizia penale. 1955, p. 7-18, In: La conoscenza del fato nel processo penale, UBERTIS, Giulio (org.). Milano: Giuffrè, 1992.
- CORDERO, Franco. Procedimiento Penal. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, v. 1.
- COSTA ANDRADE, Manuel. Sobre proibições de Prova no Processo Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 2004.
- GIACOMOLLI, Nereu José. DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. Revista da Ajuris, Porto Alegre, V. 33, nº 102, Jun 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. O devido Processo Penal: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.
- GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal, Barcelona: Bosch, 1935.

74. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 358.

- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**, p. 165. Há menção explícita quanto à necessidade de fundamentação das decisões.
- HC 69.552/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 06/02/2007, Dj. 14/05/2007, p. 347.
- LANDOWSKI, Eric. Vérité et vérité en droit. Droit et société, 1988.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 358.
- LOPES, Anderson Bezerra. Os conhecimentos Fortuitos de Prova no Processo Penal. Belo Horizonte: Editora D'placido, 2016.
- MARIANO DA SILVA, César Dario. Provas ilícitas. 7ª ed. Revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2016.
- MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a teoria dos Jogos. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017.
- NUSSBAUM, Martha. Justicia Poética. Barcelona: AndresBello, 1995.
- PITOMBO, Cleunice Bastos. Da busca e apreensão no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- REALE, Miguel. Introdução à filosofia. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. ARAÚJO DA COSTA, Daniela Karine de. O sigilo das comunicações e o encontro fortuito de provas: uma análise principiológico-constitucional. In: Proibições probatórias no processo penal. Análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional. Nestor Eduardo Araruna Santiago (coord.) et al. 1ª ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- TARUFFO, Michele. La prueba de los Hechos. Madrid: Trotta, 2002.
- TOCQUEVILLE, Alexis. Da democracia na América. Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Princípios, São João do Estoril, 2002.
- TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3.
- TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. (Conhecimentos Fortuitos. A busca de um equilíbrio apuleiano. Coimbra: Almedina, 2006.
- WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

# UMA LEITURA CRÍTICA DA LIBERDADE JURÍDICA HODIERNA

Lucas Bortolini Kuhn<sup>1</sup>

Liziane Menezes de Souza<sup>2</sup>

**RESUMO:** Por intermédio do presente estudo, busca-se realizar uma (re)leitura da liberdade no sentido jurídico a partir da perspectiva da contemporaneidade e do avanço temporal-constitucional. Tem-se a liberdade como cerne do tema, porquanto se trata de um valor que, desde os tempos mais remotos, desencadeia uma série de infundáveis reflexões filosóficas e jurídicas, especialmente, quando se diz respeito às faculdades humanas e a submissão da sociedade às determinações e limitações legais. Pretende-se delinear os contornos da liberdade partindo-se de uma análise qualitativa dos fenômenos do constitucionalismo e da democraticidade atual, a fim de identificar a maneira através da qual a liberdade se insere e se expressa no âmbito processual penal e, ainda, medir o nível de consonância existente entre as produções legislativas e interpretações jurisdicionais e as previsões principiológicas constitucionais de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade. Processo penal. Constitucionalismo. Democracia.

**ABSTRACT:** Through the present study, a (re) reading of liberty in the juridical sense is sought from the perspective of contemporaneity and the temporal-constitutional advance. Liberty is at the heart of the subject, since it is a value which, from earliest times, has unleashed a series of endless philosophical and juridical reflections, especially when it comes to human faculties and the submission of society to determinations and legal limitations. The intention is to delineate the contours of liberty starting from a qualitative analysis of the phenomena of the constitutionalism and the current democracy, in order to identify the way in which liberty is inserted and expressed in the criminal procedural scope and also to measure the level of consistency between legislative outputs and jurisdictional interpretations and the 1988 constitutional principles.

**KEYWORDS:** Liberty. Criminal process. Constitutionalism. Democracy.

## 1. INTRODUÇÃO

A liberdade foi tematizada por diversas grandes mentes no caminho histórico humano. Desde a liberdade enquanto algo que se tem, ou como

1. Mestrando em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle (UNILASALLE), na linha Sociedade e Fragmentação do Direito, sob orientação do Prof. Dr. Germano Schwartz. Bolsista CAPES/PROSUC. Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). E-mail: lucas.kuhn@rocketmail.com.
2. Bacharel em Direito pela UNICRUZ; Advogada; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos Humanos – GPJUR. E-mail: contato@lizianemenezes.com.br.

faculdade de seres racionais, à liberdade como essência do ser em Sartre, compreender a disposição não vinculada sob a qual agimos é algo que ocupou posições centrais em diversas mentes, no decorrer dos tempos.

O agir humano, autodeterminado, entretanto, esbarra em muros normativos morais e jurídicos, embora estes sejam oponíveis universalmente, e os únicos legitimados – conforme o molde estatal atual – democraticamente à privação da liberdade ambulatorial, a liberdade da norma jurídica, a qual este artigo tem por objeto.

Neste escrito, visa-se uma crítica à liberdade no direito brasileiro hodierno, especialmente, a partir das águas constitucionais nas quais velem a criação do Direito tanto na produção legislativa quanto na interpretação jurisdicional brasileira, a ser construída à luz de pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo.

Ainda, é relevante afirmar que não há pretensão exauriente, ou, menos ainda, que este escrito encerre discussões acerca da temática, mas que as estimule. Mover o foco dos debates acadêmicos e doutrinários criminalistas para além dos discursos fetichistas e abstratos é uma necessidade cada vez mais latente, e é também um dos nortes deste artigo.

## 2. O PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA DO DIREITO E SEUS MOVIMENTOS NO TEMPO

Ao propor um pensamento acerca da temática da liberdade, torna-se relevante contextualizar, também, a mudança paradigmática que a Constituição Federal significou, ao (r)estabelecer um vínculo democrático mas, ainda, transformar o fenômeno jurídico, antes estático, meramente repressor, num de caráter dirigente, transformador da realidade (STRECK, 2009, p. 2).

Este novo paradigma, cujo núcleo é o (então) novo texto constitucional, onde o Direito deixa de ser pensado a partir dos códigos, para ser pensado a partir dos princípios constitucionais, elevando também a dignidade da pessoa humana ao ponto de finalidade do Estado, “mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, – além de ter contribuído para enterrar a longa etapa de autoritarismo e repressão do golpismo militarista -, expressou importantes avanços da sociedade civil e materializou a consagração de direitos alcançados pela participação de movimentos sociais organizados.” (WOLKMER, 2003, p. 93).

Não se pode, todavia, arguir que houve uma mudança significativa na mentalidade jurídica com a aurora do Estado Social e Democrático de Direito, pois, como bem lembra Dallari (1996, p. 5), as estruturas e instituições encarregadas de conferir efetividade ao projeto e à promessa que representava a Constituição ainda eram as mesmas.

Ainda mais, é relevante a percepção de Wolkmer (2003, p. 93) de que houve, contemporaneamente à transição constitucional, uma onda neoliberal que inclinaria o espectro político e, portanto, a produção legislativa – incluindo a de emendas à Constituição – ao individualismo liberal, tradição historicamente vinculada também ao juspositivismo, e produtora de respostas (apriorísticas) a conflitos individuais (STRECK, 2014, p. 35).

Essa tradição, fortemente presente durante toda a história da doutrina constitucionalista nacional, ao menos desde o século passado (WOLKMER, 2003, p. 93), se mostra incapaz de responder questões transindividuais que emergiram quando o Direito passou a ter caráter dirigente. Por tais razões, juristas à época da transição perceberam que a superação desse paradigma, que também passaria pela superação do positivismo (kelseniano), era necessária (DALLARI, 1996, p. 48).

Isto porque, diferente dos princípios constitucionais meramente programáticos de outrora, o constitucionalismo viria a afirmar a força normativa como condição de validade da própria Carta Magna (STRECK, 2009, p. 25), transformando-o de uma ordem hierarquizada em um sistema teleológico, orientado à realização da dignidade humana (ARONNE, 2014, p. 119-120).

## 3. OS PRINCÍPIOS COMO NORTE INTERPRETATIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

O atual momento constitucional sinaliza uma grande mudança na hermenêutica jurídica. Superadas as hierarquizações do juspositivismo kelseniano, valores adentram o ordenamento e, como menciona Aronne (2014, p. 120), passam a fazer parte da interpretação jurídica. Sob a ótica de fundamento da República (artº 3º, I, da CF), e no coração dos direitos e garantias fundamentais (caput do art. 5º da CF), a liberdade, também alavancada em seu conceito normativo pela dignidade da pessoa humana, é, visivelmente, uma das maiores prestigiadas na nova realidade jurídica do país.

A atenção à liberdade tornou-se evidente e justificável ao passo que

se constituiu um Estado Social e Democrático de Direito como contrapartida à ditadura civil-militar. Entretanto, as posturas políticas e legislativas que se seguiram não configuraram uma mudança progressista consistente ao projeto de justiça social que a Constituição propunha. Seguindo fiéis às noções meramente programáticas que historicamente predominavam nas constituições brasileiras (WOLKMER, 2003, p. 93), juristas debatiam, ainda, a força normativa da Constituição, enquanto legisladores detinham sua preocupação em acalmar os ânimos de setores que haviam perdido força funcional com a reforma constitucional.

Dentre eles, a polícia judiciária (e a investigação preliminar), que, por ter sido a repressão militar esvaziada pelo rebote libertário da nova Carta Magna, não poderia mais contar com as prisões para averiguação, perdendo, então, o suspeito – que consistia no “seu principal ‘objeto de prova’” (LOPES JR., 2014, p. 640). Esta “perda” foi aplacada por uma medida provisória que criou a Prisão Temporária, posteriormente convertida em Lei, o que, como bem lembra Lopes Jr. (2014, p. 641), não sana a inconstitucionalidade de origem, mas, “como os juízes e tribunais brasileiros fizeram vista grossa para essa grave inconstitucionalidade, a lei segue vigendo” (LOPES JR., 2014, p. 641).

Reconhecido, entretanto, o constitucionalismo que emerge no pós-guerra, e as cartas constitucionais como veículos para o retorno de valores ao Direito, desta vez, positivados, em oposição aos valores do jusnaturalismo clássico, já rechaçado como discricionária por HOBBS (2011, p. 12), também se reconhece a Constituição como *litmus test*, agora, para a produção do Direito não apenas na interpretação (STRECK, 2009, p. 1), mas também em âmbito legislativo (SANTIAGO, p. 1858).

Desaparecem, portanto, distinções entre estas duas formas de produção do Direito? Não. E nem poderiam, pela necessária tensão entre a produção democrática da legislação – ainda que em limites delineados constitucionalmente – e a produção contramajoritária jurisdicional. Entretanto, o aspecto contramajoritário, como “freio” à atividade legislativa democrática que ultrapasse as barreiras materiais do constitucionalismo pós-guerra, é calcado nos princípios constitucionais, já que é a efetividade destes a condição de validade da própria Constituição Federal que sustenta a atividade jurisdicional.

A expectativa, portanto, seria de uma produção legislativa coerente com o prestígio constitucional dado à liberdade, e de uma hermenêutica, especialmente em sede de jurisdição constitucional, também assim orientado.

Vejam, entretanto, o voto seguinte:

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. (BRASIL, 2016, p. 6).

Este trecho do voto do Min. Teori Zavascki, em sua relatoria do famoso HC 126.292, em relatório que foi vencedor neste julgado, ainda continua:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária *não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade*, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. (BRASIL, 2016, p. 8, sem grifos no original).

Aqui exposto um dos argumentos mais recorrentes nos votos vencedores do julgado, que foi selecionado pela flagrante oposição à redação da Constituição (que em seu art. 5º, inciso LVII, menciona explicitamente o trânsito em julgado como exigência para a atribuição de culpa, e, portanto, para a imputação de penas).

Se espantosa uma fundamentação em sede de jurisdição constitucional que efetivamente ceifou liberdades ao permitir a execução provisória da pena ao arrepio até mesmo de uma provinciana leitura formalista baseada nos limites gramaticais do texto, ainda mais espantosa a quantidade de julgados anteriores da Corte que são mencionados no mesmo sentido (BRASIL, 2016, p. 3), acenando a uma postura jurisdicional historicamente coerente apenas em consistentemente desatender ao tom prestigioso à liberdade que a Constituição estabelece no sistema jurídico nacional.

Se no constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial a tensão entre a democrática produção legislativa e o aspecto contramajoritário da atividade jurisdicional se torna, como afirma Gargarella (2015, p. 1991), um dos principais pontos de conflito no Direito, entretanto, esperaríamos uma produção legislativa em conflito com esta concepção jurisdicional (não unânime em todos os âmbitos, mas “pacificada” no mais alto grau em um sistema hierarquizado, ou seja, prevalecerá sobre os julgados dissidentes).

Sinteticamente, pode-se dizer que independentemente das correntes constitucionalistas do pós-guerra (e aqui foram ressaltados constitucionalistas garantistas e neoconstitucionalistas), ambas reconhecem a tensão

permanente do aspecto contramajoritário da atividade jurisdicional como crucial para a saúde deste paradigma constitucional. Um olhar atento aos precedentes recentes, entretanto, mesmo em sede de jurisdição constitucional onde a hermenêutica deveria atentar especialmente aos direitos e garantias fundamentais, e aos princípios constitucionais – por serem as questões constitucionais as únicas em discussão naquele grau jurisdicional, como o próprio voto criticado afirma (BRASIL, 2016, p. 6) – como observa-se, evidencia uma atuação desdenhosa de um valor constitucional relevantíssimo, justamente numa seara jurídica onde a sua inobservância se mostra mais incisiva, ou seja, o Processo Penal.

#### 4. A LIBERDADE A PARTIR DO MODELO CONSTITUCIONALISTA E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS

O fenômeno do constitucionalismo, enquanto movimento, atua, essencialmente, como um instrumento limitador do poder do Estado, inclusive, no que diz respeito ao direito processual penal. Esse fenômeno, por si só, já representa uma notória alteração no campo jurídico, considerando as mutações que trataram de proporcionar o esgotamento da codificação do direito clássico, cujo auge se deu no século XIX, quando os estatutos tinham uma pretensão totalizante, ou seja, todas as determinações estavam claramente dispostas em lei, não suportando lacunas, mas, simplesmente, assuntos sobre os quais o direito (ou o Estado) não deveria incidir.

Hodiernamente, com o modelo de constitucionalismo atual, trazido pela Constituição Federal de 1988, a leitura do direito – inclusive, do processual penal – abarca em uma esfera onde não há apenas uma análise rígida e fria de regras expressas, abrindo-se espaço para um modelo interpretativo baseado, majoritariamente, nos pilares que regem o Estado Democrático de Direito e as noções de garantias constitucionais como regentes do ordenamento jurídico.

É bastante evidente que o modelo de constitucionalismo adotado pelo Brasil, atualmente, qual seja o dirigente, é baseado na efetivação do princípio da dignidade humana e de todos os valores a ele inerentes, como o da liberdade. Desta maneira, a liberdade (individual) permanece presente (ou, pelo menos, deve permanecer) nos momentos em que há a aplicação de quaisquer dispositivos constantes, então, no texto constitucional ou infraconstitucional, especialmente, quando se aplica o código de processo penal. É como dizer

que, ao se aplicar um dispositivo previsto na legislação penal, há automática e simultânea aplicação e movimentação de todo o aparato constitucional e, por consequência, de valores como o da liberdade.

Em meio a essa (re)democratização, pode-se dizer que a liberdade se trata de um dos princípios que se sobressai – ainda que não exista uma obrigatoria hierarquia entre os direitos fundamentais ou entre os princípios constitucionais –, primeiramente, porque é intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e, também, porque ocupa lugar central na formação do Estado de Direito tido hoje, no constitucionalismo contemporâneo, especialmente, porque funciona como um rebote ao militarismo.

Lamentavelmente, muitas vezes, o Estado de Direito ocorre entre meios ou após um grande estado de calamidade, seguido de um regime completamente antagônico. Não é por acaso, por exemplo, que a constituição alemã de 1949 venha seguida do regime nazista; assim como a constituição portuguesa de 1976, após o regime salazarista; a espanhola de 1978, após o regime franquista; a brasileira, após o regime ditatorial. Há uma determinada dialética histórica, ou seja, quando temos um regime que põe em causa direitos fundamentais, dentre eles o da liberdade individual, então, no momento seguinte, dá-se um passo mais a frente, pois quer se contrariar aquilo que antes se verificou.

Conforme raciocínio de Rui Cunha Martins<sup>3</sup>, há um preço a ser pago para a permanência de um Estado de Direito ou de um Estado Democrático de Direito. Tal preço inclui, por exemplo, a necessidade de um processo penal lento, que exige o decurso de determinado período temporal para a construção probatória satisfatória, que aspira por maturação e que não deve abranger a busca da verdade real ou da celeridade processual desmedida, incompatível com a proposta de Estado de Direito que preza pelo valor da liberdade.

Esse hiato, que assola o âmbito processual penal brasileiro, não se trata de um defeito, mas de um fenômeno inerente ao Estado de Direito que hoje temos e que, apesar das tensões político-econômicas por ele provocadas, persegue a heterogeneidade interpretativa e legislativa no tocante à garantia da liberdade.

O hiato temporal necessário ao processo penal e ao Estado de Direito, no entanto, motiva a geração de pressões externas que se posicionam como

3. Raciocínio exposto em debate realizado pelo Prof. Dr. Rui Cunha Martins no 4º Congresso Internacional de Ciências Criminais – Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos / XIII Congresso transdisciplinar de Ciências Criminais – ITEC!, na PUC/RS, em Porto Alegre/RS, no ano de 2013.

uma ameaça à fundamentação penal pautada em princípios constitucionais e em respeito às liberdades individuais. Isso se mostra evidente quando da notória sede social pela efetivação de prisões no Brasil – razão pela qual assistimos ao atropelamento formal das normas do processo constitucional quando da edição da medida provisória nº 111, de 1989 – que sequer deveria versar sobre o tema – ou, ainda, às fundamentações adotadas para a decretação de prisões preventivas, pautadas na famigerada “garantia da ordem pública”, cuja amplitude respalda, muitas vezes, decisões calcadas em ganas punitivistas e prejulgamentos.

Evidencia-se, assim, o perigo inerente a toda fala que envolve a busca incessante pela utópica verdade real e pela celeridade inconsciente, porquanto alheias aos requisitos essenciais do próprio Estado de Direito como um todo.

Por outro lado, importante se faz mencionar que, atualmente, percorremos uma época pós-política de naturalização da economia, na qual facilmente se verifica a sobreposição de questões voltadas à necessidade econômica nas decisões ditas democráticas.

Vê-se que o deslocamento da democracia para uma esfera pós-ideológica tem o condão de tornar excêntrico o antagonismo capaz de transcender as sociedades capitalistas, o que não é diferente no campo político do processo penal, conforme menciona Augusto Jobim (2016, p. 107-108), razão pela qual, neste espaço, esvazia-se o sentido de democracia, restando esta configurada tão somente em um fetiche político hodierno, pouco capaz de suportar ou garantir anseios de um Estado Social, como a premente busca pela liberdade material.

Em que pese a importância de determinada aplicação principiológica-constitucional, mostra-se adequado ponderar acerca da acirrada busca pela elevação do valor democrático a qualquer custo e em qualquer espaço, de modo a empreender fuga a fim de buscar o rompimento com o consenso quanto ao deslocamento da discussão processual penal para o âmbito da democraticidade. Neste ponto, observa Augusto Jobim:

O mais preocupante é que, apesar de suas flagrantes exaustões funcionais, inversões, cooptações, o valor democrático atualmente foi alçado (quase que) ao patamar de indiscutibilidade, o que em sede de política processual penal, além de não suportar os lastros ideológicos das antigas diferenciações acusatório vs inquisitório, permite uma neutralização pseudocrítica dos modos de operar do dispositivo inquisitivo. Democracia não passaria, nos termos

atuais, de um conceito jurídico-formal para a efetiva realização, seja de uma plutocracia punitiva ou, por outro lado, serviente a um populismo penal que pressiona elevar demandas protetivas de direitos legitimamente postos, todavia não realizados, por outras esferas governabilidade política – que na prática faz apenas transformar mecanismos de proteção, como o processo penal, em postos de controle, cada vez mais antecipados e conectados aos vetores das mesmas pulsões punitivas. (AMARAL, 2016, p. 101)

O flagrante esgotamento dos valores democráticos e, em que pese a incessante, injustificada e (arrisca-se aqui dizer) ultrapassada busca pela valorização destes como meio de efetivação de garantias constitucionais, mostra-se adequada a elevação de métodos interpretativos constitucionais nos espaços jurisdicional e legislativo, mas tão somente até o limite que permita, no âmbito do processo penal, a efetivação da liberdade quando da aplicação de normas e princípios.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, em que pese a continuidade de um constitucionalismo dirigente no Brasil, dada a aspiração funcional por sua permanência, bem como vigência de um Estado Democrático de Direito que perpassa o simulacro da instituição de um Estado Social, ainda que minimamente abrangente, é evidente que a liberdade, na contemporaneidade não acompanha o sentimento constitucional de 1988. Isso porque esta ansiava pela homogeneidade interpretativa das decisões voltadas à garantia da liberdade, pela democraticidade da produção legislativa e, sobretudo, pela identificação essencial, atendimento e efetividade do próprio sentido de democracia, de um todo prejudicado, hodiernamente, pelas tensões político-sociais que assolam não apenas o âmbito legal-constitucional, mas, também, a natureza do processo penal e suas formas aplicabilidade.

A liberdade foi inserida na Constituição e na normatividade constitucional vigentes como a grande prestigiada nesse processo de (re)democratização e como um verdadeiro rebote ao regime ditatorial, mas que, na prática, durante a aplicação da legislação processual penal, lamentavelmente, não consegue ocupar o seu espaço – ao menos não na proporção e na forma devida.

Tal feito somente se mostrará possível quando, tanto o legislativo, quanto o judiciário, puderem adotar, de fato, um caráter mais evidente na concretização de valores substantivos e de direitos fundamentais, abandonando a insistente e costumaz perseguição do deslocamento da esgotada democraticidade para o

centro da discussão processual penal e adotando, finalmente, o reconhecimento – com afincos – dos preceitos específicos da lei penal e da necessidade de seus hiatos, para que melhor se efetive a garantia da liberdade.

Cumpra mencionar, por fim, que, com o advento da cultura pós-positivista, não houve, propriamente, a morte do positivismo, mas a ideia de que o direito (processual penal) e a garantia da liberdade não cabem inteiramente dentro da(s) norma(s) e que, em muitas situações, é preciso construí-lo de uma maneira interdisciplinar, sem acorrentá-lo, porém, aos fundamentos delusórios de uma democracia carente de legitimidade, exequibilidade e efetivação.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. Tempo, democracia e regimes de historicidade no processo penal. In: Tempo e Historicidade. Org. Ruth Maria Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.
- ARONNE, Ricardo. Ulisses e a Constituição: Uma Possível Hermenêutica Crítica da Contemporaneidade Civil-Constitucional. *Diké*, Aracaju, v. 03, n. 01, jan./jul. 2014. Disponível em: <<https://seer.ufs.br/index.php/dike/article/view/2878/2559>>. Acesso em: 23 set. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Impetrante: Marcio Rodrigues Dantas. Autoridade coatora: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 14 mai. 2017.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo vs. Democracia. In: ZAMORA, Jorge Luiz Fabra, SPECTOR, Ezequiel (Eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol 3**. Cidade do México: UNAM, 2015. p. 1991-2010.
- HOBBS, Thomas. **Um diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva.
- SANTIAGO, Alfonso. Filosofía del Derecho Constitucional: Perspectiva Continental. In: ZAMORA, Jorge Luiz Fabra, SPECTOR, Ezequiel (Eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol 3**. Cidade do México: UNAM, 2015. p. 1814-1888.
- STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. \_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **A História do Direito no Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDconst, 2011, p. 143-155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

## FALSAS MEMÓRIAS E PROCESSO PENAL: UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR

Fernanda de Vargas<sup>1</sup>

Bárbara Zaffari Cavedon<sup>2</sup>

Gabriel José Chittó Gauer<sup>3</sup>

**RESUMO:** No Brasil, a prova testemunhal é um dos meios mais utilizados no processo penal, sendo que há uma vinculação significativa do testemunho e do reconhecimento como fornecimento de prova, o que depende do uso da memória de vítimas e testemunhas. Embora a justiça recorra com exagerada frequência a esse tipo de prova, a psicologia já provou que a memória é frágil, passível de falhas e de manipulação. Dessa forma, as falsas memórias apresentam implicações no âmbito da justiça, já que erros nessa área podem resultar na supressão de bens jurídicos como a liberdade. Diante do exposto, o presente trabalho objetivou realizar uma discussão teórica, não sistemática, de artigos científicos e demais bibliografias da área para apresentar achados recentes sobre falsas memórias com intuito de auxiliar profissionais que atuam na área jurídica, tanto operadores do Direito quanto psicólogos e psiquiatras no que se refere à problemática exposta.

**PALAVRAS-CHAVE:** memória, falsas memórias, processo penal, psicologia, neurociência.

### 1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a prova testemunhal é um dos meios mais utilizados no processo penal, sendo que há uma vinculação significativa do testemunho e do reconhecimento como fornecimento de prova, o que depende do uso da memória de vítimas e testemunhas<sup>4</sup>. No final da década de 80, algumas estimativas realizadas nos Estados Unidos evidenciaram que a cada ano, 75 mil julgamentos referentes à crimes foram decididos tendo como base o depoimento de testemunhas oculares<sup>5</sup>.

1. Psicóloga, Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.
2. Psicóloga, Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.
3. Psiquiatra, Professor do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.
4. LOPES JR. A. Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela. *ConJur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depnde-dela>. Acesso em: 27 abr. 2017.
5. SCHACTER, L. D. **Os sete pecados da memória** – como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

Embora a justiça recorra com exagerada frequência a esse tipo de prova, a psicologia já provou que a memória é frágil, passível de falhas e de manipulação<sup>6</sup>. Dessa forma, alguns fenômenos da memória podem apresentar implicações no âmbito da justiça, considerando os perigos referentes à credibilidade da prova testemunhal. Um estudo recente observou que de 40 casos julgados, onde a análise de DNA provou inocência dos acusados, 36 desses foram identificados por testemunhas<sup>7</sup>.

Com o intuito de reduzir erros judiciais nos Estados Unidos, o *Innocence Project* que iniciou em 1992 busca avaliar casos em que ocorreram erros e que resultaram na condenação de pessoas inocentes, buscando a reversão dessas injustas condenações. Além disso, o Projeto evidenciou as principais causas dessas condenações, entre elas estão: confissões coercitivas, má conduta policial, perícias inadequadas, falso reconhecimento do acusado, entre outros<sup>8</sup>.

No Brasil não existem até o momento, estatísticas acerca de prisões realizadas a partir de erros nos processos ou julgamentos, porém o Ministério da Justiça encomendou em 2014 uma pesquisa para investigar as principais causas de condenações de indivíduos inocentes. O trabalho foi publicado em 2015 e identificou algumas causas principais, entre elas, os métodos de reconhecimento e depoimentos da investigação criminal tendo como base as lembranças de testemunhas e vítimas<sup>9</sup>. Salienta-se ainda, que em 2016 teve início no país, o *Innocence Project Brasil* que também pretende mapear as hipóteses para os erros em condenações e criar um banco de dados com os principais motivos para que esses erros ocorram.

É evidente que erros na prova testemunhal podem resultar em condenações equivocadas, porém, além de erros no reconhecimento de suspeitos, há também a possibilidade de indivíduos inocentes assumirem a culpa por um crime que não cometeram, e sujeitos acreditarem ter sido vítimas de algum

6. VASCONCELLOS, S. J. L.; GAUER, G. J. C.; NETO, A. C. O estudo da memória e suas implicações para o Direito Penal. In: FAYET JUNIOR, N.; MAYA, A. M. *Ciências Penais e sociedade complexa*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008. p. 343-357.
7. SCHACTER, L. D. *Os sete pecados da memória* – como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
8. CHAVES, R. Projeto internacional vai investigar casos de inocentes condenados no Brasil. ConJur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-08/projeto-investigar-casos-inocentes-condenados-brasil>. Acesso em: 4 mai. 2017.
9. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Avanços científicos em Psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Série Pensando o Direito, nº 59. Brasília, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD\\_59\\_Lilian\\_web-1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf). Acesso em: 4 mai. 2017.

crime sem que o tenham sido. Todos esses exemplos podem ser causados por um processo de distorção da memória denominado Falsas Memórias (FM), fenômeno esse, que vem sendo pesquisado nas últimas décadas de forma crescente, visto que tem implicações tanto na psicologia clínica como também tem apresentado contribuições na área do Direito, já que erros nessa área podem resultar na supressão de bens jurídicos como a liberdade.

Diante do exposto, o presente trabalho objetivou realizar uma discussão teórica, não sistemática, de artigos científicos e demais bibliografias da área para apresentar achados recentes sobre falsas memórias com intuito de auxiliar profissionais que atuam na área jurídica, tanto operadores do Direito quanto psicólogos e psiquiatras no que se refere à problemática exposta.

## 2. ENTENDENDO A MEMÓRIA E AS FALSAS MEMÓRIAS

A memória é descrita como um processo dinâmico em que seus mecanismos estão associados à retenção e também recuperação de informações, ou seja, a memória permite o acesso à experiências passadas com o objetivo de utilizá-las no contexto presente<sup>10</sup>. Para Izquierdo<sup>11</sup> a memória refere-se à aquisição, à conservação, à formação e à evocação de informações, onde, a aquisição é também chamada de aprendizagem e a evocação de recordação. As emoções relacionam-se com a percepção e com o registro de informações o que irá ter uma influência na elaboração de novas memórias<sup>12</sup>. Dessa forma, não se pode pensar em memória como um processo isolado, mas como um processo psicológico básico em constante interação.

As memórias fazem parte do cotidiano e da realização das tarefas diárias, portanto, o papel dessa função cognitiva é extremamente abrangente. Assim, a perda de memória pode ocasionar diversos problemas, como é possível observar nos quadros de Alzheimer. Porém, os efeitos prejudiciais não correspondem somente à situações de perda de memória, mas também quando ocorre a distorção desse processo.

Desde o final do século XIX o conceito de Falsas Memórias (FM) foi construído e teve como base algumas pesquisas realizadas na Europa.

10. STERNBERG, R. J. *Psicologia Cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.
11. IZQUIERDO, I. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2002.
12. SCHACTER, L. D. *Os sete pecados da memória* – como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

Os primeiros estudos sobre a sugestibilidade e FM foram realizados por Alfred Binet na França<sup>13</sup>. Atualmente uma das maiores referências mundiais sobre a temática é a psicóloga americana Elizabeth Loftus, a mesma comprovou através de diversos experimentos, que é possível mudar alguns detalhes de uma recordação além de implantar falsas memórias de eventos que nunca ocorreram, através de informações enganosas e de elementos sugestíveis.

As falsas memórias não se configuram como mentiras ou fantasias dos indivíduos, ao contrário, elas são semelhantes às memórias verdadeiras tanto no que se refere à neurofisiologia envolvida e à base cognitiva. Portanto, as FM não são patologias da memória, as mesmas são produtos de um funcionamento normal, sendo um fenômeno muito frequente no cotidiano de diferentes pessoas. O que ocorre no entanto, são distorções ou erros na memória e as FM e fazem parte dessa classe de erros<sup>14</sup>.

As falsas memórias são consideradas como lembranças de eventos que embora, pareçam ter ocorrido, não ocorreram. É comum ter lembranças de situações sendo que as mesmas não aconteceram verdadeiramente, ou ainda, ter uma recordação distorcida dessa situação ou de lugares nunca vistos antes<sup>15</sup>. Podem ocorrer da junção com lembranças verdadeiras, e ainda, a partir de sugestões vindas do ambiente<sup>16</sup>.

As FM podem ser agrupadas em FM espontâneas e FM sugeridas, de acordo com a origem do processo de falsificação das mesmas. As FM espontâneas resultam de distorções que ocorrem de forma endógena (internas ao sujeito), nessa classificação a lembrança é alterada sem a influência externa ao indivíduo, e faz parte do processo normal de compreensão de algum evento. Nas FM sugeridas há uma aceitação de uma informação falsa, posterior ao acontecimento ocorrido e assim, essa informação é incorporada à memória original<sup>17</sup>.

Além disso, é importante destacar que existe uma influência de carga emocional na memória. Os estudos nessa área demonstram de forma geral que

13. NEUFELD, C. B.; BRUST, P. G.; STEIN, L. M. Compreendendo o fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, L. M. e Colaboradores. **Falsas Memórias – fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-41.
14. NEUFELD, C. B.; BRUST, P. G.; STEIN, L. M. Compreendendo o fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, L. M. e Colaboradores. **Falsas Memórias – fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-41.
15. STEIN, L. M.; PERGHER, G. K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 14, p. 353-366, 2001.
16. LOFTUS, E. As falsas lembranças. **Revista Viver Mente & Cérebro**, v. 2, p. 90-93, 2005.
17. LOFTUS, E. As falsas lembranças. **Revista Viver Mente & Cérebro**, v. 2, p. 90-93, 2005.

é mais fácil recordar de eventos com alguma carga emocional, por outro lado, pesquisas recentes evidenciam que esses eventos também podem contribuir para o aumento de memórias verdadeiras pode ocorrer também um aumento de índice de FM, ou seja, pode-se lembrar mais, mas não quer dizer que essas lembranças são imunes à distorções<sup>18</sup>.

## 2.1. ACHADOS RECENTES SOBRE FALSAS MEMÓRIAS

As FM se distinguem do engano deliberado, pois são um engano autodirigido, não necessariamente ocorrem em quadros de transtornos mentais e podem acontecer com qualquer pessoa<sup>19</sup>. Contudo, algumas características individuais parecem estar relacionadas com um maior número de distorções mnemônicas, embora, seja necessário ressaltar que realizar generalizações quanto a determinadas características e sua relação com erros de memória seria um erro de avaliação<sup>20</sup>.

Sabe-se que uma carga emocional significativa pode influenciar no aumento das falsas memórias, nesse sentido, o Transtorno de Estresse Pós Traumático (TEPT) caracterizado pela ocorrência de lembranças intrusivas após a exposição a um evento traumático, parece ser um preditor de FM. O estudo de Huang e Janczura<sup>21</sup> com estudantes em um contexto emocional manipulado a partir de fotografias, evidenciou que um contexto emocional desagradável esteve associado a uma superioridade nas taxas de falsos reconhecimentos, confirmando a hipótese dos autores de que haveria uma maior produção de falsas memórias em um contexto emocionalmente negativo. Quando comparado a contextos neutros, situações dramáticas tem um maior impacto na produção de distorções.

Outra situação que envolve uma carga emocional afetiva negativa é a vivência de violência sexual, casos de abuso infantil são amplamente investigados e debatidos entre operadores do Direito e profissionais da saúde, como psicólogos<sup>22</sup>. Discussões nesse âmbito são importantes devido a necessidade

18. ROHENKOHL, G.; GOMES, C. F. A.; SILVEIRA, R. A. T.; PINTO, L. H.; SANTOS, R. F. Emoção e Falsas Memórias. In: STEIN, L. M. e Colaboradores. **Falsas Memórias – fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 88-100.
19. SCHACTER, L. D. **Os sete pecados da memória – como a mente esquece e lembra**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
20. NEUFELD, C. B.; BRUST-RENCK, P. G.; ROCHA, A. F.; SOSSELLA, M.; ROSA, F. H. Falsas Memórias e Diferenças Individuais: Um Estudo sobre Fatores de Personalidade e Qualidade da Memória. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 26, n. 2, p. 319-326, 2013.
21. HUANG, T. P.; JANCZURA, G. A. Processos conscientes e inconscientes na produção de falsas memórias. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 24, p. 347-354, 2008.
22. BROCKHAUSEN, T. Falsas alegações de abuso sexual infantil: o contexto do trabalho do psicólogo

da prevenção, da punição dos envolvidos e também devido às falsas denúncias em alguns casos. É comum a ocorrência de falsas denúncias e por isso há uma necessidade de profissionais da área da saúde estarem capacitados para o atendimento desses casos, realizando perícias fidedignas e possibilitando o encaminhamento para a melhor intervenção possível nessas situações<sup>23</sup>.

Um dos motivos para as falsas alegações de violência sexual é a ocorrência da Síndrome de Alienação Parental, que ocorre quando em casos de divórcio ou separação entre o casal, uma das partes usa a criança para atingir o seu ex companheiro a partir de falsas alegações<sup>24</sup>. No entanto, cabe destacar que acusações de abuso podem ser provenientes de falsas memórias que podem ser causadas a partir de um manejo inadequado do testemunho da vítima.

Além da influência da carga afetiva implicados na produção de distorções na memória, existem características individuais que parecem estar associadas com esse fenômeno. A pesquisa de Peiffer e Trull<sup>25</sup>, evidenciou que a condescendência está associada com falsas memórias em mulheres, ou seja, a tendência dos sujeitos em concordarem com afirmações divergentes de suas opiniões exerce influência na produção dessas distorções. Indivíduos em quadros de depressão são mais suscetíveis a erros de memória do que sujeitos sem os sintomas do transtorno<sup>26</sup>.

Estudos evidenciam ainda que indivíduos muito preocupados com os demais, com baixa-autonomia, alto aflição tenderiam a buscar apoio em suas relações e com isso se tornariam mais suscetíveis a cometer erros quando tentam lembrar de algo. Por outro lado, sujeitos com autonomia mais elevada, independentes, alta dominância e que percebem as relações sociais como algo negativo, não se importariam com a opinião dos outros e assim estariam menos “sensíveis” a cometer erros mnemônicos<sup>27</sup>. Dessa forma, pode-se pensar que indivíduos com psicopatia tenderiam a ser menos propensos a falsas memórias, considerando que esses indivíduos apresentam

brasileiro. *Psic. Rev.*, v. 20, n.2, p. 199-219, 2011.

23. KRISTENSEN, C. H.; SCHAEFER, L. S. Maus-tratos na infância e adolescência. In I. M. C. C. de SOUZA (Ed.), *Parentalidade: Análise psicójurídica* (pp. 183-208). Curitiba: Juruá, 2009.
24. BERNET, W.; BOCH-GALHAU, W. V.; BAKER, A. J. L.; MORRISON, S. L. Parental Alienation, DSM-V, and ICD-11. *The American Journal of Family Therapy*, v. 38, p. 76 – 187, 2010.
25. PEIFFER, L. C.; TRULL, T. J. Predictors of suggestibility and false memory production in young adult women. *Journal of Personality Assessment*, v. 74, n. 3, p. 384-399, 2000.
26. STEIN, L. M.; PERGHER, G. K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 14, p. 353-366, 2001.
27. NEUFELD, C. B.; BRUST-RENCK, P. G.; ROCHA, A. F.; SOSSELLA, M.; ROSA, F. H. Falsas Memórias e Diferenças Individuais: Um Estudo sobre Fatores de Personalidade e Qualidade da Memória. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 26, n. 2, p. 319-326, 2013.

sintomas como: baixa empatia, insensibilidade afetivo emocional, ausência de remorso, entre outros sintomas<sup>28</sup>.

Diferentemente de algumas situações onde o indivíduo fornece informações “falsas” devido a um engano autodirecionado, existem contextos em que os sujeitos mentem de forma proposital para obter diferentes objetivos e guiados por inúmeras motivações, o que não quer dizer que mentem de forma patológica. Por outro lado, também existem pessoas que apresentam alguns transtornos em que a mentira patológica é um dos seus sintomas, é o caso da psicopatia. Indivíduos com psicopatia tendem a manipular as pessoas com o objetivo de obter ganhos pessoais ou ainda, “escapar” de situações indesejadas<sup>29</sup>. Não foram encontrados estudos acerca da relação do referido transtorno e distorções na memória. Contudo, é importante ressaltar a importância de estudos buscando a correlação entre erros de memória e esse transtorno.

### 3. MEMÓRIA NO PROCESSO PENAL

Conforme foi apresentado nos capítulos anteriores, é possível observar que o cérebro e os processos cognitivos influenciam o comportamento humano e que, torna-se cada vez mais importante, compreender a influência desses mecanismos para o Direito. Embora o Direito, como campo do saber, onde a igualdade é naturalizada, trate os sujeitos sem considerar suas características individuais como, personalidade, transtornos, lesões e a influência dessas para a justiça, a neurociência vem demonstrando a necessidade de romper com saberes isolados e traz à luz a emergência de um diálogo interdisciplinar.

De forma específica, no que se refere ao presente trabalho, pode-se destacar algumas dificuldades principais nessa área, como a qualidade da prova testemunhal comprometida a partir do entendimento das falsas memórias, técnicas coercitivas de coleta de depoimentos, o tempo transcorrido entre os depoimentos realizados pela polícia e os testemunhos judiciais e a condenação de sujeitos inocentes.

A partir da compreensão de que a memória pode apresentar distorções e que é facilmente manipulável e influenciável, especialmente em momentos com carga emocional (eventos traumáticos), é preciso rever alguns métodos

28. HARE, R. *Sem Consciência: O mundo perturbador dos Psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Artmed, 2013.
29. HARE, R. *Sem Consciência: O mundo perturbador dos Psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Artmed, 2013.

buscando uma maior fidedignidade nos meios de justiça. A pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça<sup>30</sup> já citada anteriormente, evidenciou que, na investigação criminal no Brasil, não existe um cuidado na forma como as perguntas são conduzidas, as questões são feitas no formato de pressuposições e não de forma mais aberta, facilitando assim a indução a erros nas respostas. Além disso, o conhecido “álbum de suspeitos” também apresenta um risco no reconhecimento dos autores do crime, favorecendo que erros na prova testemunhal possam ocorrer. De que forma é possível a condenação de determinado sujeito, frente a provas duvidosas?

Seria cabível que os achados na área pudessem certificar de forma segura se os indivíduos estão produzindo falsas memórias. Essa distinção entre memórias verdadeiras e falsas poderia resolver impasses que se apresentam ao longo do processo, além de evitar os enganos que ocorrem em decisões judiciais. Porém, diante de tantos avanços nas Neurociências e na Psicologia, ainda existem lacunas nos estudos de neuroimagem e na compreensão do comportamento humano, visto que o mesmo é complexo e não exato. Diante disso, o diálogo entre áreas possibilitaria uma “redução de danos” nesse contexto.

#### 4. É POSSÍVEL EVITAR A OCORRÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS?

É indiscutível que diferentes avanços já foram alcançados em relação à identificação de áreas cerebrais associadas na memória, entretanto, não é possível afirmar que a ciência tem todas as respostas para que erros e distorções não ocorram mais. Uma das possibilidades para minimizar esses erros seria efetivar mudanças com intuito de melhorar o processo de coleta de depoimentos, treinando os profissionais a realizarem o procedimento de forma mais fidedigna.

Contudo, não são somente os profissionais que atuam na coleta de depoimentos que devem ser capacitados para atuar na área. As falsas memórias abarcam inúmeros problemas e, com isso, defensores, juízes e promotores também devem compreender o fenômeno e considerá-lo em sua atuação. Destaca-se ainda, os profissionais da psicologia que atuam no contexto judiciário,

30. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Avanços científicos em Psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Série Pensando o Direito, nº 59. Brasília, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD\\_59\\_Lilian\\_web-1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf). Acesso em: 4 mai. 2017.

realizando perícias e avaliações que devem ter extremo cuidado com suas técnicas profissionais, a fim de não induzir os avaliados.

A partir do exposto, observa-se também a necessidade de mais estudos que investiguem a relação de características individuais e transtornos mentais associados a falsas memórias, algo que ainda não é muito estudado. Acredita-se que achados nessa área poderiam contribuir significativamente para a área.

Outra possibilidade a ser considerada é o rompimento da ideia da prova testemunhal como principal prova no Processo Penal. Outras evidências devem ser levadas em conta, deve ser realizada uma análise mais ampla e completa dos casos, além de diversas outras cautelas necessárias nesse âmbito, que podem atuar de forma preventiva<sup>31</sup>. Nesse contexto, a Entrevista Cognitiva é uma técnica normalmente muito citada como um dos meios mais eficazes de minimizar os erros. Fala-se em minimizar, tendo em vista, que as falsas memórias são inevitáveis e podem ocorrer em qualquer pessoa.

A Entrevista Cognitiva (EC) trata-se de uma entrevista realizada a partir de diferentes etapas e que utiliza diversas técnicas, com o intuito de elevar ao máximo a quantidade e qualidade de informações coletadas com testemunhas. Essa técnica foi desenvolvida nos anos 80, tendo como ponto de partida o aprimoramento de estratégias policiais para a coleta de depoimentos de vítimas, testemunhas e também suspeitos. É fundamentada em pesquisas e teorias sobre memória e cognição, mas também considera saberes sobre a dinâmica social e comunicação interpessoal<sup>32</sup>.

#### 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na última década, houve um aumento significativo, bem como, avanços no que se refere ao estudo das falsas memórias e suas implicações jurídicas. Em outros países, esses estudos já estão mais avançados, sendo que no Brasil os achados na área ainda são incipientes. Embora os avanços nas pesquisas sejam significativos, não há dúvida de que ainda existem limitações a serem superadas no campo das falsas memórias e sua interface com a justiça. A neurociência avançou no sentido de identificar áreas responsáveis

31. LOPES JR. A. Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela. *ConJur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>. Acesso em: 27 abr. 2017.

32. ROHENKOHL, G.; GOMES, C. F. A.; SILVEIRA, R. A. T.; PINTO, L. H.; SANTOS, R. F. Emoção e Falsas Memórias. In: STEIN, L. M. e Colaboradores. Falsas Memórias – fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 88-100.

pela memória, seus diferentes tipos e as formas de conservação, mas esses estudos ainda não podem levar a certezas definitivas no que se refere ao comportamento humano.

Ressalta-se a necessidade de mais estudos nesse campo. Assim, a pesquisa científica e o diálogo interdisciplinar se apresentam como uma possibilidade de minimizar os riscos de erros a serem cometidos na esfera da justiça, evidenciando a importância dos profissionais que atuam na área, para que conheçam os limites da memória e considerem esses limites no momento de suas decisões.

## REFERÊNCIAS

- BERNET, W.; BOCH-GALHAU, W. V.; BAKER, A. J. L.; MORRISON, S. L. Parental Alienation, DSM-V, and ICD-11. **The American Journal of Family Therapy**, v. 38, p. 76 – 187, 2010.
- BROCKHAUSEN, T. Falsas alegações de abuso sexual infantil: o contexto do trabalho do psicólogo brasileiro. **Psic. Rev.**, v. 20, n.2, p. 199-219, 2011.
- CHAVES, R. Projeto internacional vai investigar casos de inocentes condenados no Brasil. *ConJur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-08/projeto-investigar-casos-inocentes-condenados-brasil>. Acesso em: 4 mai. 2017.
- GALLO, D. A. False memories and fantastic beliefs: 15 years of the DRM illusion. *Memory & Cognition*, v. 38, n. 7, p. 833-848, 2010.
- GUDJONSSON, G. H. Suggestibility, intelligence, memory recall and personality: An experimental study. **The British Journal of Psychiatry**, v. 142, p. 35-37, 1983.
- HARE, R. **Sem Consciência**: O mundo perturbador dos Psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013.
- HUANG, T. P.; JANCZURA, G. A. Processos conscientes e inconscientes na produção de falsas memórias. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 24, p. 347-354, 2008.
- IZQUIERDO, I. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- KRISTENSEN, C. H.; SCHAEFER, L. S. Maus-tratos na infância e adolescência. In I. M. C. C. de SOUZA (Ed.), **Parentalidade**: Análise psicojurídica (pp. 183-208). Curitiba: Juruá, 2009.
- LOFTUS, E. As falsas lembranças. **Revista Viver Mente & Cérebro**, v. 2, p. 90-93, 2005.
- LOPES JR. A. Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela. *ConJur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>. Acesso em: 27 abr. 2017.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Avanços científicos em Psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Série Pensando o Direito, nº 59. Brasília, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD\\_59\\_Lilian\\_web-1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf). Acesso em: 4 mai. 2017.
- NEUFELD, C. B.; BRUST-RENCK, P. G.; ROCHA, A. F.; SOSSELLA, M.; ROSA, F. H. Falsas Memórias e Diferenças Individuais: Um Estudo sobre Fatores de Personalidade e Qualidade da Memória. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 26, n. 2, p. 319-326, 2013.
- NEUFELD, C. B.; BRUST, P. G.; STEIN, L. M. Compreendendo o fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, L. M. e Colaboradores. **Falsas Memórias** – fundamentos científicos e suas aplicações clíni-

cas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-41.

ROHENKOHL, G.; GOMES, C. F. A.; SILVEIRA, R. A. T.; PINTO, L. H.; SANTOS, R. F. Emoção e Falsas Memórias. In: STEIN, L. M. e Colaboradores. **Falsas Memórias** – fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 88-100.

SCHACTER, L. D. **Os sete pecados da memória** – como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

STEIN, L. M.; PERGHER, G. K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 14, p. 353-366, 2001.

STERNBERG, R. J. **Psicologia Cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

VASCONCELLOS, S. J. L.; GAUER, G. J. C.; NETO, A. C. O estudo da memória e suas implicações para o Direito Penal. In: FAYET JUNIOR, N.; MAYA, A. M. **Ciências Penais e sociedade complexa**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008. p. 343-357.

ZOELLNER, L. A., FOA, E. B., BRIGIDI, B. D.; PRZEWORSKI, A. Are trauma victims susceptible to “false memories”? **Journal of Abnormal Psychology**, v. 109, n. 3, p. 517-524, 2000.

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



Agência Brasileira do ISBN  
ISBN 978-85-9477-157-5



9 788594 771575

